

I. ESPAÑA

EN TORNO A LA LEY DE AUTOPISTAS DE PEAJE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DISPOSICIONES GENERALES: 1. *Ámbito de la Ley.* 2. *Naturaleza de la autopista.* 3. *Naturaleza de la concesión de la autopista.* 4. *Régimen jurídico aplicable.*—III. OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN: 1. *El adjudicatario.* 2. *El concesionario.* 3. *Fianzas.*—IV. REFERENCIA AL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIONARIA: 1. *En general.* 2. *El peaje.*—V. EXPROPIACIÓN FORZOSA: 1. *Valoración de terrenos.* 2. *Responsabilidad del concesionario.*—VI. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA: 1. *Referencia a la regulación legal.* 2. *Delimitación, limitación y sacrificio de derechos.* 3. *La prohibición de construir.* 4. *La prohibición de construir sin permiso del Ministerio de Obras Públicas.*—VII. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN.—VIII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: 1. *En la fase de construcción.* 2. *En la fase de explotación.*—IX. DURACIÓN, CESIÓN Y EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN.

I

INTRODUCCIÓN

El aumento del parque móvil, y el incremento que lleva consigo del transporte y tráfico por carretera ha planteado en nuestro país la necesidad de mejorar los itinerarios existentes y de llevar a cabo la construcción de vías específicamente dedicadas a la circulación rápida de vehículos automóviles (1). Naturalmente, la realización de todas estas obras implica unos gastos cuantiosos, lo que ha dado lugar a que el Estado pretenda obtener la colaboración de la iniciativa privada para subvenir a su financiación; el sistema de concesión, previsto en la Ley de Obras

(1) Esta situación aparece reflejada en el *III Plan de Desarrollo*, Madrid, 1971, p. 294. En cuanto a la inversión que supone la construcción de las autopistas debe tenerse en cuenta que en el propio Plan se prevé la construcción de 2.000 kilómetros y que el coste de cada uno de ellos al parecer es de alrededor de 100 millones de pesetas, cifra que tomamos del "Diario de las Sesiones de Comisiones de las Cortes", Comisión de Obras Públicas, núm. 40, sesión de 25 de abril de 1972, p. 46. Según un reciente artículo del Ministro de Obras Públicas—diario "Ya" de Madrid, de 14 de julio de 1972—está prevista la construcción de una red de autopistas de casi 7.000 kilómetros.

Públicas y en la Ley de Carreteras (2) parecía ofrecer el marco jurídico apropiado para ello.

Ahora bien, en cuanto se intente acudir al sistema de concesión surgirá un nuevo problema. ¿Qué estímulos es necesario otorgar a la iniciativa privada para que esté dispuesta a colaborar con la Administración? En principio —y ésta es la postura de la Ley de 26 de febrero de 1953— parece que bastará con el cobro del peaje cuando las obras se refieran y afecten a tramos de gran rentabilidad económica. Pero, en cuanto se pretenda extender el sistema, la realidad pondrá de relieve la necesidad de establecer una normativa más flexible que permita contemplar la rentabilidad variable de cada obra, postura que refleja la Ley de 22 de diciembre de 1960 (3).

Sin embargo, las Leyes citadas mostrarían su insuficiencia cuando se tratase de construir autopistas, obras cuya realización implica un coste cuantioso, lo que llevaría a plantear la necesidad de prever el otorgamiento de unos beneficios económicos y fiscales importantes, e incluso de cambiar el régimen aplicable a las sociedades anónimas con objeto de aumentar la capacidad financiera de la concesionaria (4).

Junto a este problema financiero —y en estrecha conexión con el mismo— surgiría el de determinar el sistema de valoración de los terrenos que han de ser expropiados para la realización de la autopista, dada la existencia de la Ley del Suelo junto a la de Expropiación Forzosa, con sistemas de valoración distintos.

Pues bien, la necesidad de crear un cauce adecuado que permita obtener la colaboración de la iniciativa privada para solucionar el problema de financiación planteado, será la causa determinante de que para la construcción de cada autopista se dicte una auténtica Ley-medida que pre-

(2) En efecto, como es sabido, la técnica concesional permite que la carga económica de la construcción y conservación de la obra sea asumida por el concesionario, quien a cambio percibe el peaje o tarifa que pagan los usuarios por la utilización de la obra o servicio. Este sistema, de larga tradición en nuestro Derecho, aparece previsto en la *Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877* que sienta los principios básicos en la materia; principios que, con relación a las carreteras, se reflejan en la *Ley reguladora de las mismas de 4 de mayo de 1877*, en cuyo artículo 52 se describe la función económica que cumple la técnica concesional al decir que "las carreteras... podrán ser construidas por particulares o compañías, mediante concesiones para reintegro de los capitales invertidos...".

(3) El problema financiero a que obedecía la *Ley de 26 de febrero de 1953* sobre construcción de carreteras de peaje, aparece expresamente reconocido en su exposición de motivos. La *Ley de 22 de diciembre de 1960*, sobre carreteras en régimen de concesión, prevé ya que las concesiones se otorguen con carácter oneroso para el concesionario, gratuitamente o subvencionadas por el Estado; aparte de ello, se habilita al Gobierno para otorgar determinados beneficios a las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la explotación de las concesiones; como vemos, viene a establecerse un marco flexible que permitirá contemplar la rentabilidad previsible de cada obra.

(4) Así en cada uno de los Decretos-leyes referentes a la concesión de cada autopista—sistema que inmediatamente se hará referencia—, se establece que no será aplicable a la sociedad concesionaria ni el artículo 111 de la *Ley de Sociedades Anónimas*—que fija límites para la emisión de obligaciones en relación a la cuantía del capital social—, ni el 185 del *Código de Comercio*, que establece un capital mínimo para las compañías de obras públicas, que deberá ascender por lo menos a la mitad del importe del presupuesto total de la obra.

vea el régimen aplicable a la concesionaria, los beneficios fiscales que se le conceden y el sistema de valoración de terrenos; y junto a estas medidas concretas se prevén también determinadas prohibiciones a los titulares de predios adyacentes a las autopistas, que modifican el régimen existente con relación a las carreteras. Esta Ley-medida, en forma de Decreto-Ley, sería desarrollada, en cada caso, por un pliego de cláusulas de explotación, que venía a regular en realidad la concesión—incluso en su aspecto jurídico-administrativo—, en base a la remisión efectuada al mismo por el Decreto-Ley respectivo, para regular el especial régimen jurídico aplicable a la sociedad concesionaria (5).

Vemos así cómo de regular un problema financiero se pasa a regular un problema jurídico administrativo. Y ello es natural, porque ni la Ley de Obras Públicas y de Carreteras ofrecen una regulación completa de estas concesiones—cuyo contenido queda confiado en buena parte al principio de autonomía de la voluntad—, ni la Ley de Contratos del Estado podía ser plenamente aplicable, al menos en la fase de construcción de la obra, porque dicha Ley regula el contrato de obras pero no la concesión de obra, lo que hacía inaplicable, en muchos casos, el régimen establecido por la misma (6).

Quedan así apuntados dos problemas, uno financiero y otro jurídico-administrativo. Y queda señalada la vía elegida para resolverlos, la emanación de Leyes-medida para cada caso concreto; solución que no podía ser sino provisional, hasta tanto se extrajeran, en base a la experiencia, los principios que debían plasmarse en una regulación unitaria de la concesión de autopistas de peaje.

De aquí la oportunidad—y necesidad— de la reciente Ley de Autopistas de peaje, en régimen de concesión, de 10 de mayo de 1972; Ley que viene a recoger unos principios consagrados por la experiencia y a establecer un marco jurídico unitario, aplicable a la concesión de auto-

(5) La técnica de la Ley-medida—en forma de Decreto-Ley—ha sido utilizada en cada una de las autopistas hasta ahora concedidas de Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró (Decreto-Ley de 22 de julio de 1966), Bilbao-Behebia (Decreto-Ley de 8 de junio de 1967), Villalba-Villacastín (Decreto-Ley de 27 de septiembre de 1967), Sevilla-Cádiz (Decreto-Ley de 13 de febrero de 1969), Tarragona-Valencia (Decreto-Ley de 25 de abril de 1970 y Decreto-Ley de 4 de marzo de 1971). Además de esta Ley-medida, y del pliego de cláusulas de explotación a que se hace referencia en el texto, la concesión de la autopista se conectaba con la Ley de 22 de diciembre de 1960, de carreteras en régimen de concesión, a la que hacían referencia expresa el Decreto relativo a la expropiación forzosa de terrenos y el pliego de bases del concurso.

(6) En cuanto a la aplicación de la Ley de Contratos del Estado—a la que se remita el Decreto de 28 de octubre de 1965—en la fase de construcción de la autopista, la dificultad obedecía a que no puede identificarse la figura del contratista de obra con el concesionario de la misma. El concesionario es ante todo un gestor de la obra pública, mientras el contratista es esencialmente el constructor de la misma; de aquí que en los pliegos se establecieran importantes diferencias de régimen jurídico que se basan en el distinto carácter de uno y otro. Por citar una sola, mientras la Ley de Contratos tiende a conseguir que el contratista sea quien construya la obra, limitando la posibilidad de cesión y subcontrato de obra, los pliegos partían del supuesto contrario, prohibiendo la identidad entre concesionario y constructor, acentuando así el carácter de gestor del concesionario.

pistas; se trata, pues, de una Ley de ámbito limitado, no obstante lo cual apunta soluciones de carácter más amplio (7).

Las consideraciones anteriores permiten ya afirmar que la Ley de autopistas puede ser contemplada desde dos perspectivas: de un lado, desde su aspecto económico-financiero; y de otro desde el jurídico-administrativo. En el presente trabajo se atenderá sustancialmente al segundo aspecto, sin perjuicio de hacer alguna referencia al primero de ellos. Y debe hacerse notar que la Ley sugiere una serie de cuestiones de interés, por lo que —dada la índole del presente trabajo— el estudio de las mismas ha de referirse tan sólo a las más importantes y debe hacerse en este momento con carácter sucinto; para ello seguiremos en lo posible el orden establecido por la propia Ley.

II

DISPOSICIONES GENERALES

El capítulo primero de la Ley "Disposiciones generales" suscita algunas observaciones en torno al ámbito de la Ley, la naturaleza de la concesión de autopista y —en conexión con la misma— la determinación del régimen jurídico aplicable.

1. El ámbito de la Ley, según su artículo primero, es la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de autopistas. Este objeto limitado no impide que la Ley sienta criterios de mayor alcance potencial, como antes decíamos. Pero, por lo que ahora interesa, conviene hacer notar que el legislador ha concebido la concesión con un criterio amplio, incluyendo en la misma la sociedad de economía mixta, que la Ley de Contratos del Estado califica —en su artículo 63— como una modalidad distinta de la concesión.

Para justificar nuestra afirmación basta considerar el artículo 36,3 de la Ley de Autopistas, que dice así:

— "Si el Estado tuviera participación accionaria en la Sociedad concesionaria, el Delegado (del Gobierno) podrá vetar los acuerdos del Consejo de Administración cuando sean lesivos al interés público, acordando la suspensión de su eficacia. El acuerdo del Delegado es recurrible en alzada en un plazo de quince días ante el Ministerio de Obras Públicas."

Creemos que el dato de la participación del Estado en la Sociedad concesionaria, con el carácter de accionariado gestor, es decisivo para ca-

(7) Así sucede, por citar un solo caso, con las limitaciones a la propiedad privada de las fincas adyacentes a las autopistas, que lógicamente se establecen por razón de la autopista y no en función de que se construya aplicando la técnica concesional.

lificarla de sociedad de economía mixta (8). Lo que se persigue en este supuesto no es la obtención de beneficios, sino el conseguir una intervención más intensa en la gestión de los intereses públicos que la derivada del título concesional, por lo que la participación del Estado tiene relevancia en el régimen jurídico aplicable. En efecto, la intervención específica de la Administración en este supuesto—veto suspensivo, recurso de alzada—condiciona el ámbito de autonomía del concesionario de forma negativa, lo que implica un control interno de su gestión; control que se produce por razones de oportunidad, con las limitaciones que ello implica para la posterior fiscalización de los actos en vía judicial (9).

La asimilación de la sociedad de economía mixta a la concesión es perfectamente defendible desde una perspectiva doctrinal (10); pero habrá de tenerse en cuenta que cuando la concesionaria sea una sociedad de economía mixta—con participación estatal—aparecerán determinadas especialidades en el régimen jurídico: por de pronto, el control más intenso del Estado sobre la concesionaria, lo que puede producir otros efectos prácticos no exentos de interés (11).

2. El concepto de autopista contenido en el artículo segundo de la Ley es casi una transcripción literal del que figura en el Código de la Circulación (12). Parece que el concepto es claro y no suscita dificultad de interpretación en cuanto a su alcance.

(8) En efecto, aunque el concepto de sociedad de economía mixta pueda ser controvertido, creemos que lo decisivo para su surgimiento es que la participación del ente público se haga con la finalidad de intervenir en la gestión social, garantizando esta intervención incluso en los supuestos en que no derive de la aplicación del artículo 71, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas. No podemos justificar ahora con detalle esta posición, aunque creemos que se deduce, con toda evidencia, del artículo 206 del Reglamento General de Contratación del Estado de 28 de diciembre de 1967 y de los artículos 102 y siguientes—especialmente 105 y 108—del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Sobre la distinción entre accionariado fiscal y gestor, vid. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en Derecho administrativo*, en esta REVISTA, número 3, pp. 97 y ss. Sobre las sociedades de economía mixta, cifr., por todos, TAGANO, *Le régime juridique de la société d'économie mixte*, París, 1969.

(9) Sobre las diversas técnicas de control de la discrecionalidad, vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo* (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), en el número 38 de esta REVISTA, pp. 167 y ss.

(10) El propio artículo 206 del Reglamento General de Contratación del Estado establece que la sociedad de economía mixta “deberá aparecer como parte contratante ante el Estado con las obligaciones y derechos propios del concesionario de servicios públicos”. Desde otra perspectiva, el artículo 109 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que la sociedad de economía mixta podrá ser titular de la concesión, aspecto subrayado por GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo* (II), Madrid, 1962, p. 347.

(11) Por citar un solo caso, nos referimos al más elemental, como es el transcurso del tiempo a que puede dar lugar el veto suspensivo y posterior recurso de alzada y, eventualmente, contencioso. El retraso que puede producir en el cumplimiento de plazos—por ejemplo de construcción—no será imputable a la concesionaria sino a la Administración, especialmente en aquellos supuestos en que el control sea de oportunidad.

(12) Este concepto se introdujo en el Código de Circulación por Decreto de 26 de junio de 1969, dictado en base a dos convenciones mundiales sobre circulación y señalización vial, respectivamente, firmadas por España en Viena, el 8 de noviembre de 1968.

El problema más interesante que plantea, desde una perspectiva jurídica, es determinar cuál es la naturaleza de la autopista y, en conexión con la misma, de su concesión; aspecto que, a su vez, tiene trascendencia a efectos de fijar el régimen jurídico aplicable.

Pues bien, creemos que la autopista es un tipo especial de carretera que, como tal, es de dominio público y está afecta al uso público (13). Se trata, en este caso, de un tipo de dominio público artificial—según la distinción clásica entre dominio público, natural y artificial, hoy superada por la teoría de la afectación (14)—, es decir, que surge en función de la realización de una obra—la obra pública—. El usuario de la autopista, en definitiva, efectúa una utilización general y normal del dominio público, y de la obra pública que ha dado lugar a su surgimiento; y a cambio de ello paga un peaje, calculado en base a una tarifa que constituye una tasa por la utilización del dominio público (15).

Esta caracterización de la autopista—que es la que aparece de forma inmediata—nos permite ya plantearnos el tema de la naturaleza de la concesión de su construcción, conservación y explotación. Porque, como veremos, la Ley de autopistas parece concebirla como una concesión de servicio público, consideración que tiene trascendencia a efectos del régimen jurídico aplicable y que, por tanto, es necesario examinar. Las

(13) Las afirmaciones, en verdad elementales, que se realizan en el texto pueden justificarse fácilmente. La calificación de la autopista como un tipo de carretera se justifica por el hecho de que todas las construidas hasta la fecha lo hayan sido al amparo de la Ley de 22 de diciembre de 1960, sobre carreteras en régimen de concesión, según quedó señalado anteriormente. Su carácter de dominio público está reconocido expresamente en el artículo 17 de la Ley de Autopistas. Y en cuanto al uso público—*artículo 339, 1, del Código Civil*—creemos que el mismo no queda afectado por el hecho de que quede reservado a los automovilistas. El problema no es exclusivo de las autopistas, y, como ponía ya de relieve OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, III, pp. 196 y ss., “el uso de todos está sometido, como todas las manifestaciones de la libertad, a la reglamentación de la Ley”; el propio autor señalaba ya que los caminos se dividen en cuanto al uso de todos en varias categorías y, con gran sentido de anticipación histórica, señalaba que junto a los caminos especiales para jinetes y para ciclistas quizá pronto existirían caminos especiales para automóviles. Esta configuración se sostiene asimismo por la doctrina actual; así ORUSA, *Le Strade pubbliche*, Torino, 1964, p. 365, indica que debe configurarse la “autostrada, non già come strada aperta ad un uso pubblico speciale e differenziato rispetto dell’uso comune delle strade ordinarie, bensì come strada speciale, sulla quale si svolge un uso normale, anzi comune, conforme alla sua destinazione”.

(14) El cambio de esta concepción aparece ya descrita con meridiana claridad por HAURIU en su *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, 1921, pp. 614 y ss., especialmente 615 y 693, quien subraya la conexión entre obra pública, expropiación forzosa de los terrenos necesarios para la misma, y dominio público.

(15) La calificación del peaje como una tasa aparece expresamente reconocida en la Ley de 22 de diciembre de 1960, de carreteras en régimen de concesión; Ley que sigue vigente después de la de Autopistas, cuya disposición final ordena la formación de un texto refundido entre ambas; a la misma conclusión habría que llegar en base al artículo 26, 1, a) de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963. Por lo demás, especialmente con relación a los servicios públicos, la naturaleza de la tarifa ha sido controvertida, existiendo una concepción iuspublicista y otra patrimonialista. Sobre el tema, cfr., por todos GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos*, en esta REVISTA, núm. 12.

conclusiones a que se llegue en este examen podrán influir, como es elemental, en las que ahora se han dejado sentadas con carácter provisional. ¿Constituye la autopista realmente un servicio público, de forma tal que su concesión puede calificarse de tal?

3. Como es sabido, la doctrina distingue entre las concesiones constitutivas y las traslativas. Y dentro de éstas, que suponen una transferencia al concesionario de una esfera de actuación originariamente administrativa, se distingue entre las concesiones de obra, dominio y servicio público, a las que ha venido a añadirse más recientemente la denominada concesión industrial. A su vez, dentro de las concesiones traslativas se distinguen las concesiones puras de las mixtas, siendo éstas las que suponen la concurrencia de varios tipos, entre los que tiende a predominar la de servicio público, cuyo régimen atrae el de los demás concurrentes (16).

Pues bien, partiendo de estas consideraciones generales, y como antes hemos señalado, la concesión de autopista aparece como una concesión traslativa de obra pública en la que se confiere al concesionario la construcción, conservación y explotación de un tipo especial de carretera, la autopista. La propia obra tiene la consideración de dominio público de uso general—según quedó señalado—, por lo que puede afirmarse que la concesión de obra engloba la de gestión y conservación del dominio público en condiciones adecuadas para el cumplimiento de sus fines.

Las consideraciones anteriores parece que sirven para configurar la concesión de autopista como una concesión mixta de obra pública y —so-brevenida— de dominio público.

Sin embargo, la Ley concibe también esta concesión como de servicio público. En efecto, aunque la Ley no contiene una calificación explícita, así lo demuestra, entre otros argumentos, los siguientes: en primer lugar, la propia Exposición de Motivos de la Ley hace una referencia explícita al artículo 197 del Reglamento General de Contratación —aplicable al contrato de gestión de servicios públicos—, referencia que luego se plasma en el artículo 3.º de su parte dispositiva, al afirmar que “el servicio” objeto de la concesión constituye una actividad propia del Estado (17); en segundo término, análogas remisiones se contienen en otros preceptos de la Ley, como, por ejemplo, en el artículo 7.º, al remitirse al 69 de la Ley de Contratos del Estado referente a la contratación directa de servicios públicos; por otra parte, el artículo 27 se re-

(16) *Vid.*, por todos, VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica” (IV). Barcelona, 1962, pp 696 y ss.

(17) La concepción de la autopista como actividad propia del Estado—lo que parece excluir de su titularidad a las Corporaciones Locales, aunque tal afirmación no pueda hacerse en términos categóricos, dado el ámbito de la Ley— puede quizá basarse en el hecho de que normalmente la autopista tiene un trazado que excede del ámbito territorial de estas entidades. Más adelante plantaremos el tema de si las Corporaciones Locales interesadas pueden colaborar con el Estado en la gestión de esta actividad, que puede tener un señalado interés local. La Ley únicamente prevé en la disposición final 4.ª la necesidad de que las Diputaciones Provinciales tengan conocimiento de las autopistas que afecten a su territorio.

fiere a la continuidad y normalidad en la "prestación del servicio"; en fin, los antecedentes inmediatos de esta Ley demuestran también que la concesión ha sido concebida como de servicio público, ya que el Decreto de 28 de octubre de 1965 —artículo 1.º— remitía para su otorgamiento a las normas de la Ley de Contratos del Estado "que regulan el contrato de gestión de servicios públicos...".

Precisando la idea del legislador podría afirmarse que la concesión queda configurada como una concesión traslativa mixta, de obra y servicio, como demuestra el hecho de que se distinga netamente entre la fase de construcción y de explotación (18); pero, a efectos de su régimen jurídico, predomina la concesión de servicio, siendo la de obra un medio para llegar a la prestación del mismo, que es la finalidad última perseguida.

¿Es acertada esta calificación legal? ¿Puede hablarse realmente de una concesión de servicio público?

Por nuestra parte creemos que, desde una perspectiva doctrinal, la calificación de la concesión como de servicio público es perfectamente cuestionable. Si atendemos al concepto más generalizado del servicio público, éste implica una actividad de prestación. Y podemos preguntarnos qué actividad de prestación realiza el concesionario al usuario de la autopista. Planteada la cuestión en estos términos, creemos que la respuesta es bastante clara, porque en realidad el usuario no recibe el resultado de una actividad, sino simplemente el beneficio que le supone la utilización de un bien de dominio público de uso general; lo que predomina aquí es la utilización de un bien y no de una actividad (19).

(18) Así se deduce, por lo demás, de que la Ley, en su artículo 28, parte de la posibilidad de hipoteca de la concesión —dándola por supuesta—, lo que implica su calificación como concesión de obra pública, a la que nuestro Derecho atribuye la condición de bien inmueble (*artículo 334, 10, del Código Civil*) y como tal hipotecable (*artículos 106 y 107, 6, de la Ley Hipotecaria*); en cambio, los contratos sobre servicios públicos se califican de bien mueble (*artículo 336 del Código Civil*). Por eso creemos que la calificación de la concesión como mixta —de obra y servicio— está en la base de la Ley.

(19) Sin entrar ahora en la polémica doctrinal sobre el concepto de servicio público, quizá bastará recoger aquí la opinión del autor más característico de la concepción del Derecho Administrativo como derecho de los servicios públicos, doctrina, como es sabido, hoy en crisis precisamente por el contenido tan amplio con que concebía esta figura jurídica. Pues bien, DUCUIT, en su *Droit Constitutionnel*, III, París, 1938, pp. 350 y ss., después de partir de que el fundamento del dominio público está en la idea de afectación a un servicio público, distingue diversas formas de afectación; la afectación de la cosa al servicio público, la cosa como objeto de un servicio público, y como medio para un servicio público; y con relación a las carreteras dice así: "Pour elles, la domanialité publique existe à un degré éminent. Ce qui leur donne un caractère par excellence de *domanialité publique*, c'est leur affectation à l'usage public. A proprement parler, elles ne sont pas affectées à un service public; elles ne sont pas moyens, instruments de service public; elles sont objets de service public. Celui-ci intervient pour les conserver...".

Aunque se aceptara esta concepción extrema, resultaría que lo relevante es —desde la perspectiva del usuario— la utilización de un bien de dominio público y no de un servicio público. Incluso aunque la concesión de autopista comprenda las áreas de servicio, debe señalarse que se excluye precisamente el servicio que podría ser más importante para el usuario como el de estaciones de servicio, y que, los que son objeto de concesión se califican como complementarios, por lo que no parece que tengan virtualidad para definir

Si esto es así podemos preguntarnos por qué razón el legislador ha calificado la concesión como de servicio público. Y la respuesta, a mi entender, es sencilla. La concesión de construcción y explotación de una obra pública implica normalmente la de un servicio público, lo que ha hecho que en nuestro Derecho se hayan configurado las normas de explotación del servicio público y no las de la obra pública —y dominio público de uso general (20)—, debiendo añadirse que tales normas pueden aplicarse sin distorsión alguna en ambos casos, aunque puedan existir matices diferenciales.

Resulta así que al ser aplicable un régimen jurídico similar y al haberse desarrollado únicamente en el derecho positivo las normas aplicables a la concesión de servicio público —y no a la explotación de una obra pública— el legislador al determinar el régimen jurídico aplicable se ha encontrado que era más simple y sencillo calificar la concesión —de forma predominante según hemos visto— de servicio público.

4. El régimen jurídico de la concesión de autopista aparece regulado en el artículo segundo de la Ley, que dice así:

“Las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, supletoriamente, por la legislación de contratos del Estado.”

El precepto transcrito suscita dos problemas de interpretación importantes. El primero de ellos es el de determinar si —con carácter previo a la legislación de contratos— deberán aplicarse las normas de desarrollo de la Ley de Autopistas; y el segundo, íntimamente conectado

el objeto del que son accesorias (*artículo 27, 3 y 4, de la Ley de Autopistas*). Únicamente una parte del contenido de la concesión —la conservación— podría calificarse como servicio público, si se aceptara el criterio de la escuela francesa del servicio público, por lo demás hoy en crisis, y que llevaría a calificar la conservación de obras públicas como servicio público en vez de como obra pública.

(20) Afirmación que es fácil de comprobar. La propia *Ley de Contratos del Estado* desarrolla el contrato de gestión de servicios públicos; y, en cuanto a la explotación de la obra pública, prevé el supuesto de que pueda ser objeto de explotación retribuida sin que establezca normas de fondo para regular tal utilización (*artículos 61, 5, y 63, 7, del Reglamento General de Contratación*). Por lo demás la distinción tampoco aparece clara ni en la *Ley de Obras Públicas* ni en la *Ley de Carreteras*, que las califica de servicio público (*artículo 52 de la misma*); el *artículo 100, 7, de la Ley Hipotecaria* parte de la hipoteca de obras destinadas al servicio público, y la propia *Ley de Régimen Jurídico* refiere la responsabilidad de la Administración a los servicios públicos (*artículo 40*), concepto que contempla la total actividad del Estado y la de los concesionarios (*artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa*). En fin, la concesión de la gestión del dominio público para el cumplimiento de su fin normal y del uso común, no aparece regulada de forma autónoma en nuestro Derecho, que está pensando normalmente en tal concesión para los supuestos de uso privativo (*artículo 62 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales*) o con carácter instrumental para la obra o servicio público (*artículo 94 de la Ley General de Obras Públicas*). Resulta así que los principios en orden al equilibrio económico concesional, derecho al uso, responsabilidad, y otros que podrían citarse, se han desarrollado en relación a la concesión de servicio público, no obstante ser de aplicación en otros supuestos.

con el de la naturaleza de la concesión, el de determinar qué preceptos de la legislación de contratos del Estado serán aplicables con carácter supletorio.

Con relación a la primera cuestión, el problema se plantea porque en las Cortes se introdujo una alteración en la redacción del proyecto enviado por el Gobierno, que decía así:

“Las concesiones a que se refiere el artículo se registrarán por lo dispuesto en esta Ley y sus normas complementarias y, subsidiariamente, por la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento.”

A la vista de la redacción contenida en el proyecto enviado por el Gobierno, podemos preguntarnos cuál es la intención del legislador y, concretamente, si tal intención es, como parece deducirse del tenor literal del precepto en su redacción definitiva, la de ordenar que se aplicara la legislación de contratos del Estado con anterioridad a las normas de desarrollo de la Ley de Autopistas.

La solución de la cuestión planteada aparece clara en la deliberación acerca de la redacción del citado precepto en la Comisión de Obras Públicas de Las Cortes. La intención del legislador era que se aplicaran en primer lugar las normas de desarrollo de la Ley de Autopistas, que constituyen con la misma el “corpus” jurídico por el que se van a regular las autopistas; ahora bien, lo que se pretendía evitar, con el cambio de la redacción del proyecto, era que pudiera entenderse que se autorizaba a la Administración a dictar normas que no fuesen ejecutivas o de desarrollo de los principios contenidos en la Ley de Autopistas, con la consecuencia, además, de que se aplicasen con carácter preferente a la Ley de Contratos del Estado. La propia Ley de Autopistas—congruente con esta interpretación— se remite en determinados aspectos a las normas de desarrollo, a las que de esta forma declara de aplicación preferente a la legislación de contratos del Estado (21).

El segundo aspecto al que hacíamos referencia es el referente a la necesidad de determinar qué preceptos de la legislación de contratos serán aplicables. La solución a tal cuestión aparece ahora clara en base a las consideraciones que hemos efectuado al tratar de la naturaleza de la con-

(21) Creemos que la interpretación que se mantiene en el texto refleja la intención del legislador, tal y como se deduce del extracto oficial de la sesión celebrada en 25 de abril de 1972 por la Comisión de Obras Públicas. *Vid.* “Boletín Oficial de las Cortes Españolas”, apéndice núm. 40, X legislatura, Diario de las Sesiones de Comisiones, Comisión de Obras Públicas. Por lo demás, la remisión de la Ley a sus normas de desarrollo se refleja en diversos preceptos, como el artículo 4 en relación a las actuaciones preparatorias. Entendemos que esta interpretación se ajusta a un criterio lógico evidente: si antes que los principios de la Ley de Contratos del Estado hay que aplicar los de la Ley de Autopistas, tal aplicación debe efectuarse con todas sus consecuencias, lo que conduce a tomar en consideración, en primer lugar, la Ley de Autopistas y normas que la desarrollen. La fundamentación doctrinal de este criterio lógico ha conducido a la teoría de los grupos normativos formulada por VILLAR PALASÍ en su *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pp. 433 y ss.

cesión. En efecto, dado que el legislador la concibe —en forma predominante— como de servicio público, las normas aplicables serán los preceptos contenidos en la Ley de Contratos, y su Reglamento, referentes al contrato de gestión de servicios públicos; y en lo no regulado por los mismos, los relativos al contrato de obras, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de la Ley de Contratos del Estado. Y en defecto de tales normas, antes que el derecho privado, serán de aplicación las normas del Ordenamiento jurídico administrativo, que de esta forma se autointegrará, como exige su autonomía, reflejada de forma expresa en la Ley de Contratos del Estado (22).

Por lo demás —y como es obvio— en aquellos supuestos en que la propia Ley remite directamente a la aplicación de alguna norma específica, ésta será de preferente aplicación (23).

III

OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

El capítulo III de la Ley de Autopistas se refiere al otorgamiento de la concesión y formalización del contrato. El legislador impone que el concesionario de la autopista sea una sociedad anónima cuyo fin exclusivo sea la construcción, conservación y explotación de la autopista. Ahora bien, como fácilmente se comprende, resulta que tal sociedad no existirá salvo que se constituya expresamente por cada licitador para acudir al concurso, con los gastos consiguientes. Y de aquí que se distinga entre el adjudicatario y el concesionario.

El adjudicatario es el licitador a quien se adjudica el concurso; dicho licitador se compromete a constituir una sociedad anónima con los requisitos exigidos por la Ley, con la que se formalizará el contrato (24). Surgen así dos figuras distintas —la de adjudicatario y sociedad concesionaria—, lo que plantea la necesidad de examinar cada una de ellas.

(22) Sobre la concepción del Derecho Administrativo como Derecho común y autointegración del mismo, cfr., por todos, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, pp. 37 y ss. Este principio se refleja en el artículo 1, párrafo segundo, de la Ley de Contratos del Estado, que establece: "Sólo en defecto del Ordenamiento jurídico-administrativo será de aplicación el Derecho Privado"; precepto que es aquí de aplicación específica, al concebirse la concesión de autopista como de servicio público.

(23) Así, la remisión a la *Ley de Expropiación Forzosa* o a la *Ley del Suelo*, contenida en los artículos 16 y 20, 3, c) de la *Ley de Autopistas*.

(24) Como es sabido, la naturaleza de la concesión de servicio público, calificación que corresponde legalmente a la de autopista según vimos, ha sido ampliamente controvertida. Sobre el tema, cfr., por todas, VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica" (IV), Barcelona, 1962, pp. 696 y ss., especialmente 702 y 703. En el momento actual, y a la vista del artículo 62 de la Ley de Contratos del Estado, no parece que puedan existir dudas acerca del carácter contractual que nuestro Ordenamiento atribuye a la concesión de servicio público.

Además de estos aspectos, también merece una consideración el tema de las fianzas, en el que se ha introducido una modificación respecto al régimen general de la Ley de Contratos del Estado.

1. En primer lugar nos referimos a la figura del adjudicatario del concurso. Quizá el aspecto jurídico de mayor importancia que presenta su estudio es el de determinar qué personas pueden serlo; y ello, especialmente, en relación a las Corporaciones locales, dado que la Ley declara el servicio de autopistas como una actividad propia del Estado (25).

El tema tiene interés porque es lógico que las Corporaciones locales deseen promocionar la construcción de autopistas que —con independencia de su interés nacional— tengan un señalado interés local; y que, a tal efecto, presenten estudios y proyectos, insten la convocatoria del concurso, formulen la oportuna propuesta y puedan ser adjudicatarias de la concesión.

Sin embargo, puede surgir un inconveniente para ello si se tiene en cuenta el hecho de que la autopista supera en recorrido —normalmente— el ámbito territorial de estas entidades. Pues bien, de no buscarse una fórmula adecuada, podrían ser excluidas de la adjudicación del concurso por falta de capacidad, al no poder ser concesionarias de autopistas por exceder de su ámbito territorial.

La solución a este problema parece que podría ser, en nuestro Derecho, la constitución de un consorcio entre Corporaciones locales interesadas, cuyo ámbito territorial conjunto comprendiera el recorrido de la autopista. Aun cuando exceda del ámbito del presente trabajo el examen de la figura del consorcio, es necesario hacer alguna referencia a los problemas que su constitución podría plantear en relación a la concesión de autopistas.

La primera objeción que podría formularse es que el Consorcio de Corporaciones Locales sólo puede gestionar servicios de competencia local y no aquellos que son competencia del Estado, como las autopistas. Sin embargo, la mera lectura del artículo 37 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales demuestra que basta sean “de interés local” y no cabe duda de que una autopista puede tener un señalado interés local para las Corporaciones afectadas.

Otra objeción podría ser la determinación de si “al tratarse de un servicio económico” debía ser previamente objeto de municipalización

(25) Señalemos que la *Ley de Autopistas* introduce alguna modificación en relación al artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, que determine las personas que están facultadas para contratar con la Administración. Así, no parece contemplar limitación alguna para ser concursante en relación con las personas físicas o jurídicas extranjeras y tampoco exige el requisito de la clasificación. La razón de ello puede encontrarse en que el concesionario efectivo no va a ser el adjudicatario, por lo que la Ley atiende a la regulación de la sociedad concesionaria, cuya composición de capital, nacional y extranjero, puede establecerse en los pliegos; y por lo que hace al requisito de la clasificación, no tendría efecto práctico alguno el que se exigiera al concursante porque, en definitiva, no va a ser el concesionario.

o provincialización, según dispone el artículo 38 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en este caso no se trata de ejercer una competencia propia de las Corporaciones locales, sino de gestionar un servicio competencia del Estado, por lo que parece que, al no tratarse de un servicio de su propia competencia, no será necesario este trámite.

Por otra parte, no parece duda de que una Entidad local —como el Consorcio— pueda ser adjudicatario de un servicio de competencia estatal. Aparte de preceptos genéricos que podrían citarse —como el 101 y 242 de la Ley de Régimen Local— referentes al fomento de los intereses peculiares de su territorio, el artículo 290 de la propia Ley establece esta posibilidad con relación a las Diputaciones. Y más concretamente lo prevé la Ley de 22 de diciembre de 1960, antecedente de la actual Ley de Autopistas que ha quedado vigente, hasta el punto de que la disposición final 1.^a establece que se aprobará un texto refundido de ambas leyes. Por eso entendemos que no existe inconveniente alguno en este punto.

En fin, caso de resultar adjudicatario el Consorcio podría constituir una sociedad privada local o una sociedad de economía mixta con la que se formalizara el contrato de concesión de la autopista, dado que según el artículo 40 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales pueden actuar por medio de las distintas formas previstas en el mismo, aunque en nuestro caso, por imponerlo así la Ley de Autopistas, habría de hacerlo a través de una sociedad anónima.

Junto a la forma del Consorcio —y sin perjuicio de otras soluciones en que pudiera pensarse— también es claro que las Corporaciones locales interesadas, sin concurrir al concurso, podrán participar en su día del capital de la Entidad concesionaria de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales; participación que podría asegurarse mediante pactos con los licitadores para el caso de que resultaren adjudicatarios. Lo que sucede en estos casos es que las Corporaciones locales no aparecen en primer lugar, sino tan sólo a través de un pacto con los concursantes, que son quienes lógicamente llevan la iniciativa (26).

2. En el presente apartado vamos a referirnos a la sociedad concesionaria. La sociedad concesionaria —como ya sabemos— habrá de ser una sociedad anónima, cuyo régimen presenta determinadas peculiaridades. Lo más singular de dicho régimen es que será el que los pliegos establezcan con determinadas características impuestas por la Ley (27).

(26) En este punto concreto he utilizado un trabajo inédito de SANZ BOIXAREU, que estudia las diversas posibilidades legales que pueden plantearse. Me limito, pues, a dejar constancia de las que estimo revisten mayor interés. Sobre los consorcios en Derecho español, *cifr.*, por todos, MARTÍN MATEO, *Los consorcios locales*, Madrid, 1970.

(27) Con lo cual, las normas de la Ley de Sociedades Anónimas parece que quedan convertidas en este caso en dispositivas, ya que podrán ser modificadas por los pliegos. Así se expresaba, con toda explicitud, en los Decretos-Leyes referentes a las autopistas hasta ahora concedidas; por ejemplo en el *Decreto-ley de 27 de septiembre de 1967*, rela-

Estas características se refieren fundamentalmente al objeto social que habrá de ser exclusivamente el de la construcción, conservación y explotación de la autopista de que se trate; la no aplicación del artículo 111 de la Ley de Sociedades Anónimas y 185 del Código de Comercio en orden al límite de emisión de obligaciones en relación al capital social de la Entidad y al mínimo de capital; la determinación del mínimo de capital social que no podrá ser inferior al 10 por 100 de la inversión total prevista.

En los pliegos de condiciones suelen imponerse otras limitaciones, singularmente —por lo que aquí interesa— que las acciones sean nominativas, si bien no se impone ninguna restricción a su libre transmisibilidad (28). En todo caso el carácter nominativo de las acciones sirve para conocer en cada momento quiénes son los socios de la concesionaria y si se supera o no la proporción máxima de capital extranjero que suele fijarse en los propios pliegos, lo que dará lugar a un incumplimiento del contrato por la concesionaria. Dichos pliegos de condiciones tienen también gran importancia en cuanto regulan extremos importantes, como son la forma de completar el 10 por 100 de capital social, tope de emisión de obligaciones, distribución de beneficios y otros aspectos.

3. Por último, vamos a referirnos a las fianzas. También aquí la Ley se remite a los pliegos, si bien establece unos criterios mínimos. La fianza provisional no será inferior al 50 por 100 de la definitiva, y ésta no será inferior al 4 por 100 de la inversión prevista para cada tramo susceptible de explotación independiente. Se nota aquí también —como en el apartado anterior— la preocupación por no irrogar cargas que puedan ser excesivas para la concesionaria, dada la cuantía de la inversión, sustituyendo el sistema de la Ley de Contratos del Estado por otro más favorable (29). El tema en sí mismo entronca ya con el referente al régimen económico-financiero de la concesionaria, al que nos referiremos brevemente a continuación.

tivo a la autopista Villalba-Villacastín, que dice en su artículo 1: “la sociedad concesionaria deberá regirse en primer lugar por el mismo (pliego), y, en su defecto, por las disposiciones comunes de la Ley de Sociedades Anónimas...”.

(28) Con lo cual, en la práctica, la cesión de la concesión podrá efectuarse a través de la venta de las acciones de la concesionaria, lo que no será difícil cuando esté en manos de pocos socios, sin acudir al sistema de autorización, al que más adelante se hará referencia.

(29) En concreto, por lo que hace a la fase de construcción de la obra, basta comparar este régimen con el establecido en el artículo 113 de la Ley de Contratos del Estado para justificar la afirmación que se hace en el texto, ya que la fianza en dicha Ley se exige en relación al presupuesto total de la obra. Por lo demás, la concreción del régimen de fianzas queda confiado por la Ley a los pliegos.

IV

REFERENCIA AL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIONARIA

El capítulo IV de la Ley regula el régimen económico financiero de la concesionaria, estableciendo un marco jurídico de beneficios tributarios y financieros máximos —artículos 12 y 13— de que podrá disfrutar. Aparte de tales posibles beneficios —y como es natural en este tipo de contratos— la concesionaria podrá percibir el peaje que corresponda por la utilización de las instalaciones viarias —artículo 14— y abonará determinadas tasas y exacciones parafiscales y el porcentaje que se establezca en concepto de comisión por otorgamiento del aval del Estado y prima de seguro de cambio.

En definitiva, y dentro del marco fijado por la Ley, serán los pliegos de cláusulas y el Decreto de adjudicación los que fijarán en concreto el régimen económico-financiero aplicable. En principio, el prever un régimen flexible parece acertado, en cuanto permitirá contemplar, en cada caso, la coyuntura económica existente y los beneficios que es oportuno conceder para obtener la consecución del interés público, consistente en la construcción de la autopista.

1. Detrás de este marco jurídico existe como ya se dijo un problema financiero, que es el que esencialmente motiva el régimen de concesión; el concesionario queda compensado de la financiación de la obra por medio del cobro del peaje durante el período concesional, peaje que deberán pagar los usuarios de las instalaciones viarias. Y como tal uso sólo podrá efectuarse una vez tales instalaciones hayan sido construidas, el concesionario deberá financiar su construcción, problema de financiación que justamente el que el Estado pretende solucionar acudiendo a la colaboración de la iniciativa privada.

Ahora bien, dada la magnitud de la inversión que se precisa, el Estado desconfía de que la inversión tenga alicientes suficientes para la iniciativa privada de no establecer unas normas especiales que estimulen su actuación. Entre tales normas especiales —aun cuando no comprendidas en este capítulo— hay que contemplar la relativa al capital social de la concesionaria, que según el artículo 185 del Código de Comercio deberá ser por lo menos del 50 por 100 del presupuesto total de la obra, proporción que se reduce al 10 por 100 de la inversión total prevista para la construcción de la autopista, lo que, dada la distinción entre capital suscrito y desembolsado, puede conducir a que sólo se encuentre desembolsado el 2,5 por 100 de la inversión total prevista (30); la fianza que debería prestarse de acuerdo con la Ley de Contratos del Estado se reduce también, lo que disminuye la carga financiera de la concesionaria.

(30) De acuerdo con el artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas. En este punto, como antes dijimos, la Ley confía su concreción a los pliegos.

Si la concesionaria, por tanto, puede tener una cifra capital realmente mínima en relación a la inversión que debe efectuar, es claro que deberá financiarla por medio de recursos ajenos, parte de los cuales serán del mercado interior de capitales y parte del mercado exterior; pues bien, respecto al mercado exterior el Estado podrá facilitar su obtención mediante un aval—cuyo posible alcance se determinará en cada caso concreto—y un seguro de cambio; y en cuanto al mercado interior la obtención de tales cursos se facilita mediante la eliminación del tope previsto en la Ley de Sociedades Anónimas para la emisión de obligaciones y la implicación del posible límite—previsto en el artículo 5,2 de la Ley de 27 de julio de 1968—de los créditos, garantías o avales que los bancos comerciales y mixtos puedan conceder a las personas naturales y jurídicas.

Resulta así que el concesionario con un capital que representa una pequeña parte de la inversión puede llevar a cabo la construcción de la autopista, con una responsabilidad limitada al importe del patrimonio social y con una posible responsabilidad del Estado frente a terceros—derivado del aval de los créditos obtenidos en el mercado exterior de capitales—que puede ser incluso superior al patrimonio de la propia concesionaria, que además goza de una serie de importantes beneficios fiscales y, excepcionalmente, de beneficios económicos como las subvenciones y anticipos reintegrables.

En estas condiciones no parece ocioso poner de relieve la necesidad de calcular en cada caso concreto—en base a un estudio económico y de tráfico—la proporción adecuada que debe existir entre lo que el concesionario va a aportar a la comunidad y lo que va a recibir de ella en forma de peaje por la utilización de las instalaciones viarias. Y en caso de que la rigidez de la oferta impida obtener esta adecuada proporción, será necesario plantear la alternativa de la construcción por la Administración, que también podrá cobrar—si lo estima necesario—el peaje correspondiente por la utilización de las instalaciones viarias; alternativa que creemos es necesario prever ya desde este momento.

Las consideraciones anteriores reflejan lo que constituye, a mi entender, el principal problema que—desde una perspectiva económica—suscita la concesión de autopistas. Por lo demás, y una vez hecho este planteamiento general, debe aquí recordarse que el estudio del régimen económico y financiero excede de los límites del presente trabajo; sin embargo, quizá conviene hacer algunas sucintas observaciones a la plasmación jurídica del mismo, en particular en lo que hace referencia al peaje.

2. La compensación que recibe el concesionario por la realización de las obras de construcción—y conservación—de la autopista está constituido sustancialmente por el peaje que recibe de los usuarios por la utilización de las instalaciones viarias, peaje que se calcula por aplicación de la tarifa o módulo fijado en el contrato concesional en relación a cada clase de vehículo y un recorrido tipo. La calificación de tal peaje

como una tasa por la utilización del servicio no parece ofrecer duda alguna (31). La determinación exacta de la tarifa se efectúa en el contrato, dentro de los máximos permisibles que sean fijados por la Administración en los pliegos.

Un aspecto interesante es el relativo al derecho a la revisión de la tarifa por parte del concesionario cuando se producen determinadas circunstancias que afectan al equilibrio económico de la concesión; este derecho suele reconocerse en los pliegos, lo que se ajusta a lo previsto en la legislación de Contratos del Estado, de aplicación supletoria (artículo 211); para ello se ha de establecer la descomposición de los factores que constituyen la tarifa y el procedimiento para su revisión.

Aun cuando los problemas a que pueda dar lugar la revisión de las tarifas se plantearán en concreto en función de las determinaciones que se contengan en los pliegos—limitándose el legislador a sentar el principio general— conviene hacer notar que en las autopistas concedidas los pliegos contenían algunos aspectos de interés:

— En primer lugar, en cuanto al fundamento del derecho a la revisión, se basaba exclusivamente en el incremento de los costes de construcción o explotación de la autopista, actuando de base para medir el reflejo de dicho incremento la tarifa descompuesta aprobada en el Decreto de adjudicación del concurso. Este carácter de exclusividad obedece a que la tarifa responde a la necesidad de amortizar tales gastos—obteniendo los correspondientes beneficios— y, como consecuencia, sólo su incremento justifica la revisión de la misma.

— En segundo lugar, merece señalarse que en los pliegos se establecerá un régimen de silencio positivo para la aprobación de la revisión de la tarifa, lo que, aparte del problema de su legalidad, puede plantear problemas jurídicos y económicos de importancia en el caso de que el concesionario proponga una revisión no ajustada a Derecho.

V

EXPROPIACIÓN FORZOSA

El capítulo V de la Ley, referente a la expropiación forzosa y limitaciones de la propiedad privada es, quizá, el que suscita observaciones de mayor interés y alcance práctico. Como veremos, resulta difícil dar

(31) Nos remitimos a las consideraciones antes efectuadas, que, una vez establecido el carácter legal de concesión de servicio público que tiene la de autopista, han de matizarse en el sentido que se hace en el texto. Únicamente conviene aquí añadir que en la concepción de la *Ley de Autopistas* parece que la compensación del concesionario consistirá siempre, y esencialmente, en el cobro del peaje, siendo las subvenciones y anticipos medidas excepcionales y complementarias. Aparte, naturalmente, de los rendimientos que pueda obtener por la explotación de las áreas de servicio a que se refiere el artículo 27,3, de la Ley.

soluciones que no sean meramente aproximativas, dada la diversidad de supuestos que pueden plantearse, singularmente en lo referente a las limitaciones de la propiedad privada. De aquí la conveniencia de distinguir ambos aspectos, por lo demás íntimamente relacionados; en el presente apartado se tratará sustancialmente del primero de ellos, y en concreto del aspecto que parece ofrecer mayor interés, como es la valoración de los terrenos objeto de expropiación (32); sin perjuicio de ello, se hará también una breve referencia a la regulación de la responsabilidad del concesionario, que regula el propio título V de la Ley.

1. Los bienes y derechos objeto de expropiación están constituidos sustancialmente por los terrenos que va a ocupar la autopista, la zona de dominio colindante con la misma, los accesos y las áreas de servicio.

Pues bien, ¿con arreglo a qué criterio van a valorarse estos bienes? El tema es importante, porque nuestro Derecho contenía dos posibles vías a seguir: aplicar el sistema de valoración de la Ley del Suelo o los criterios de la Ley de Expropiación Forzosa. La diferencia entre ambos puede ser de trascendencia económica, como vamos a ver.

En efecto, la Ley de Expropiación Forzosa parte de dos principios fundamentales: de un lado la valoración no comprende las plusvalías derivadas del proyecto de obra que, lógicamente, son independientes de cualquier actividad del propietario; para ello al efectuar la valoración no habrán de tenerse en cuenta estas plusvalías. Y, por otra parte, la determinación del justiprecio se efectuará en base al valor real de los bienes (33). En definitiva, pues, la aplicación del criterio de la Ley de Expropiación Forzosa asegura el propietario o afectado que la valoración se efectuará en base a criterios de valor real de mercado, aunque sin tener en cuenta las plusvalías derivadas del proyecto que da lugar a la expropiación.

La Ley del Suelo establece un sistema distinto; en principio la Administración al valorar los bienes tiene en cuenta, según una serie de criterios, el destino de los mismos, el planeamiento, sus características y posibilidades de aprovechamiento. La primera consecuencia de ello —a diferencia de la Ley de Expropiación Forzosa— es que al valorar los bienes se tienen en cuenta las plusvalías y las minusvalías derivadas del Plan, que incide así sobre la valoración de los bienes afectados. Y otro principio trascendental de la Ley es que la valoración se lleva a cabo de

(32) Nos limitamos a dejar apuntadas otras cuestiones a las que no podemos, en este momento, referirnos más extensamente. Así, que el beneficiario de la expropiación es el concesionario, aunque no adquiere la propiedad de los terrenos que se incorporan al dominio público; que el legislador ha querido obtener la máxima celeridad en el procedimiento expropiatorio, singularmente en lo que hace a la declaración de utilidad pública —que conecta con lo previsto en el artículo 17, 2, de la Ley de Expropiación Forzosa, aunque con modificación del mismo—, y a la declaración de urgencia de la ocupación (artículos 17 y 16 de la Ley de Autopistas). Aunque ahora no podemos tratar detenidamente del tema, creo que el problema práctico más importante será el relativo al momento en que deberá efectuarse la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados.

(33) De acuerdo con los artículos 36 y 43 de la Ley de Expropiación Forzosa.

acuerdo con criterios objetivos que suelen conducir a una valoración inferior a la de mercado, salvo en el supuesto en que se aplique el valor comercial (34).

Expuestas así, de forma sintética, las dos vías previstas en nuestro Ordenamiento, se comprende fácilmente que la elección de una u otra tenga trascendencia práctica. En concreto, esta trascendencia puede ser escasa para los terrenos rústicos, pero en cambio tiene gran importancia para los terrenos urbanos y de reserva urbana. En principio, la autopista y la zona de dominio van a ser espacios libres no edificables, lo que hace que desde la perspectiva de la Ley del Suelo —y teniendo en cuenta su posible aprovechamiento urbanístico— su valoración pudiera ser muy baja; en cambio, si se aplica la Ley de Expropiación Forzosa la valoración será distinta, puesto que se abonará su valor real sin tener en cuenta las minusvalías derivadas del proyecto que se ejecute (35).

De aquí que, desde la perspectiva del titular de los bienes y derechos afectados, lo más conveniente sea la aplicación de los criterios de la Ley de Expropiación Forzosa. Y ello porque le asegura que la incidencia de la obra pública sobre su terreno —que da lugar a la expropiación— se traducirá en una valoración real de su bien; y el hecho de que no se tengan en cuenta las plusvalías ni las minusvalías derivadas del proyecto que se ejecuta no le perjudica, porque el proyecto de obra no provocará sino minusvalías en el caso de que se aplicasen los criterios de la Ley del Suelo.

En definitiva, éste ha sido el criterio elegido por el legislador que ha optado por garantizar a los afectados la valoración más favorable —desde una perspectiva legal— entre las dos vías que ofrecía nuestro Ordenamiento. Solución que parece adecuada —desde la perspectiva de los intereses en juego— por cuanto que no se vé por qué razón los titulares afectados han de soportar —en beneficio del concesionario y, en definitiva, de los automovilistas usuarios de la autopista— un valor distinto e inferior al real; pero que, desde una perspectiva legal, pone de manifiesto la paradoja que supone el que existan dos valoraciones distintas, según que las expropiaciones se hagan por razón de urbanismo o por

(34) Así se deduce de los artículos 85 y ss. de la Ley del Suelo. El tema de si, cuando no procediera aplicar el valor comercial, era compatible la aplicación de la Ley del Suelo con la del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa fue resuelto de forma negativa por la Ley de 21 de julio de 1962 —artículo 1, 2.—; postura mantenida ya por la doctrina. Así, en la conferencia de SANZ BOIXAREU pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre *Problemática jurídica del sistema de expropiación*, cuya referencia se recoge en el "Anuario de Derecho Civil", 1962, tomo XV, fascículo III, p. 751. En dicha conferencia se sostenía una tendencia unificadora, entendiéndose que la Ley del Suelo constituía el estatuto jurídico y unitario del suelo y que, en consecuencia, sus criterios de valoración debían aplicarse cualquiera que fuera la causa de la expropiación.

(35) En la práctica, sin embargo, creo que las diferencias son menos intensas de las que parecen deducirse del examen de ambas normas. A este tema, y a la Jurisprudencia que fundamenta la afirmación anterior, me he referido en el libro, al que me remito, *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Madrid, 1971, esp. pp. 129 y ss.

otras razones de interés público; problema cuya solución general por lo demás, y como es obvio, excedía del ámbito de la Ley de Autopistas (36).

2. Dentro de la brevedad que necesariamente ha de tener el presente trabajo, queremos dejar apuntado otro aspecto que es el referente a la responsabilidad del concesionario. El artículo 19 de la Ley modula la responsabilidad del concesionario prevista en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, haciendo de su cuenta la indemnización de todos los daños que sean consecuencia de la ejecución del proyecto o de la explotación del servicio concedido, a no ser que sean exclusivamente imputables a cláusulas o medidas impuestas por la Administración *después* de haber sido adjudicada la concesión. Creemos que la solución del legislador es acertada y se basa en la aplicación del principio de riesgo y ventura que rige en la concesión, en virtud del cual el concesionario ha de soportar todos los costes que produzca el desarrollo del contrato concesional. Ahora bien, si la Administración, con posterioridad al contrato, impone alguna nueva cláusula o medida cuyo cumplimiento ocasiona los daños, es claro que su indemnización no debe ir a cargo del concesionario porque ello supondría una alteración del equilibrio económico concesional.

VI

LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA

Uno de los aspectos más importantes de la Ley de Autopistas es el relativo a la incidencia de la misma sobre las propiedades adyacentes. El propio legislador es consciente de la complejidad de este problema y de las variadas hipótesis que pueden presentarse, por lo que se limita a sentar unos criterios de carácter general.

Para exponer cuáles son los principios en que se basa la Ley de Autopistas, es necesario referirse brevemente a su contenido y al encuadramiento doctrinal y legal que permitirá su mejor comprensión.

1. La Ley de Autopistas, en su artículo 20, regula la incidencia de una autopista sobre las propiedades adyacentes, distinguiendo tres zonas paralelas y colindantes a partir de la arista exterior de explanación de la autopista: la zona de dominio, que será objeto de expropiación, por lo que los problemas relativos a la misma se reconducen a las conside-

(36) Dentro de este apartado debe llamarse la atención de que en la modificación de servidumbres existentes por razón de otros servicios públicos, y en la reposición de servicios y servidumbres, se reconoce al concesionario la misma posición jurídica de que goza la Administración. Este tratamiento significa un beneficio para el concesionario, aunque esta afirmación deberá concretarse en cada caso; así, por ejemplo, el régimen establecido en relación al cambio de tendido de líneas eléctricas por las Reales Ordenes de 17 de febrero de 1908, Real Orden de 4 de junio de 1913 y Real Decreto de 3 de septiembre de 1913—de no responsabilidad de la Administración—ha sido modificado, en sentido contrario, por la *Ley de expropiación forzosa y servidumbre de paso para instalaciones eléctricas de 18 de marzo de 1966*.

raciones antes efectuadas; la zona de servidumbre, que podrá ser utilizada por la Administración o el concesionario en determinados supuestos y a la que serán aplicables todas las prohibiciones relativas a la zona de afección; y la zona de afección en la cual queda prohibida toda clase de publicidad.

Además de ello, en los primeros cincuenta metros medidos exteriormente a partir de la arista exterior de la calzada, se fijará una línea de edificación. Desde esta línea hasta la autopista quedará prohibida la construcción, reconstrucción o ampliación de cualquier tipo de edificación. En el resto de la zona de afección —que llega hasta cien metros medidos desde la arista exterior de explanación— se prohibirá el cambio de uso real, la edificación y, en general, cualquier otro tipo de construcción o mejora de los existentes sin permiso del Ministerio de Obras Públicas.

Como se observa ya fácilmente, la autopista provoca una grave incidencia sobre las propiedades situadas en un radio de cien metros medidos a ambos lados desde la arista exterior de explanación. Y el problema fundamental que plantea esta incidencia es el de determinar si los propietarios afectados tienen o no derecho a indemnización. Para responder a la cuestión suscitada, y valorar los criterios establecidos por la Ley, hay que partir del concepto de delimitación, limitación y sacrificio de derechos.

2. En efecto, el derecho de propiedad —como cualquier derecho— no tiene un contenido absoluto. Esta concepción, pacíficamente admitida, permite distinguir, como hace la doctrina, entre delimitación, limitación y sacrificio de un derecho. La delimitación viene a establecer los confines y el ámbito normal del derecho de propiedad. La limitación supone la inhibición del ejercicio de una o más facultades abstractamente comprendidas en el derecho de propiedad, por lo que no puede implicar obligaciones positivas, sino tan sólo un deber de abstención; por otra parte, las limitaciones han de tener un carácter de generalidad, de forma tal que afecte a una categoría abstracta de bienes o a todos los que se encuentren en una determinada situación, porque si afecta tan sólo a bienes determinados de forma concreta y específica, en vez de una limitación nos encontraríamos con el sacrificio de un derecho que implica una lesión del mismo. Las diferencias más importantes entre estas figuras, por lo que aquí interesa, es que mientras la delimitación o limitación no otorga derecho de indemnización alguna, en cambio el sacrificio sí otorga derecho de indemnización (37).

Sentados ya estos conceptos, y antes de pasar al estudio concreto de la incidencia producida por la autopista, parece conveniente determinar cuál es en nuestro Ordenamiento jurídico el ámbito normal del derecho de propiedad; ámbito que viene establecido, en cuanto a la edificación,

(37) Sobre el tema, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Urbanístico*, curso 1967-68, p. 150. *Vid.* también ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo*, Milano, 1958, pp. 512 y ss., de quien se toma la definición de limitación que figura en el texto.

por la Ley del Suelo, que ha sido el punto de partida de la regulación que ahora examinamos, por lo que debemos referirnos brevemente a la misma.

La Ley del Suelo establece como contenido normal del derecho de propiedad, la edificabilidad de 0,2 m³/m². La ordenación del uso de los terrenos podrá atribuir un contenido mayor; y la modificación de esta ordenación podrá disminuirlo, pero si tal disminución no afecta a la edificabilidad mínima de 0,2 m³/m², se entiende que se está definiendo el contenido del derecho de propiedad y que no existe derecho de indemnización (38). Por lo demás, la ordenación del uso del suelo podrá fijar el índice de ocupación de la parcela, establecer retranqueos, alturas máximas y otros aspectos, sin que ello dé lugar a derecho de indemnización. En fin, la desigual incidencia del planeamiento sobre el sector afectado podrá corregirse mediante la reparcelación, a través de la cual se llevará a cabo la justa distribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

Pues bien, la Ley de Autopistas parte de la concepción doctrinal y de su plasmación en la Ley del Suelo, que han quedado expuestas en términos elementales, con objeto de sentar una base de partida que permita encuadrar los diversos supuestos.

a) Así, respecto a la zona de servidumbre, la Ley establece que no será indemnizable la simple afección de terrenos, y sí lo será la utilización de la misma. La solución legal parece correcta, porque el perjuicio concreto e individualizado sólo surge con relación a aquellos terrenos que sean efectivamente utilizados, lo que supone un sacrificio de tal derecho, aun cuando sólo sea con carácter temporal, que hará surgir el derecho de indemnización.

b) En cuanto a la prohibición de publicidad, la Ley establece que no será indemnizable. Creemos también que la solución legal es correcta, porque tal prohibición, consecuencia de la relación de vecindad con la autopista, puede calificarse como un confín normal de la propiedad (39).

c) Tampoco parece suscitar problema el que se declaren indemnizables los perjuicios reales y cifrables que puedan producirse en las zonas de servidumbre y afección, porque tales perjuicios se ocasionarán normalmente a bienes concretos y determinados, por lo que la lesión de los mismos debe ser indemnizada.

3. El problema de mayor interés —y contenido económico— se produce en relación con la prohibición de construir, debiendo distinguirse

(38) La tesis que se sostiene en texto creemos encuentra un fundamento adecuado en los artículos 63 y 70 de la Ley del Suelo, en conexión con el artículo 48, 2, de la propia Ley. El tema es de extraordinaria importancia y merece una consideración detenida que no puede hacerse, obviamente, al hilo de un comentario a la Ley de Autopistas. Permítasenos, pues, que nos limitemos a dejar sentado este punto de partida que creemos es, además, el que ha seguido el legislador, según se justifica más adelante.

(39) Sobre las relaciones de vecindad. cifr., por todos, GONZÁLEZ ALEGRE, *Las relaciones de vecindad*, Barcelona. 1967.

—según hemos visto— entre la prohibición total y la prohibición de hacerlo —más allá de la línea de edificación— sin permiso del Ministerio de Obras Públicas. Nos referimos ahora al primer aspecto.

Pues bien, en relación con el mismo, la Ley establece en su artículo 20, 3, c):

- “No determinará derecho a indemnización: c) La prohibición de construir, si los propietarios afectados por la línea de edificación pudieren concentrar en terrenos de su propiedad colindantes con éstos y al otro lado de dicha línea, el volumen de edificación autorizado por la norma segunda del artículo 69 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, siempre que queden a salvo las prescripciones de este artículo, lo que se acreditará, en cada caso, mediante el informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo.”

La mera lectura del precepto demuestra que el legislador ha tomado en consideración, y llevado a sus últimas consecuencias, la concepción de la Ley del Suelo antes expuesta. La autopista lleva consigo una ordenación de los terrenos adyacentes que respeta el volumen edificable mínimo que constituye el contenido esencial del derecho de propiedad, y por consiguiente tal ordenación no da derecho a indemnización porque viene a definir el derecho de propiedad afectado, sin privar al propietario del contenido mínimo y esencial del mismo.

Solamente cuando el propietario no pueda concentrar el volumen edificable de su parcela en terrenos de su propiedad, surgirá el derecho de indemnización. Y ello, porque en este caso el propietario será titular de un volumen edificable de $0,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$, pero tal volumen no podrá ubicarlo en su terreno que se declara inedificable; y de aquí que —prácticamente— se vea privado del contenido esencial y mínimo de su derecho de propiedad, lo que hace surgir una lesión concreta e individualizada que produce un sacrificio de su derecho, lo que da lugar a indemnización.

Ahora bien, este derecho de indemnización lo tiene en principio frente a la Administración —vaya o no a cargo del concesionario su importe— que al decidir el trazado de la autopista viene a producirle la lesión indemnizable. Pero, a su vez, la Administración puede evitar el pago de la indemnización repartiendo la carga entre los propietarios del sector afectado, acudiendo a la reparcelación (40); de esta forma, el volumen mínimo de que es titular el propietario, y que no puede ubicar sobre sus terrenos, se concentrará más allá de la línea de edificación en terrenos del sector afectado, por lo que al desaparecer ese perjuicio desaparece también el derecho de indemnización; esta solución es más beneficiosa para el propietario afectado, por cuanto no solamente conseguirá el volumen mínimo derivado de la ordenación sino el medio del sector afectado, al conseguir repartir la carga entre el conjunto de propietarios de terrenos ubicados en el mismo; nuevamente vemos cómo se acude aquí a las técnicas de la Ley del Suelo.

(40) Solución que refleja la *Ley de Autopistas* en su artículo 20, 5, b).

La regulación prevista por el legislador —perfectamente explicable y coherente con el Ordenamiento vigente— planteará problemas importantes en su aplicación, sobre todo en aquellos supuestos en que los terrenos afectados sean urbanos o de reserva urbana (41) y tengan reconocida una edificabilidad superior a la mínima de $0,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$. En este supuesto, cuando los terrenos sean urbanos o de reserva urbana y tuvieran reconocida una edificabilidad superior a la derivada de la incidencia de la autopista, ¿deberá soportar individualmente el propietario afectado la disminución del contenido de su derecho? ¿Podrá repartirla con el resto de los propietarios del sector afectado? ¿En el caso de que la Administración decida expropiar su terreno, cuál será el criterio para calcular el justiprecio?

Excede de los límites del presente trabajo el examen de cada una de las hipótesis que pueden suscitarse, según que exista Plan —general, parcial— o no; que los terrenos sean urbanos, o de reserva urbana, y cuando se trate de terrenos urbanos, según estén incluidos en el casco o no, estén urbanizados o sin urbanizar con Plan parcial aprobado; habrá que contemplar si, en cada caso, la reparcelación es posible, si el propietario puede concentrar el volumen mínimo en terrenos de su propiedad, si la Administración acuerda llevar a cabo la reordenación o reparcelación, o si acuerda reducir las zonas de servidumbre y afección en aquella parte de recorrido en que la Ley lo permite. En fin, como fácilmente se comprende, las diversas combinaciones que pueden plantearse entre estos supuestos deberán ser contempladas en cada caso concreto.

Únicamente vamos aquí a referirnos, con relación a los terrenos urbanos o de reserva urbana, a un problema concreto. La Ley de Autopistas establece que la Administración podrá, dentro de los plazos que reglamentariamente se determinen, acordar la expropiación total o parcial de los terrenos afectados o, en su caso, proceder a la reparcelación o reordenación del sector. Creemos que esta última alternativa —reparcelación o reordenación del sector— será la normalmente aplicada, incluso dejando su iniciativa a los propietarios afectados cuando la afección no sea indemnizable por poder concentrar en terrenos de su propiedad el volumen mínimo edificable; y creemos que, a través de esta vía, se puede llegar a soluciones satisfactorias para los afectados, sin carga económica alguna para la Administración (42). Pero —y ésta es la cuestión que nos plan-

(41) En efecto, en terreno rústico la afección será mínima, porque tales terrenos tienen una edificabilidad —en general— de $0,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$ que se respeta por la Ley. La necesidad de concentrar el volumen más allá de la línea de edificación es una consecuencia de la ordenación que, como vimos, viene a definir el derecho de propiedad y no es indemnizable. Cuando el titular no puede concentrar el volumen en terreno de su propiedad —dado que no cabe la reparcelación de terrenos rústicos— surgirá el derecho de indemnización; lo que normalmente sólo ocurrirá en supuestos excepcionales, dada la extensión normal de las fincas rústicas.

(42) Aunque no podemos extendernos en este punto —dada la índole del presente trabajo— quizá convenga valorar el alcance de la Ley contemplando las hipótesis más normales. Partimos para ello del supuesto de que la autopista afecte a terrenos de municipio en que exista Plan General de Ordenación, y en que por tanto el terreno esté calificado

teamos— cuando la Administración decida acudir a la expropiación, surge el problema de determinar con arreglo a qué criterio deberán valorarse los bienes; si con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa o a la Ley del Suelo, con las diferencias, antes expuestas, que ello supone.

La Ley de Autopistas nada dice al respecto. Por mi parte estimo que lo lógico sería aplicar los criterios de la Ley del Suelo, dado que, en relación a las zonas afectadas, tales criterios están en la base de la Ley que comentamos, según creemos haber demostrado. Por otra parte, el proyecto de la autopista ha provocado una modificación “extra ordinem” (43) del Plan vigente y ha venido a insertarse en el planeamiento urbano, por lo que la expropiación puede calificarse como una medida de ejecución del mismo. Ahora bien, la aplicación de la Ley del Suelo a estos terrenos —incluidos dentro de la línea de edificación y como tales calificados de no edificables, si bien dotados de edificabilidad mínima que habrá de concentrarse más allá de la línea citada— no podría justificar que se intentara aplicar una valoración que —de acuerdo con el destino de los bienes— no contemplara más que la edificabilidad de $0,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$. Y ello, porque al propietario no se le priva tan sólo de esta edificabilidad, sino de su derecho a la justa distribución de los beneficios

de urbano, de reserva urbana y rústico; nos referimos al terreno urbano y de reserva urbana, que plantean los casos de mayor interés:

— En terrenos de reserva urbana —en que no existe Plan parcial aprobado— el Plan general normalmente habrá fijado una ordenación genérica no concretada aún sobre el terreno. El proyecto de autopista incide sobre esta ordenación calificando de espacio libre la zona de prohibición de edificar. Por ello, al formular el Plan parcial, deberá tenerse en cuenta la ordenación general existente y, entre ella, la zona de prohibición, de forma tal que el volumen medio atribuido en el Plan general se concrete en los terrenos edificables. De esta forma la realización de la autopista puede no producir lesión alguna al conjunto de propietarios; la aplicación del instituto reparcelatorio, bien a solicitud del propietario afectado, bien a iniciativa de la Administración —para evitar la indemnización en los casos que proceda por ser imposible concentrar el volumen más allá de la línea de edificación— permitirá distribuir justamente entre los afectados los beneficios y cargas derivados de la ordenación.

— En terreno urbano, el problema es más complejo. Normalmente la autopista no atravesará terreno urbano o irá volada, lo que permitirá reducir —y prácticamente desaparecer— las zonas de servidumbre y afección (artículo 20, 2, de la Ley de Autopistas), como creemos que sucederá necesariamente en el casco urbano, dado que se trata de terreno edificado. En los demás supuestos de terreno urbano —previstos en el artículo 63 de la Ley del Suelo— la autopista incidirá en la ordenación, por lo que será normalmente necesario efectuar una reordenación del sector, que podrá contemplar, incluso, una nueva distribución del volumen edificable con anterioridad a la incidencia de la autopista; la aplicación de la reparcelación, dado que se trata de terrenos no construidos aún en sus dos tercios, porque si no serían casco urbano (artículo 12 de la Ley del Suelo), permitirá repartir entre el conjunto de propietarios afectados los beneficios y cargas derivadas de la ordenación.

De todas formas, las hipótesis pueden complicarse en la práctica, siendo de aplicación, para solucionar los casos concretos, los principios que se dejan expuestos en el texto.

(43) Según la terminología adoptada por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ap. cit.*, pp. 196 y ss.; el fundamento de esta modificación se encuentra en el artículo 165 de la Ley del Suelo. Debe hacerse notar que la modificación se produce —de acuerdo con el artículo 20, 1, de la Ley de Autopistas— desde el momento de la aprobación del proyecto de construcción o el de trazado, en su caso, de una autopista o tramos de ella.

y cargas derivadas del planeamiento —concretado en su derecho a la reparcelación— por lo que el importe del justiprecio debería calcularse en base al aprovechamiento medio del sector; a este problema me he referido en otro lugar, así como a la Jurisprudencia y al artículo 4.º, 4, del Reglamento de Reparcelaciones que fundamentan la tesis que aquí se sostiene, por lo que me remito a las consideraciones allí efectuadas (44).

4. Hasta ahora nos hemos referido a la prohibición de edificar dentro de la línea de edificación. Ahora vamos a referirnos a la prohibición de hacerlo —sin permiso del Ministerio de Obras Públicas— más allá de la línea de edificación y hasta el límite de la zona de afección.

Este sometimiento al permiso del Ministerio de Obras Públicas no incide —como en el supuesto anterior— sobre el contenido económico normal del derecho de propiedad afectado, que sigue siendo el mismo, aunque con el límite de que se prohíbe su ejercicio sin permiso del Ministerio de Obras Públicas.

La regulación legal puede calificarse como una limitación del derecho de propiedad, en el sentido de que debe ser ejercitado de forma tal que no suponga peligro alguno para la seguridad del tráfico y la consecución del fin de interés público de la autopista. De aquí que deba calificarse —de acuerdo con la doctrina— como una limitación de carácter relativo, en cuanto se atribuye a la Administración la potestad de dejar sin efecto tal limitación mediante una autorización al propietario de proceder al uso del bien que se prohíbe en abstracto —prohibición de construir— una vez comprobado que tal uso no supone peligro alguno. Esta potestad de la Administración ha de entenderse —al menos mientras no exista una regulación detallada aplicable a la autopista— como discrecional, en el sentido de que deberá valorar en cada caso concreto si la construcción que pretende efectuarse supone o no un peligro, en los términos señalados, pudiendo imponer las condiciones que estime necesarias al otorgar el permiso (45).

Siendo esto así, parece claro que la denegación del permiso al propietario no produce, en principio, derecho de indemnización, ya que en definitiva el propietario debe soportar la limitación de su derecho que supone el no poder ejercitarlo en forma tal que implique un peligro para la consecución acabada de la finalidad de interés público que implica la autopista.

Ahora bien, la tesis que aquí se sostiene tiene una excepción que se deduce de lo anteriormente expuesto: si la denegación del permiso por el Ministerio de Obras Públicas implicara —necesariamente— una lesión del contenido del derecho de propiedad, creemos que entonces el propietario sí tendría derecho a indemnización; y ello, porque no se trataría ya de armonizar el ejercicio de tal derecho con el interés público de la autopista, sino que se produciría una privación singular del contenido del mismo o de parte de él. Esta conclusión no sólo es congruente con la

(44) *Vid.*, *Las zonas verdes...*, *cit.*, pp. 127 y ss.

(45) Sobre este punto, *cfr.*, por todas, ALESSI, *Sistema...*, *cit.*, pp. 515 y ss.

doctrina que antes ha quedado expuesta —en orden a la distinción entre limitación y sacrificio de derechos— sino también con la propia Ley de Autopistas, que distingue entre limitación del contenido del derecho de propiedad —dentro de la línea de edificación— y limitación en el ejercicio de tal derecho —más allá de la línea—; de no aceptarse la solución que se propone, se llegará a la consecuencia de que a una limitación de menor entidad podría corresponder un efecto más grave para el propietario afectado: la privación, en la práctica, del ejercicio del contenido de su derecho de propiedad sin indemnización alguna. No creemos que este resultado pueda sostenerse fundamentalmente. Por lo demás, la pertinencia de la indemnización, para este supuesto concreto, puede encontrar amparo en la propia Ley de Autopistas, que declara indemnizables los perjuicios reales y cifrables que puedan producirse en la zona de afección, dentro de la cual se encuentran terrenos sobre los que incide la prohibición que comentamos.

VII

POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN

El capítulo VI de la Ley se dedica a las potestades de la Administración, a las que se otorga las que le confiere la Ley de Contratos del Estado con determinadas especialidades. La existencia de estas potestades es una consecuencia del hecho de que el concesionario efectúe un tipo de ejercicio privado de función pública, lo que genera la existencia de una supremacía especial de la Administración reflejada en la existencia de tales potestades.

Estas potestades que, genéricamente, comprenden la posibilidad de exigir del concesionario todo lo necesario para la buena construcción, conservación y explotación de la autopista, se encuentran armonizadas con la necesidad de mantener en todo momento el equilibrio económico de la concesión.

La Ley de Autopistas establece en este aspecto determinadas especialidades en relación a la legislación de contratos del Estado, de las cuales merecen aquí destacarse la relativa al “ius variandi” de la Administración (46).

Con relación a este punto, debe hacerse notar que el legislador distingue entre modificación del servicio y ampliación de la obra, estableciendo

(46) A la aplicación de las potestades conferidas a la Administración por la legislación de contratos del Estado, con las especialidades establecidas por la Ley de Autopistas (artículo 21), debe añadirse la existencia de una Delegación del Gobierno a la que se atribuyen funciones específicas de vigilancia sobre la concesionaria (artículo 36 de la Ley), con objeto de garantizar una presencia de la Administración, dotada de plena inmediatez, que contribuya a asegurar el cumplimiento efectivo del contrato por la concesionaria.

un régimen distinto, en el cual sin embargo destaca —como elemento común— las garantías que adopta el legislador para que la vía de la modificación no puede utilizarse como una técnica para conseguir, por razones de interés particular, la ampliación del plazo concesional o la revisión de las tarifas.

En cuanto a la modificación del servicio el artículo 24, 1 y 2, de la Ley de Autopistas transcribe casi literalmente el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado relativo a la modificación del contrato de gestión de servicios públicos. Ahora bien, en el párrafo tercero del citado precepto se introduce una importante modulación en la regulación de la Ley de Contratos del Estado, al decir que

— “Si la iniciativa de las modificaciones corresponde al concesionario, las resoluciones que se adopten no deberán repercutir en el régimen de tarifas ni en el reconocimiento de una mayor inversión a los efectos de extinción del contrato.”

Creemos que el fundamento del precepto transcrito es eminentemente práctico. En efecto, desde una perspectiva teórica, lo importante no es el dato formal de que la iniciativa de la modificación sea de la Administración o del concesionario, sino el hecho de que se decida por la Administración por razones de interés público, en cuyo caso deberá mantenerse el equilibrio económico de la concesión. Ahora bien, desde una perspectiva práctica, cabe que el concesionario pretenda obtener, acudiendo a esta vía, una modificación de la concesión con el único y exclusivo objeto, de interés particular, de obtener una modificación de las tarifas o una prórroga del período concesional; y esta vía es precisamente la que pretende evitar el legislador, para lo cual da relevancia el dato puramente formal de que la iniciativa sea adoptada por el concesionario.

En cuanto a la ampliación de la autopista, la Ley la regula como una modificación del contrato concesional cuya concreción queda confiada a un convenio entre la Administración y el concesionario. Creemos que la razón de este tratamiento específico puede consistir en que en este supuesto se trata de llevar a cabo una ampliación de la obra pública, lo que plantea problemas específicos en orden a su incidencia sobre el equilibrio económico de la concesión, y la forma de mantenerlo mediante la alteración de las tarifas, único elemento al que se refiere el legislador sin tomar en consideración —como en el precepto antes transcrito— la posibilidad de aumentar la duración del período concesional; de aquí que el legislador se haya apartado del régimen establecido para el contrato de obra —que no plantea tales problemas al abonarse el incremento de su costo con cargo al presupuesto— y haya previsto un sistema de convenio, con lo que hace depender la validez de la modificación de la voluntad concurrente de las partes. Voluntad que deberá formarse dentro del ámbito de autonomía establecido por la Ley, que sienta determinados criterios básicos y establece determinadas garantías —como el dictamen

preceptivo del Consejo de Estado— con objeto de que la ampliación no se utilice por el concesionario como una vía para obtener injustificados beneficios.

Aunque las razones del legislador sean perfectamente comprensibles, conviene llamar la atención sobre dos consecuencias a que conduce el sistema legal: en primer lugar, la Administración, manteniendo el equilibrio económico de la concesión, no podrá modificar la concesión imponiendo al concesionario la ampliación de la autopista, sino que deberá contar con la conformidad del mismo. Y en segundo lugar, que la compensación por la mayor inversión sólo puede consistir en la alteración del régimen de tarifas —y no en el aumento del plazo concesional— lo que puede hacer prácticamente inviable el convenio cuando la modificación intente llevarse a cabo en una fase avanzada del período concesional; quizá el legislador ha querido evitar de esta forma que la ampliación se utilice como una técnica para obtener una prórroga de la concesión. Pero, en todo caso, llama la atención que las garantías otorgadas al concesionario frente a la Administración —necesidad de su conformidad— y las cautelas adoptadas por razones de interés público —no alteración del período concesional— puedan conducir en la práctica a que la Administración se encuentre con obstáculos difícilmente superables para conseguir un resultado de claro y notorio interés público: la ampliación de la autopista cuando resulte insuficiente para la prestación del servicio.

VIII

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

El capítulo VII de la Ley se dedica a los derechos y obligaciones de los concesionarios, distinguiendo —correctamente a nuestro juicio dado el carácter mixto de la concesión— entre la fase de construcción y la de explotación. Además de ello se contienen determinadas especificaciones referentes a la hipoteca de la concesión y a la participación en el ejercicio de potestades administrativas.

1. En la fase de construcción se reconocen determinados derechos y obligaciones al concesionario. Nos limitamos a comentar aquellos aspectos que presentan mayor interés.

a) En primer lugar se admite que la obra se realice directamente por la concesionaria o que contrate su realización con un tercero. Esta regulación es una consecuencia del carácter de gestor —y no de contratista de la obra— que tiene el concesionario; lo que a la Administración le interesa es que gestione la construcción de la obra de forma adecuada, siéndole indiferente que la construya por sí mismo o por medio de un tercero (47).

(47) La prohibición de identidad entre concesionario y constructor, hasta ahora aplicada en las autopistas concedidas, obedecía posiblemente a la conveniencia de acentuar

Normalmente la concesionaria no efectuará la obra directamente, salvo que sea filial de una empresa constructora, por lo que acudirá a su contratación con un tercero; en cuyo caso deberá llevar a cabo este contrato en la forma que establezcan los pliegos; hasta ahora dichos pliegos vienen estableciendo un control del Estado en tales contratos de obra, que deberán adjudicarse por concurso y con arreglo a los principios de publicidad y libre concurrencia, sometiéndose la aprobación de las bases al Ministerio de Obras Públicas y debiendo comunicárselo la adjudicación del contrato entendiéndose prestada su conformidad por silencio positivo.

b) En segundo lugar, nos referimos al principio de riesgo y ventura. La Ley de Autopistas ha recogido este principio en forma similar a la de Contratos del Estado, admitiendo así que no serán de cargo del concesionario los desembolsos que procedan de fuerza mayor. La aplicación de esta excepción suscitará algún problema en orden a establecer cómo debe compensarse en este supuesto al concesionario, si directamente por el Estado o indirectamente, reconociéndole un derecho a la revisión de las tarifas; aunque la solución no esté prevista en la Ley, parece que esta última será la posición más acertada, por cuanto las tarifas constituyen la compensación del concesionario y asimismo el derecho a su revisión se fija en función del aumento del coste de construcción y explotación sobre el previsto inicialmente, por lo que un supuesto de fuerza mayor, que producirá normalmente un aumento del costo de inversión, podrá dar lugar al surgimiento del derecho a la revisión.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el incremento de inversión a que da lugar el supuesto de fuerza mayor puede no suponer un mayor desembolso para el concesionario, en cuyo caso, al no existir un suplemento de coste, es obvio que faltará el presupuesto para que surja el derecho de compensación del concesionario frente a la Administración. En efecto, si el concesionario ha contratado con un tercero la realización de las obras, este contrato de obra privado se rige por el Código Civil, que hace recaer las consecuencias de la fuerza mayor sobre el constructor; al ser el contratista, y no el concesionario, el que sufre las consecuencias es obvio que no surge derecho de compensación alguno.

Claro está que en el contrato de obra podría pactarse un sistema distinto atribuyendo las consecuencias al concesionario, en cuyo caso parece quedar abierta la posibilidad de que éste solicite la oportuna compensación a la Administración. Pero tal posibilidad ha sido considerada por el legislador, que ha venido a excluir la compensación en tal supuesto, al

el carácter de gestor de la obra pública que concurre en el concesionario, dejando la construcción confiada a empresas especializadas. Desde otra perspectiva, económica, el tema puede tener trascendencia, pues si la concesionaria construye la autopista ello puede traducirse, de no fiscalizarse adecuadamente el presupuesto de la obra, en que las acciones se conviertan prácticamente en liberadas. Nos remitimos a las consideraciones efectuadas al tratar del régimen económico de la concesión en orden a la necesidad de que, en cada caso concreto, exista un equilibrio entre lo que el concesionario aporta a la comunidad y lo que va a recibir de ella.

decir que la Administración no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores.

c) En cuanto al plazo de realización de las obras —y posibilidad de prórroga— se mantiene el régimen general de la Ley de Contratos del Estado, con una importante modificación; para que el concesionario tenga un derecho de prórroga no basta que el retraso no le sea imputable —en el sentido de culpable normalmente aceptado al tratar de la mora— sino que es preciso que se deba a fuerza mayor o a la propia Administración. La Ley es taxativa al respecto, al decir

— “Si el retraso se debiere a otra causa, aun procedente de la actividad de un tercero, no existirá tal derecho de prórroga.”

La Ley tiende aquí a conseguir las máximas garantías en orden a evitar el retraso de la concesionaria; estas garantías son lógicas si se piensa en la actividad de un tercero con quien se haya contratado la obra, pues el contratista debe poner la máxima diligencia en seleccionar las personas con quien contrata y en exigir el cumplimiento del contrato, por lo que el incumplimiento del tercero parece implicar una culpa “in eligendo” o “in vigilando”. En cambio parece más discutible la exclusión del caso fortuito, que no implica culpa alguna de la concesionaria; en todo caso, hay que suponer que en la práctica no se planteará problema alguno, porque aunque el concesionario no tenga un derecho de prórroga, ésta le será concedida normalmente por la Administración.

2. La Ley regula también los derechos y obligaciones del concesionario en la fase de conservación y explotación de la autopista. En relación a este extremo creemos que la Ley es clara al regular la obligación de conservación y la obligación de prestar el servicio de forma tal que se asegure la continuidad y buen orden del mismo, previniendo además la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. El concesionario ha de prestar también los servicios complementarios comprendidos en las denominadas áreas de servicio; podrá subcontratar la prestación de tales servicios con un tercero, si bien este subcontrato deberá someterse a las prescripciones que establezcan los pliegos —lo que es lógico dado su carácter de subcontrato y su dependencia del contrato principal—, estableciendo el legislador que tales contratos quedarán resueltos al acabar el término de la concesión y se respetarán si finalizara antes.

Quizá el problema que ofrezca mayor interés es el referente a la concesión de estaciones de servicio, dado que la Ley establece que el Estado se reserva derechos sobre los conceptos que actualmente integran la Renta de Petróleos y el legislador determina que la concesión de tales estaciones en el área de la autopista se regirá por sus normas específicas.

Resulta así que la concesión de autopista comprende la de las áreas de servicio; que dentro de tales áreas —y entre los servicios complementa-

rios— habrán de figurar las estaciones de gasolina y que, sin embargo, el concesionario de la autopista no lo es de tales estaciones. La Ley es clara en orden a estas afirmaciones. Ahora bien, como para instalar una estación de gasolina hay que disponer de los terrenos necesarios para ello y como el único que dispone de los mismos es el concesionario de la autopista, parece que éste tiene dos posibilidades:

— O pedir la concesión de estaciones de servicio.

— O bien autorizar a terceras personas para que lo soliciten mediante convenio previo con las mismas en cuanto a la disponibilidad de la parte de terreno del área de servicio necesario para efectuar la instalación (48).

3. La Ley se refiere también indirectamente a la hipoteca de la concesión, al tratar de la ejecución hipotecaria. La posibilidad de hipotecar la concesión parece clara, dado que se trata de una concesión mixta de obra y servicio, y que las concesiones de obra tienen en nuestro Ordenamiento el carácter de bienes inmuebles.

La Ley no se refiere al tema de si es necesaria o no una autorización administrativa para efectuar tal hipoteca, aunque creemos que tal autorización es necesaria. En efecto, toda hipoteca encubre una cesión potencial de la concesión en el supuesto de que se incumpla la obligación garantizada, lo que dará lugar a la correspondiente ejecución. De aquí que igual que la cesión de la concesión requiere una autorización administrativa la hipoteca también debe requerirla.

Por otra parte, y para el caso de llegarse a la ejecución hipotecaria, el legislador ha adoptado la precaución de condicionar la adjudicación de la concesión a la constitución por el adjudicatario de una sociedad con los requisitos legalmente exigidos para ser concesionario, quien se subrogará en los derechos y obligaciones del adjudicatario.

4. Queremos referirnos por último a la participación en el ejercicio de potestades administrativas al concesionario, tanto en cuanto hace al cuidado sobre la aplicación de las normas y reglamentos sobre uso, conservación y policía de la autopista como la vigilancia de la misma y —con carácter excepcional— a la regulación del tráfico. Esta participación en el ejercicio de tales potestades normalmente se traducirá en su deber de dar cuenta a las autoridades competentes de las infracciones que observen, sin perjuicio de que en circunstancias excepcionales el personal encargado de la vigilancia de la autopista pueda adoptar las disposiciones necesarias para la regulación del tráfico, quedando entonces investido temporalmente del carácter de autoridad, lo que supone la aplicación de una técnica de protección muy intensa como es la penal. Efectivamente, el artículo 119 del Código Penal define el concepto de autoridad, y regula

(48) La procedencia de esta solución alternativa se recoge ya de forma expresa en el artículo 15 del nuevo Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos de 5 de marzo de 1970.

en diversos artículos una serie de delitos, como los atentados y desacatos, que vienen matizados por la índole, de autoridad o funcionario, del sujeto pasivo. El legislador pretende así proporcionar al concesionario una protección específica para el supuesto que comentamos.

IX

DURACIÓN, CESIÓN Y EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN

El capítulo VIII de la Ley se dedica a la duración, cesión y extinción de la concesión. A continuación se comentan algunos extremos de interés:

1. En cuanto a la duración se establece un plazo máximo inferior al previsto con carácter general por la Ley de Contratos del Estado. El punto de mayor interés es que el plazo se cuenta desde la fecha de eficacia del Decreto de adjudicación de la concesión y no desde la entrada en servicio de la autopista. Debe señalarse que el cómputo de este plazo quedará suspendido—como la propia concesión— en determinados supuestos tipificados por la Ley que darán lugar a la imposibilidad práctica, no imputable al concesionario, de prestar el servicio.

2. En cuanto a la cesión de la concesión se exige que sea total y a persona que cumpla los requisitos exigidos por la Ley para ser concesionaria, lo que parece perfectamente lógico dada la unidad de la concesión y la necesidad de evitar que en la cesión queden sin efecto los principios de la Ley en orden a la entidad concesionaria. Por otra parte, se exige autorización administrativa, lo que parece también lógico, dado que la concesión se efectúa “*intuitu personae*”, valorando normalmente la solvencia, experiencia y garantía de los licitadores, e incluso promotores de la concesionaria; todas estas garantías podrían quedar burladas si se admitiese una cesión subsiguiente de la concesión sin una previa autorización administrativa que valore la concurrencia de estas mismas garantías.

La Ley no se refiere al problema de si es necesario—como exige el artículo 81 de la Ley de Contratos del Estado— que el concesionario haya realizado la explotación durante el plazo máximo de cinco años; ante la ausencia de una regulación específica, este requisito será exigible, lo que parece adecuado para el interés público y para garantizar que la oferta del concesionario es seria y no está hecha en función de la transmisión onerosa de la concesión con el consiguiente beneficio.

3. En cuanto a la extinción de la concesión la Ley se limita casi exclusivamente a mencionar las causas que dan lugar a la misma. La liquidación de la concesión queda remitida a los pliegos, que serán así de aplicación preferente a la Ley de Contratos del Estado. Por lo demás, las causas de extinción son similares a las establecidas en la Ley de Contratos del Estado, salvo que no figura en la Ley la supresión del servicio—lo que

parece correcto, pues no es realmente previsible que se decida clausurar una autopista—; tampoco figura el incumplimiento de la Administración, que, no obstante, creemos será aplicable, en su caso, no sólo por decirlo así la Ley de Contratos del Estado —artículo 75— sino por aplicación de los principios generales en materia de contratación.

En estas condiciones, parece aquí ocioso hacer un comentario de la regulación de las causas de extinción, en tanto no se publique el Pliego de Cláusulas Generales a que hace referencia la disposición final segunda de la Ley, el cual será de extraordinaria importancia para concretar la aplicación de los criterios contenidos en la misma.

Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT

Profesor adjunto de Derecho Administrativo