

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «para concesionales»* (Prólogo de José María GIMENO FELIÚ), Civitas, Madrid, 2010, 351 págs.

La contratación pública es un sector jurídicamente muy dinámico. El legislador, tanto europeo como nacional, nos tiene acostumbrados a un vertiginoso ritmo, que ha hallado el suficiente eco en una doctrina que no ha pasado por alto la importancia, tanto en términos conceptuales como también económicos, de este sector de la actividad administrativa. En este contexto, no es de extrañar que a lo largo del año se sucedan notables aportaciones doctrinales. Entre las últimas novedades destaca, sin duda, la monografía de BERNAL BLAY que ahora reseñamos. La obra tiene su origen en la tesis doctoral del autor, elaborada bajo el magisterio del profesor GIMENO FELIÚ, uno de los más reconocidos especialistas en el ámbito de la contratación pública. Lo cierto es que basta una simple hojeada para convenir con el maestro de Miguel Ángel BERNAL, y en esta ocasión prologuista, que se trata de un trabajo meticuloso y riguroso. Las interesantes propuestas tanto interpretativas como de regulación futura que se nos anuncian solo se descubren tras la atenta lectura que, sin duda, merece la obra.

La introducción general con la que comienza la monografía nos pone ya sobre aviso de su sugerente contenido. No se trata de una descripción más o menos detallada del régimen jurídico de una modalidad contractual, el contrato de concesión de obras, sino de un esfuerzo de delimitación dogmática de este «tipo» contractual fren-

te a los otros dos contratos —figuras «paraconcesionales», como llama expresivamente el autor— que pueden incluir la misma prestación: la construcción de una obra pública.

El primer capítulo aborda el estudio de la génesis, evolución y situación actual del contrato de concesión de obras públicas y de las otras técnicas «paraconcesionales». Más allá de ilustrar sobre el nacimiento de la concesión de obras al albur de las escasas disponibilidades presupuestarias del XIX y sobre el importante grado de confusión que acompañó su desplazamiento desde la normativa original sobre obras públicas hacia la sectorial de contratación, el capítulo es de interés porque se inicia ya la labor de desmarañar el difícil entramado jurídico en el que se mueven las tres figuras que, al margen del tradicional contrato de obras, pueden tener por objeto la ejecución de una obra pública.

Para ello se comienza por la búsqueda de la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras públicas, se sigue averiguando el *status* europeo de nuestro contrato de gestión de servicios públicos y se finaliza analizando críticamente la configuración normativa de la colaboración público-privada de tipo contractual. Respecto a la primera cuestión, el autor concluye de forma convincente que el contrato de concesión de obras públicas es una subespecie dentro de la especie que, en el género de los contratos públicos, representan los contratos públicos de obras. Respecto a la última, se advierte ya que el legislador español ha creado un contrato, el de colaboración público-privada, que presenta importantes problemas en su distinción con otras figuras

contractuales exponentes igualmente de esa colaboración. De hecho, son muchas las páginas a lo largo de la obra en las que se irá tratando de perfilar, hasta dónde es posible, las diferencias entre la colaboración público-privada y los otros tipos contractuales. Por último, de forma muy pertinente se llama la atención sobre el hecho de que en el ámbito de los contratos de gestión de servicios públicos solo la concesión de servicios públicos puede calificarse como contrato de concesión de servicios en el plano europeo. Es más, si se me permite añadir un paso más al razonamiento, ni siquiera toda concesión de servicios públicos nacional puede conceptuarse como concesión desde una perspectiva europea, a la vista de la doctrina sobre el reparto de riesgos presente en la jurisprudencia europea (vid. SSTJUE de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, y de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*).

Los tres círculos concéntricos que la LCSP ha creado al delimitar su ámbito de aplicación hacen que la pregunta sobre el elemento subjetivo sea imprescindible en cualquier acercamiento a la norma. Mucho más si se trata del contrato de concesión de obras públicas o del de colaboración público-privada, donde determinados preceptos de forma más o menos directa pueden hacer dudar de la posibilidad de que puedan ser empleados por determinados entes del sector público. El autor responde a estas dudas en el segundo capítulo de la obra, donde se explica que, de forma paralela a los contratos administrativos típicos creados y regulados con detalle por el legislador español, tanto el Derecho europeo como el nacional dejan espacio a determinados contratos que se asemejan conceptualmente a los anteriores, aunque tengan naturaleza privada y un régimen jurídico en demasía flexible, como denuncia BERNAL BLAY.

Sea como fuere, en la obra se analizan tanto los contratos privados de concesión de obras públicas como la extensión del «sector público» a efectos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Respecto a este último contrato, se pone de manifiesto lo equívoca de la denominación, porque el sector privado,

a efectos de este contrato, no se define como pudiera esperarse por contraposición al sector público del artículo 3.1 LCSP.

Para delimitar conceptualmente el contrato de concesión de obras es necesario adoptar un doble enfoque. Como nos enseña el autor, no es uno, sino son dos los criterios que han de emplearse simultáneamente para hallar las zonas comunes, pero también las diferencias, entre contrato de concesión de las obras públicas, concesión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Los dos parámetros que precisa este análisis son el objeto y la causa del contrato. Al estudio de los mismos se dedica prácticamente la mitad de la monografía.

En efecto, el capítulo tercero de la obra se ocupa del estudio del objeto del contrato como circunstancia determinante para su calificación jurídica. Pese a la sencillez aparente de afirmar que mientras la concesión de obras públicas tiene como objeto la ejecución de una obra pública, la de servicios, la prestación de un servicio y que mediante el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se pretende llevar a cabo una actuación global e integrada, el objeto contractual de estos tipos contractuales, coincidente en parte, suscita importantes problemas jurídicos. Porque para poder licitar una concesión de obra pública es preciso determinar el significado de «pública», aunque bien es verdad que a esta pregunta es posible responder utilizando un concepto funcional —y en consecuencia amplio— de lo público. Pero sobre todo, y ello está planteando severas dificultades en la práctica, para licitar una concesión de obra pública es preciso determinar si la obra es susceptible de ser explotada económicamente. Se demuestra así que el contrato de concesión es una modalidad del contrato de obras, cuyo campo de aplicación se ve reducido en base a este elemento.

La determinación del objeto del contrato de concesión de servicios no es en modo alguno evidente. Porque es preciso diferenciarlo tanto del contrato de servicios como del contrato de concesión de obras públicas. Respecto del primero, existe, a mi modo de ver, la dificultad de que los

criterios que hemos barajado tradicionalmente en Derecho nacional no coinciden con los del Derecho de la Unión Europea. Probablemente, y desde la perspectiva europea, la diferencia entre concesión de servicios públicos y el contrato de servicios no radique tanto en la competencia administrativa sobre la prestación del servicio, sino, utilizando las categorías que emplea el propio autor, exclusivamente en la causa del contrato, lo que, como se comprende fácilmente, desborda el tenor del artículo 8 de la LCSP. Por otro lado, el establecimiento de las fronteras entre el contrato de concesión de obras públicas y el de servicios —o, lo que es lo mismo, la calificación jurídica de las concesiones mixtas de obras y servicios— constituye una compleja cuestión, de gran importancia práctica, que no es eludida por el autor. Antes al contrario, facilita sugerentes mimbres interpretativos que permiten hallar cuál es la prestación principal del contrato, lo que permitirá delimitar, consecuentemente, su naturaleza y régimen jurídico.

Finalmente, en la última parte del capítulo se arroja luz sobre el confuso objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, partiendo de que se trata de un contrato que tiene carácter subsidiario, al menos en la buena teoría y no tanto en la realidad. Tras un meticoloso análisis del significado de «complejidad de las prestaciones» y de «actuación global e integrada» se describen las notas que distinguen contrato de concesión de obra pública y contrato de colaboración entre el sector público y privado, figuras excluyentes en la acabada construcción conceptual de BERNAL.

A estas alturas de la obra, el lector se halla ya convencido de que la diferencia fundamental entre, por un lado, contratos de obras y de servicios y, por otro, contratos de concesión de obras públicas y de servicios es la forma de retribución del concesionario, que en el último de los casos adopta la forma del otorgamiento de derechos de explotación. De ahí que el último capítulo de la obra se dedique al estudio de la causa de los contratos de concesión. Y, en este sentido, se desentraña el significado de explotación de la obra o servicio. Existen

distintos matices en el reconocimiento de este derecho y, en consecuencia, en el trabajo se analizan la exigencia de transmisión de riesgos al concesionario y la posibilidad tanto de que se otorgue un derecho de explotación de obras complementarias como de que existan aportaciones públicas. Especialmente interesantes resultan las reflexiones vertidas en torno a la posibilidad de restablecimiento económico del contrato, pues si, por un lado, la transmisión de riesgos al concesionario es un elemento estructurante de la concesión, si se lleva el mismo al extremo, puede dificultar la capacidad de atraer al sector privado, auténtica finalidad del contrato.

Pero el contenido del capítulo no se refiere exclusivamente a la causa de los contratos, sino también a lo que podríamos considerar su fin, el motivo concreto que condiciona la elección de un determinado tipo contractual en unas circunstancias concretas. Sería ingenuo desconocer que tras el desarrollo de las técnicas «paraconcesionales» se esconde la huida hacia la desconsolidación contable. Que tiene poco de artificio mágico, como demuestra el bisurí del autor. Porque, por un lado, la propia normativa europea sobre cuentas nacionales tiene sus propias limitaciones y puede que esté propiciando, de forma algo perversa, las operaciones de ingeniería jurídica y financiera que, a largo plazo, pueden suponer mayor presión para los presupuestos públicos. Por otro, siempre existe el riesgo de que no se acierte en la fórmula de desconsolidación, y que determinada Administración se vea obligada a asumir contablemente una inversión que se pretendió no apareciera en el déficit público. Pero sobre todo porque, como subraya BERNAL BLAY, el déficit y el gasto corriente son dos caras de una misma moneda, la moneda del gasto público. Y todavía no se ha conocido el remedio magistral que permita construir obras públicas sin gasto para el erario público.

La monografía concluye con unas conclusiones finales en las que el autor recopila los hallazgos a los que ha conducido su completo análisis de la configuración jurídica del contrato de concesión de obras públicas y del resto de figuras «paraconcesio-

nales». Probablemente, la más importante de todas ellas haya sido demostrar que existen acusadas diferencias entre contrato de obra, de concesión de obra, de concesión de servicios públicos y de colaboración entre el sector público y el sector privado, que afectan principalmente al elemento objetivo y a la causa de los contratos y que impiden, en consecuencia, considerar que son técnicas intercambiables.

La ágil pluma del doctor BERNAL BLAY y su apego a la realidad administrativa, exteriorizado a golpe de contrastar cada tesis con el contenido de los correspondientes anuncios de licitación al uso, no pueden hacer pasar desapercibida la importante carga dogmática de la obra y la profundidad de su análisis. Bien es verdad que el trabajo no es un ejercicio de erudición para universitarios, o no solo eso, sino un instrumento crítico que permitirá perfeccionar la realidad de la contratación administrativa, pues facilita un robusto asidero que en la oscuridad de determinadas reformas legislativas resulta especialmente útil al operador jurídico. Más aún si el legislador, que tan acostumbrados nos tiene a reformar la LCSP, decide interiorizar alguna de las distintas propuestas que fundadamente formula el autor.

Isabel GALLEGO CÓRCOLES  
Universidad de Castilla-La Mancha