

# LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE OBRA PÚBLICA COMO NUEVA FÓRMULA DE GESTIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS.

*Francisco José Villar Rojas,*  
Catedrático de Derecho Administrativo,  
Universidad de La Laguna.

INDICE: 1.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ESTÁ DE MODA. 1.1 Algunos ejemplos; en particular el ámbito sanitario público. 1.2 Caracteres de los contratos de concesión de obra pública sanitaria puestos en marcha. 2.- LAS RAZONES: VIEJOS ARGUMENTOS QUE SE REPITEN COMO NUEVOS. 3.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA A LA LUZ DEL MARCO LEGAL DE ESTE CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO. 3.1 Marco general. 3.2 El objeto: construcción y explotación de obras públicas. *a) Planteamiento. b) El concepto legal: las dudas que suscita. c) El concepto de obra pública. d) Las obras públicas complementarias. e) Las obras vinculadas con la prestación de servicios públicos o servicios de interés general. f) Construcción y explotación, y ¿sólo explotación?* 3.3 Las condiciones de prestación y régimen económico-financiero. *a) Riesgo y ventura. b) Financiación de las obras: negociación derechos de crédito futuros. c) La retribución del contratista. d) Garantía del equilibrio económico-financiero. e) Duración y extinción del contrato.* 3.4 Valoración de respuesta legal a la tensión entre “riesgo y ventura” y “equilibrio económico-financiero”. 4.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NORMAS SOBRE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. 4.1 Modalidades de costear las obras públicas (también, de retribuir al contratista). 4.2 La retribución de las obras públicas desde la perspectiva del “riesgo” (o la tensión con las normas limitadoras del endeudamiento público). 5.- REFLEXIÓN FINAL: UN NUEVO DISFRAZ PARA RELACIONES CONTRACTUALES TRADICIONALES ACCESORIAS.

## 1.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ESTÁ DE MODA.<sup>1</sup>

### 1.1 Algunos ejemplos; en particular en el ámbito sanitario público.

Las autopistas de peajes están de moda. El régimen tradicional de construcción y financiación de autopistas en España se ha generalizado. La concesión de obras públicas aparece por aquí y por allá. Las Administraciones públicas (estatal, autonómica y local) vienen proyectando y ejecutando obras públicas (infraestructuras) mediante esa fórmula concesional. Se acude a esa modalidad contractual para la construcción y financiación de aparcamientos

públicos (Plaza de la Castellana), la ampliación y construcción de puertos (Barcelona, Gran Canaria), los nuevos palacios de justicia (Comunidad de Madrid), las obras hidráulicas (depuradoras, desaladoras), las nuevas infraestructuras ferroviarias, de tranvías y de metro, la construcción de centros sociosanitarios especializados (Cabildo de Tenerife) y cualquier otra imaginable, entre ellas, por supuesto, la construcción de nuevas carreteras.

Se extiende un modelo de construcción de obras públicas en el que el empresario privado no sólo se encarga de la ejecución y la financiación (como es tradicional, construye y obtiene financiación en el mercado privado de capitales), sino que se le encomienda la “explotación” de la obra para recuperar la inversión y su beneficio (su retribución) mediante el cobro a los usuarios por el uso de la instalación. La nota que mejor caracteriza esta forma de construir obras públicas es la vinculación de la retribución del concesionario con los pagos de quienes la utilicen (así resulta del derecho comunitario: artículo 1.d Directiva

<sup>1</sup> Texto escrito de la ponencia impartida en el XIV CONGRESO DE DERECHO Y SALUD, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, celebrado en Zaragoza, del 23 a 25 de noviembre de 2005.

93/37/CEE y artículo 1.3 Directiva 2004/18/CE; en España: artículo 14 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión).

La asistencia sanitaria pública no escapa de esta moda. La Comunidad de Madrid ha promovido la construcción de siete hospitales en régimen de concesión de obra pública (ya adjudicados). Se trata de los nuevos hospitales comarcales de San Sebastián de los Reyes, Coslada, Arganda del Rey, Parla, Aranjuez Vallecas y Puerta de Hierro (éste último con 740 camas). Esta iniciativa es estudiada por otras Comunidades: Castilla y León para el hospital de Burgos, Baleares para el nuevo hospital Son Dureta, Canarias para la construcción de tres nuevos centros de salud. Una manifestación particular de esta iniciativa la constituye la creación de empresas públicas de construcción y explotación de centros sanitarios (el caso de GIS-CARM: empresa gestora para la promoción, construcción y explotación de infraestructuras sanitarias de Murcia).

Esta actuación entronca, siquiera indirectamente, con otra anterior en el tiempo: la utilización del contrato de concesión de servicio público en el caso del Hospital de Alcira (Valencia), que se repite en el caso del nuevo centro hospitalario de Denia en la misma Comunidad y en el octavo hospital promovido por la Comunidad de Madrid: el de Valdemoro. Aun con diferencias que se expondrán, se trata de dos formas de buscar la colaboración financiera privada en la construcción y funcionamiento de nuevos establecimientos sanitarios públicos; la concesión de obra pública hospitalaria es su última manifestación.

## 1.2 Caracteres de los contratos de concesión de obra pública sanitaria puestos en marcha.

A los efectos de presentar las notas esenciales de estos contratos de obra pública sanitaria se toma como referencia la convocatoria, pliego y adjudicación del hospital de Coslada<sup>2</sup>.

Los aspectos más destacados de esta contratación son los siguientes:

- Contratante: la Administración sanitaria autonómica (Consejería de Sanidad).
- Concesionario: una unión temporal de empresas adjudicatarias, que se debe constituir en sociedad anónima, con objeto social exclusivo este contrato, quedando sujetos los cambios accionariales a control adminis-

trativo previo, incluida la pignoración de acciones como garantía financiera.

- Objeto: la redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra del Hospital de Coslada.
- El proyecto de obra y construcción es como un contrato de obra pública sobre suelo público, que concluye con el acta de comprobación (que no de recepción de la obra).
- La "explotación de la obra", consiste en poner a disposición de la Administración sanitaria el inmueble y el equipamiento no sanitario, la prestación de servicios residenciales y complementarios no sanitarios (conservación, mantenimiento, lavandería, catering, limpieza, vigilancia...) y la prestación de los servicios comerciales (cafetería, tiendas, aparcamiento). En ningún caso, la explotación abarca los servicios médico-sanitarios.
- Aspectos económico-financieros:
  - a) Financiación del contrato: 1) captación de recursos en el mercado privado de capitales 2) derecho del concesionario a una retribución se considera activo susceptible de cederse, pignorar, titulizarse o integrarse en fondos de titulización, previa autorización de la Administración.
  - b) Retribución del concesionario: formada por las cantidades a pagar por la Administración y por los rendimientos procedentes de la explotación zona comercial. Los usuarios de los servicios médicos no pagan.
  - c) En particular, las cantidades a pagar por la Administración tienen la siguiente estructura:
    - Cantidad máxima anual (ofertada por el concesionario).

Se basa en la ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medido en camas ocupadas por paciente y día, y la plena disposición de la totalidad de los servicios a utilizar por la Administración medidos de acuerdo con parámetros objetivos de calidad y disponibilidad, fijados en el pliego, para un periodo de 24 horas al día, 365 días al año.
    - Esa cantidad tiene dos apartados: cantidad fija anual y cantidad variable anual.
    - La cantidad fija anual no puede superar el 40% de la cantidad máxima anual ofertada. La cantidad variable

<sup>2</sup> Convocatoria del concurso, con síntesis del pliego y remisión al mismo, se publicó en el Boletín Oficial del Estado, 18, de 21 de enero de 2005. La adjudicación se publicó en Boletín Oficial del Estado 151, de 25 de junio de 2005.

anual es la cuantía máxima restante para el supuesto de cumplimiento de todos los estándares de calidad establecidos (los licitadores ofertarán una tarifa anual a tanto alzado para cada uno de los servicios ofertados).

- Régimen de prestación:
- La obra se construye y “explota” a riesgo y ventura del concesionario; si bien moderada en el caso de la obra y de los servicios complementarios. Se aplica la “cláusula de progreso técnico”.
- El riesgo no tiene exclusiones ni genera derecho a compensación en tres casos: la explotación de las zonas comerciales, el nivel de demanda de los usuarios – más o menos consultas e ingresos- y el aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan la zona.
- Duración y extinción del contrato:
  - La duración del contrato es de 30 años (incluidos 18 meses para la construcción, salvo que el concesionario ofertase un plazo menor).
  - En el momento de extinción se produce la reversión de la obra pública y zonas complementarias a la Administración sanitaria.

Este es el régimen básico. Tres son los aspectos más relevantes a los efectos del análisis que sigue: el primero, que la gestión de los servicios médico-sanitarios queda en manos de la Administración competente, no del concesionario; el segundo, que la financiación de la construcción del hospital admite la negociación con la retribución futura que pueda obtener el contratista; y el tercero, que, una vez en funcionamiento, quien le paga al concesionario no son los usuarios-pacientes, sino la propia Administración sanitaria, bien es cierto que con unos criterios vinculados con la calidad y regularidad de los servicios no sanitarios y de las instalaciones que son utilizadas, en este último aspecto, este contrato se separa del régimen de las autopistas de peaje.

## 2- LAS RAZONES: VIEJOS ARGUMENTOS QUE SE REPITEN COMO NUEVOS.

La búsqueda de formas de financiación privadas de las obras públicas caracterizó el último tercio del siglo XIX. Las razones entonces eran las siguientes:

- 1) La necesidad de promover la iniciativa económica privada, agobiada por la acción del Estado.
- 2) La incapacidad empresarial de la Administración, que llevó a la figura del concesionario interpuesto (gestión por contrata y por empresa) al limitado ámbito de la gestión directa de obras públicas (por administración).
- 3) La insuficiencia de recursos públicos para abordar proyectos de utilidad pública. La legislación de la época da cuenta de esta realidad.

La Instrucción de 10 de octubre de 1845, sobre obras públicas, diseñó las tres modalidades de ejecución de las mismas: por empresa, por contrata y por administración (artículo 4). En las obras por empresa –decía- *“la Administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y cuando estos no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten”* (artículo 5). Bien es cierto que establecía la preferencia de las obras por contrata frente a las obras por empresa siempre que existieran fondos suficientes (artículo 6). La adjudicación podía ser a petición de la empresa o por subasta (artículo 7 y 13). La crítica a la intervención del Estado en la construcción de obras públicas tiene su mejor expresión en la exposición de motivos del Decreto de bases de 14 de noviembre de 1868 –declarado ley por la de 20 de agosto de 1873-. Sus términos son elocuentes: *“El monopolio del Estado en punto a obras públicas era un mal; ya no existe. El Estado constructor era contrario a los sanos principios económicos; ya no construye. El Estado dedicando sus capitales a obras públicas, es todavía un sistema vicioso, y desaparecerá. La asociación libremente constituida y de tal modo organizada que los asociados posean, aun dentro de ella misma, la mayor libertad posible, es la forma perfecta por excelencia y a ella pertenece el porvenir”*.

El modelo se consolida con la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877. En esta norma se reitera la trilogía: por contrata, por administración por concesión –por empresa-, como modalidades de ejecución de las obras públicas (artículos 24 a 28). Las leyes especiales reproducen este régimen, en particular, el de concesión. Así, la Ley de Carreteras, de 4 de mayo de 1877 (artículos 46 a 49); la

Ley General de Ferrocarriles, de 22 de noviembre de 1877 (artículos 9 y siguientes); la Ley de Puertos, de 7 de mayo de 1880 (artículo 28 y siguientes), reproducido en la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928; Ley de 27 de julio de 1883, seguida por la Ley de 7 de julio de 1911, sobre construcción de obras hidráulicas con destino a riegos, defensa y encauzamiento de corrientes, si bien con mayor énfasis en la gestión por administración; por último, la concesión de obras de urbanización –con recuperación inversión por venta solares- en la Ley de Expropiación Forzosa, de 10 de enero de 1879 (artículos 11 y 53), a la que sigue la Ley de 18 de marzo de 1895, de saneamiento y mejora interior de las grandes poblaciones, antecedente del Estatuto Municipal de 1924<sup>3</sup>. En todos estos casos, la subasta en la modalidad ordinaria de selección del contratista. Estas referencias se completan con la aportación del Código Civil de 1889: las concesiones administrativas de obras se consideran bienes inmuebles, de dominio público, las concesiones de servicio público se incluyen entre los bienes muebles (artículos 334.10 y 336, respectivamente).

En el entorno de la primera guerra mundial, el modelo concesional entra en crisis. Por una multitud de razones, especialmente en las obras hidráulicas, el concesionario “interpuesto” es denostado: “sistema concesional: concesión, incumplimiento, la concesión incurrida en caducidad, declaración de caducidad, resolución de la concesión; y de nuevo otra concesión, de nuevo otras resoluciones, de nuevo otra caducidad, sin que la cadena se rompa, sin que las obras se realicen”<sup>4</sup>. Lo mismo en las obras hidráulicas que en las concesiones ferroviarias. La gestión directa por el Estado aparece como la solución para superar esta situación. En paralelo, la financiación presupuestaria se impone sobre la financiación patrimonial; el sistema impositivo frente al principio de equivalencia; el contribuyente frente al usuario (bien es cierto, que no lo desplaza por completo).

En la práctica, pese a la vigencia de la Ley de Obras Públicas de 1877, la figura del concesionario de obra pública desapareció. Nada dice del mismo la Ley de Contratos del Estado –Decreto 923/1965, de 8 de abril, de aprobación del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado-, ni antes, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955); aunque ambas disposiciones sí que regulan la concesión de servicio público con ejecución de obra (artículo 68 Ley de Contratos,

artículo 114 Reglamento de Servicios)<sup>5</sup>. Con todo, el concesionario de obra pública subsistió en dos ámbitos sectoriales: las autopistas de peaje (Ley de 26 de febrero de 1953, Ley 55/1960, de 22 de diciembre, y Ley 8/1972, de 10 de mayo, que continúa vigente); y la ejecución de obras de urbanización (el Estatuto-Municipal, aprobado por Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924, dio continuidad a la Ley de Expropiación Forzosa de 1879, hasta el cambio del modelo concesional por el de cesiones obligatorias a cargo de los propietarios que implanta la Ley del Suelo de 1956 y refuerza la Ley del Suelo de 1976, dejando la concesión para los programas de actuación urbanística –suelo urbanizable no programado- y la ejecución por expropiación).

El uso de la concesión queda en un segundo plano, pero las razones que lo justifican no desaparecen. Tiene interés recordar la explicación que dió el legislador de la primera norma sobre autopistas de peaje para justificar la medida, por su actualidad. El preámbulo de la Ley de 26 de febrero de 1953, sobre construcción por particulares de carreteras de peaje, decía lo siguiente: “Las insuficiencias de las consignaciones presupuestarias para la construcción de carreteras y la conveniencia de sustituir tramos defectuosos de las existentes por otros de mejores condiciones de vialidad que no pueden incluirse en el Plan de modernización, aconsejan permitir la construcción por particulares de tramos de carreteras, de puentes o túneles y de mejoras de trazado en general, y autorizar el cobro de peaje a los dueños de los vehículos que por ellos transiten, para reintegro de los gastos de construcción, conservación y explotación.(...) Este sistema no supone invención alguna y se practica en diversos países, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando el gran volumen de circulación permite rentabilidad a la obra”.

El resurgimiento de la concesión de obra pública, como modalidad de colaboración y financiación privada, se produce tímidamente con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 130 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo). Su regulación completa se produce con la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública (artículos 220 a 266). Entre estas fechas, las leyes autonómicas de suelo acogen una nueva figura: el agente empresarial urbanizador, que recuerda a los viejos concesionarios de obras públicas de urbanización<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Sobre esta normativa y su impacto, ampliamente, F. Jiménez de Cisneros Cid, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998, 319 págs.

<sup>4</sup> S. Martín-Retortillo Baquer, *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Tecnos, Madrid, 1966, pág. 40.

<sup>5</sup> La aparición del servicio público y de este contrato típico, con particular atención a su relación con el dominio y la obra pública en A. González Sanfiel, *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 87 y siguientes.

<sup>6</sup> Sobre la regulación autonómica de estos nuevos “urbanizadores”, por todos, J.M. Merelo Abela, *Régimen jurídico y gestión del suelo urbano y*

El relanzamiento de esta modalidad de ejecución de infraestructuras públicas en nuestros días se basa en las mismas razones esgrimidas en el siglo XIX. La exposición de motivos de la Ley 13/2003 es elocuente: *“el protagonismo de las distintas Administraciones Públicas no debe, ni puede, excluir el papel relevante de la sociedad civil, y, en el plano económico, el empresario privado”, “parece razonable, si no obligado, recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas –contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial, figura insustituible en el actuar de los poderes públicos”*. Es fácil reconocer, aun expresado de otro modo, los tres motivos clásicos:

- a) Rechazo implícito a la actuación pública directa –el Estado es mal gestor-.
- b) Vuelta a la iniciativa económica privada –bien es cierto que no en competencia, sino en un régimen de exclusividad-.
- c) Insuficiencia de recursos públicos –dificultad para incrementar la carga tributaria y para renunciar a la ejecución de obras-.

A esas razones se suma ahora la limitación del gasto público por las normas comunitarias (y estatales) sobre control del déficit público, que limitan la capacidad de endeudamiento de las Administraciones Públicas competentes. Esta es la novedad. Y ello trae causa del artículo 104 del Tratado de la Unión Europea dispone que: *“Los Estados evitarán déficits excesivos”* y, en particular, de su desarrollo comunitario (básicamente, los Reglamentos (CEE) 3605/93, 2223/96 y 1466 y 1467/97, del Consejo <sup>7</sup>), y, en España, la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. El objetivo perseguido es lograr la estabilidad presupuestaria, entendida como: *“la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones fijadas para cada una de las Administraciones Públicas”*. Lo destacable, a los fines de este estudio, es que los artículos 3, 8 y 12 de la citada Ley de Estabilidad Presupuestaria incluyen, en su ámbito de aplicación, todos los contratos y convenios de colaboración que tengan incidencia presupuestaria por comprometer gasto público –en suma, se

---

urbanizable (legislación estatal y autonómica), CissPraxis, Barcelona, 2000, págs. 417 a 459.

<sup>7</sup> El Reglamento (CEE) 2223/96, del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad es conocido como el “Reglamento SEC-95”. En orden a explicar y ejemplificar su contenido, la Oficina Estadística de la Unión Europea publicó el denominado “Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública”, referencia obligada para aproximarse a este régimen jurídico.

proyectan sobre la colaboración privada en la gestión de asuntos públicos, en sentido lato-.

En fin, la búsqueda de formas privadas de construcción y financiación de obras públicas aparece como la única vía para mantener el nivel de construcción de infraestructuras sin vulnerar los límites presupuestarios y de déficit público <sup>8</sup>. Los motivos de hoy son las razones de hace un siglo. A ellas se suma la tensión entre estabilidad presupuestaria y ejecución de nuevas obras públicas demandadas por los ciudadanos. Conviene, sin embargo, no perder de vista “los males” que aquejaron a los concesionarios de obras públicas en el siglo pasado, que llevaron a su postergación, para evitar incurrir en los mismos errores.

### **3.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA A LA LUZ DEL MARCO LEGAL DE ESTE CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO.**

#### **3.1 Marco general.**

El contrato de concesión de obras públicas es una de las tres modalidades tradicionales de ejecución de obras públicas, junto a la ejecución por la Administración y la ejecución por contrata (contrato de obras). Su régimen jurídico se encuentra en los artículos 5.2.a, 7.2 y 220 a 266 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

Como todo contrato administrativo, su regulación responde a la estructura normativa propia de estos negocios jurídico-públicos: formalización de la preparación (estudio de viabilidad –estudio de viabilidad económico-financiera-, proyecto de obras y plan económico-financiero, pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, artículos 227 a 233, salvo 232 LCAP), concurrencia en la adjudicación (por concurso, excepcionalmente negociado, artículo 231.1), régimen de derechos y deberes del concesionario (artículos 242 y 243), privilegios de la Administración contratante (artículo 249, a los que se suman el *ius variandi* artículo 250, secuestro artículo 251, penalidades, artículo 252), recepción de obras y causas de extinción (artículos 261 a 266).

No es este lugar para analizar en detalle cada una de las notas que caracterizan a estos contratos. Las líneas que siguen se ciñen a aquellos aspectos que parecen más con-

---

<sup>8</sup> También para las autoridades comunitarias. En este sentido, el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, Bruselas, 30 de abril de 2004 (COM 2004, 327 final).

trovertidos cuando se pretende su aplicación en el ámbito de la sanidad pública<sup>9</sup>.

### 3.2 El objeto: construcción y explotación de obras públicas.

#### **a) Planteamiento.**

La pregunta esencial es la siguiente: ¿los servicios sanitarios públicos pueden gestionarse mediante esta modalidad de contrato administrativo? La cuestión trae causa de un dato objetivo: el pliego del Hospital de Coslada dispone que los servicios médico-sanitarios quedan excluidos de la actividad de explotación del concesionario, su prestación corresponde a la Administración sanitaria. La duda es si esto es así por imperativo legal o por mera razón de oportunidad. A su vez, resuelto esto, surge otro interrogante: ¿cuándo cabe esta modalidad contractual y cuándo la concesión de servicio público? La respuesta se encuentra en el objeto de este contrato.

#### **b) El concepto legal: las dudas que suscita.**

El contrato de concesión de obras públicas es aquél contrato administrativo típico en virtud del cual: “la Administración concedente otorga a un concesionario, durante un plazo de tiempo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título” (artículo 220.1 LCAP).

La regulación es clara. El objeto de este contrato puede ser de dos tipos: la construcción y explotación de obras públicas, en general de las que sean necesarias para prestar servicios públicos o servicios económicos de interés general; o bien, de modo exclusivo, la explotación de esas mismas obras. Sin embargo, esta definición abre varios interrogantes:

- a) ¿Qué son obras públicas?
- b) ¿Cuáles son las obras necesarias para prestar servicios públicos y servicios económicos de interés general?
- c) ¿Cuándo se aplica este contrato y cuándo el de concesión de servicios públicos?
- d) ¿Es igual el contrato de construcción y explotación de obras, que sólo su explotación?

#### **c) El concepto de obra pública.**

Son obras. En concreto, las mismas que constituyen el objeto del contrato administrativo de obras: a) la construcción de bienes inmuebles (carreteras, puertos, presas, cualquier otra de ingeniería civil), b) la realización de trabajos de modificación del terreno o del subsuelo (dragados, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas), y c) la reforma, reparación, conservación o demolición de los anteriores (artículo 120 LCAP, que coincide, sustancialmente, con la definición de la Directiva 93/37/CEE). A este concepto de obra, la regulación del contrato de concesión de obra pública añade la superficie necesaria para zonas complementarias comerciales susceptibles de explotación autónoma (artículo 223 LCAP, sobre el que se volverá más adelante).

Son obras públicas. Como dice la Ley de Obras Públicas de 1877, lo son aquellas obras que sean de general uso y aprovechamiento y las destinadas a servicios a cargo del Estado, las provincias y los municipios; pertenecen al primer grupo las carreteras, los caminos de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego y los de navegación, aprovechamientos y policía de aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos, saneamiento de terreros (artículo 1). Poco más tarde, en 1889, el Código Civil diferenciará los bienes de dominio público entre los destinados a uso público (coincidentes con los señalados) y los que lo son por estar afectados a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional (artículo 339); una distinción que permanece. Dando un salto en el tiempo, esta es la definición que ofrece la exposición de motivos de la Ley 13/2003: “*la obra pública en sentido estricto debe entenderse como bien inmueble de interés público*”. El derecho local permite hacer otra precisión fundamental. Son obras locales: todas las de nueva planta, reforma, reparación, o entretenimiento, sean ordinarias o sean de urbanización, que se ejecuten con fondos propios o de otras entidades públicas y particulares, para la realización de servicios de su competencia (artículo 88 y 89 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por R.D.Leg. 781/1986, de 18 de abril). La precisión final del artículo 88 mencionado es decisiva: son obras locales

<sup>9</sup> Para una explicación completa de esta figura contractual: A. Embid Irujo y E. Colom Piazuelo, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2004, 491 págs; R. Gómez-Ferrer Morant (Coordinador), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2004, págs. 793 a 820; y A. Menéndez Menéndez (Director), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 555 págs.

aquellas necesarias para la realización de servicios de su competencia (la misma vinculación con realización de interés general en la Directiva 93/37/CEE). En suma, la obra es pública por su destino (uso público) y lo es también por cuanto su realización viene justificada por el ejercicio de una competencia administrativa atribuida como propia; sólo entonces, quien es competente puede “conceder” su explotación a un tercero <sup>10</sup>.

Son obras. Son públicas. Pero: ¿son dominio público? Se trata de una cuestión no exenta de complejidad. Los bienes que se adquieran por expropiación pasan a ser dominio público (artículo 24 de la Ley 33/2003, de 3 de diciembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y artículo 242.d LCAP). Con esto, una parte queda contestada, pero queda otro aspecto: ¿cuál es la naturaleza de la obra de nueva construcción? El artículo 101 de la citada Ley de Patrimonio dispone que la adquisición de las obras e instalaciones construidas sobre el bien de dominio público se produce con la extinción de la concesión. Por su parte, el artículo 241 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a la concesión de obra pública, señala que, concluida la obra, se levantará acta de comprobación –que no de recepción–, que permita el uso público de la misma, dejando la recepción para la terminación de la concesión. La obra parece, entonces, que es privada; si bien, el pliego de cláusulas administrativas será clave para resolver esta cuestión. En todo caso, una vez recibida, la condición de dominio público parece indiscutible con las consecuencias inherentes a su utilización posterior.

---

<sup>10</sup> La conclusión alcanzada, válida para las obras estatales, las autonómicas y las locales, permite hacer dos precisiones que servirán para acotar el objeto de estudio. Por un lado, las convocatorias de concursos públicos para la construcción y explotación de centros sanitarios hospitalarios realizadas por algunos municipios quedan fuera del régimen legal y financiero propio de las obras públicas, porque esas las entidades locales carecen de competencia en asistencia sanitaria pública (cfr. artículo 25 y 26 Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del Régimen Local). Por otra parte, mientras las obras portuarias, aeroportuarias, ferroviarias de interés general, como la construcción de carreteras, encajan en el concepto de obra pública, en tanto siguen siendo de la competencia estatal o autonómica; no puede decirse lo mismo de las infraestructuras en red, de las obras necesarias para el tendido eléctrico, las redes de telecomunicaciones, los gasoductos y los oleoductos, y sus instalaciones complementarias, que, tras su liberalización, son privadas y quedan fuera del objeto de este análisis. Y ello por más que, en todos los casos, esas instalaciones merezcan la consideración de “interés general” y su construcción pueda llevar consigo el derecho de ocupación y adquisición del dominio privado. Pero, no siendo competencia administrativa, los mecanismos de “gestión y financiación privada” no son aplicables –el mejor ejemplo es la ampliación de la red de transporte de electricidad, también instalaciones de telecomunicaciones y gasoductos–. Como es sabido, la contratación de obras en estos sectores económicos liberalizados se somete a normas especiales (Ley 48/1998, de 30 de diciembre, Directiva 93/38/CEE y Directiva 2004/19/CE). Sobre el régimen de estas infraestructuras privadas: F.J. Villar Rojas, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Comares, Granada, 2004, *passim*.

En resumen, las obras públicas lo son por su destino público y por ser de la competencia de una Administración Pública.

#### ***d) Las obras públicas complementarias.***

Como se avanzó, el concepto de obra pública incluye las que sean precisas para construir las zonas complementarias susceptibles de explotación comercial y aprovechamiento económico diferenciado (artículo 223 LCAP). La Ley menciona los establecimientos de hostelería, las estaciones de servicio, las zonas de ocio, estacionamiento, locales comerciales y otros susceptibles de explotación, sin pretensión de exhaustividad. Afirma el principio de unidad de gestión y control por la Administración concedentes, pero admite la explotación por el concesionario o por un tercero de acuerdo con lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas. Lo que interesa en este caso, a tenor de esta regulación, es qué tipo de equipamientos serían admisibles en un centro sanitario público como complemento comercial.

El tenor de la Ley, amplio y abierto, impide dar una respuesta cerrada. No obstante, en el mismo precepto es posible encontrar los parámetros para establecer el sentido de lo “complementario”. El apartado primero se refiere a: “*actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado*”. En consecuencia, la complementariedad deriva de su condición de equipamientos necesarios, útiles o convenientes para los usuarios de la obra pública principal, y sólo de éstos. La posibilidad de ejecutar dotaciones complementarias, aun interpretado con amplitud, no es una facultad legal que, por ejemplo, legitime construir en los bajos de un centro sanitario público –si fuera técnicamente viable– un gran centro de ocio con acceso libre, desconectado de los usuarios –profesionales y pacientes–. En esta hipótesis, no se cumpliría la nota de complementariedad y, además, la Administración concedente carecería de competencia para promover esa construcción –es más, probablemente, invadiría las de otras entidades públicas–. El límite es el vínculo con las necesidades de los usuarios de la obra pública principal en cuanto tales. Esta conclusión, a su vez, permite reconocer otro parámetro limitador: el principio de proporcionalidad. No basta con que la zona comercial complementaria sirva las necesidades de los usuarios, además, su dimensión debe ser proporcionada y adecuada a esas necesidades. En este sentido, nuevamente a modo de ejemplo, resultaría injustificado por falta de proporción, la construcción de un hospital de 150 camas, que incorporara un aparcamiento para 3000 coches. En esta hipótesis, la obra complementaria no lo sería, con vulneración del límite legal señalado.

***e) Las obras vinculadas con la prestación de servicios públicos o servicios de interés general.***

Las obras vinculadas con la prestación de servicios públicos o servicios económicos de interés general –las leyes españolas de liberalización, telecomunicaciones, correos, hidrocarburos, ferrocarriles, emplean el término servicios de interés general- son aquellas que sirvan a varios operadores por haberse producido una separación legal de actividades –infraestructura versus servicios-, como en puentes, en aeropuertos, en ferrocarriles, o en agua –vías ferroviarias versus transporte ferroviario, instalaciones portuarias y aeroportuarias versus transporte marítimo y transporte aéreo-, por supuesto, siendo la obra o instalación competencia administrativa y estando liberalizado la prestación del servicio <sup>11</sup>.

Ahora bien, si la separación legal de actividades no se produce, como ocurre con la sanidad pública, el problema de qué contrato debe ser aplicado se convierte en cuestión polémica; y ello porque el régimen jurídico del contrato de concesión de obra es distinto del que corresponde al servicio público y éste también puede incorporar la ejecución de obras <sup>12</sup>.

Para resolver esta cuestión es frecuente acudir al artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: la prestación que tenga más valor desde el punto de vista económico. Pero de poco sirve. En esta modalidad contractual, la gestión debe ser como mínimo de valor equivalente a la obra construida –de otro modo se incurriría en enriquecimiento injusto-, y, si la obra resulta ser accesorio, la prestación del servicio público siempre tendrá más valor, lo que lleva a sus normas especiales. La preferencia del régimen legal del servicio sobre las normas reguladoras de los bienes es indiscutible: la establece el artículo 74 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (*“las normas del reglamento de servicios serán asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuere sólo la base necesaria para la pres-*

*tación de un servicio público municipal o provincial”*), el artículo 87 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (*“La utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se supe- ditará a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo y, subsidiariamente, a lo dispuesto por esta Ley”*), y también el artículo 158.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (exigencia de anteproyecto de ejecución y explotación de obras en los contratos de gestión de servicio público que exijan la ejecución de obras, con sujeción a la normativa de la concesión de obras públicas). En suma, el régimen del bien cede ante el régimen jurídico del servicio público al que se encuentra afecto. La clave radica, entonces, en el concepto de servicio público.

Pues bien, dejando de lado los debates doctrinales sobre esta categoría jurídico-pública, lo cierto es que para hablar de servicio público deben cumplirse dos presupuestos: a) su objeto material debe consistir en un servicio en sentido técnico, esto es, una prestación de dar o hacer a favor de un tercero, en concreto, una obligación de hacer, no solo de permitir la actuación del tercero –uso de un bien- por mucho que ello exija mantener el bien en condiciones de ser usado –no hay servicio en la autopista de peaje-; y b) ese servicio debe ser público, por tanto, competencia de la Administración Pública por mandato legal, sea o no en régimen de exclusividad. En este caso, el régimen jurídico aplicable es el del contrato de concesión de servicio público con ejecución de obra (artículo 157.a LCAP).

Lo dicho permite dudar que la construcción y explotación de un hospital tenga encaje en el objeto propio de esta modalidad concesional. La asistencia sanitaria es una prestación –obligación de hacer- a favor de los pacientes con derecho a ella que obliga a las Administraciones sanitarias <sup>13</sup>. No basta con el “uso” o mera puesta a disposición del hospital; es más, el inmueble sin medios no merece ese calificativo. El hospital identificado con los servicios médico-sanitarios no es “explotable”; es más, si se quisiera encomendar esos servicios a un contratista, la modalidad contractual sólo podría ser la concesión de servicio público. A lo sumo, en un centro sanitario público lo explotable es la disponibilidad del edificio, en tanto que inmueble –una suerte de arrendamiento-, y los servicios accesorios o complementarios –lavandería, catering, vigilancia, cafetería-, tradicionalmente, contratados mediante contrato de servicios <sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Sobre el principio de separación de actividades, ampliamente, G. Ariño Ortiz (dir), *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª ed, Comares, Granada, 2004, págs. 609 y siguientes.

<sup>12</sup> El contrato de gestión de servicios públicos se regula en los artículos 154 a 170 LCAP. Las diferencias son elocuentes: los procedimientos de adjudicación (el servicio público, ordinariamente por concurso, en concesión de obras públicas siempre por concurso, pero la normativa comunitaria admite la subasta; distintos supuestos de procedimiento negociado), el plazo de duración (el servicio público: máximo 50 años, la concesión de obras: 40 ampliables hasta 60 años), la financiación del contrato (servicio público: las modalidades privadas sólo si aparecen en el pliego de cláusulas administrativas, en la concesión de obras públicas: las modalidades privadas del artículo 224 de la Ley), la retribución del concesionario (las tarifas de servicio público son tasadas, no admiten descuentos, frente a las máximas de la obra pública), el equilibrio económico del concesionario (el servicio público incluye riesgo imprevisible, no sólo revisión de precios, *factum principis*, y fuerza mayor).

<sup>13</sup> Artículo 2 en relación con el 7 y siguientes (prestaciones) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>14</sup> Por la misma razón, pero en sentido contrario, la construcción y explotación de un aparcamiento municipal no puede ser el objeto de una concesión de servicio público por mucho que lo reitera el Tribunal Supremo (por todas, STS. 3ª, 6 de mayo de 1993, Ar. 4300, con cita de otras anteriores). El motivo es simple: ¿cuál es la prestación, en qué

La comparación con los contratos de concesión de servicios públicos hospitalarios (Alcira, Denia y Valdemoro) confirma la conclusión alcanzada: los concesionarios no sólo construyen el centro sanitario sino que, además, asumen la prestación de servicios médicos a una población determinada como si de centros concertados se tratasen. No se “explota” el hospital, sino que se gestiona el centro hospitalario (como se dijo, mal puede explotarse un hospital, no lo es sin medios materiales y personales y realizando prestaciones –obligaciones de hacer-) <sup>15</sup>. Como se explicó en otro lugar, esta clase de contrato no podía considerarse concesión de obra pública porque sólo paga la Administración, al menos era así de acuerdo con la primera redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas <sup>16</sup>. Es cierto que, ahora, a tenor del artículo 246.4 de la Ley, la Administración pueda ser “usuaría única”, y, con ello, único pagador, pero este dato no cambia la naturaleza de este contrato: el servicio se impone sobre la obra pública.

En fin, a modo de conclusión parcial, el contrato de concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos porque no son “explotables”. La gestión con obra previa llama al contrato administrativo de servicios públicos, modalidad concesión.

### **f) Construcción y explotación, y ¿sólo explotación?**

Con la precisión que antecede para el ámbito sanitario, lo cierto es que el contrato consistente en la construcción y explotación de obras públicas a cambio de una remuneración pagada en todo o en parte por los usuarios es lo que es: una concesión de obra pública a los efectos del dere-

---

consiste el servicio? ¿la obligación que recae sobre la Administración municipal es de hacer? En realidad, el aparcamiento público es una obra pública mientras se construye, y, una vez que se pone a disposición de los ciudadanos, un bien de dominio público por afectación a un uso público. No hay ninguna prestación en favor de los usuarios.

<sup>15</sup> En el caso del hospital de Alcira, esa concesión de servicio público tiene por objeto la construcción de un hospital y la gestión de la asistencia sanitaria especializada en el área 10 del Servicio Valenciano de Salud (en una modificación posterior se incluyó la asistencia primaria); el concesionario es una unión temporal de empresas; la retribución del concesionario se fija en una cantidad máxima anual por paciente protegido (pago capitativo: 34.000 ptas por persona/año), sin aportación directa del ciudadano, que es el ámbito al que se circunscribe el riesgo del contratista (más o menos demanda de servicios); presencia de un funcionario público (equivalente delegado del Gobierno en concesiones de servicio público clásicas); la duración es de 10 años prorrogables otros 5 (la obra y equipamiento 18 meses); con cláusula reversional (Diario Oficial Generalidad Valenciana, 2938, 25 de febrero de 1997). Más reciente, los datos básicos del contrato de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, para el Hospital de Valdemoro, se recogen en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, 189, de 10 de agosto de 2005).

<sup>16</sup> F.J. Villar Rojas, “La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: hacia la desregulación de la sanidad pública”, Revista Derecho y Salud, 1998, págs. 84 y 85.

cho comunitario (artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE, artículo 1.3 Directiva 2004/18/CE). El único debate abierto en España es si se trata de un contrato de obra –por tanto, obligación de resultado–, como deriva del Derecho Comunitario, y de la tradición legislativa española –las leyes del siglo XIX–, o si, por el contrario, se trata de un contrato de actividad –análogo al de servicio público al que habrá de reemplazar–. Como se expondrá en el siguiente epígrafe, la naturaleza de modalidad de contrato de obras justificaría sin dificultad la exclusión del riesgo imprevisible y el régimen de tarifas máximas con descuento; en cambio, la preferencia por la actividad, legitimaría el régimen de equilibrio económico-financiero. El modelo de referencia sigue siendo el de las autopistas de peaje.

Ahora bien, el legislador español ha ampliado el objeto del contrato de concesión de obras públicas también a la mera explotación de la obra, sin construcción, cuando la retribución se percibe de las tarifas que abonen los usuarios –lo mismo hace con la modalidad de conservación de la obra pública no susceptible de explotación, artículo 130 LCAP–. Esta ampliación legal permite preguntarse si pudiera concederse a un particular la “explotación” de un hospital público existente o construido por la Administración. Es una mera hipótesis, pero que se aborda en tanto es admitida por el legislador.

La solución pasa por determinar lo que deba entenderse por explotación. A falta de precisión en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede servir la que formula el legislador en relación con la concesión de obra pública portuaria: la puesta de la obra a disposición de los prestadores de servicios o de los usuarios para su ocupación, utilización o aprovechamiento, a cambio de la correspondiente retribución económica (artículo 126.3, tercer párrafo, Ley 48/2003, de 26 de noviembre; antes en el artículo 27 de la Ley de Autopistas de Peaje de 1972). Pues bien, la puesta a disposición, que implica que la obra esté en condiciones de ser utilizada (conservación, reforma, rehabilitación), constituye uno de los objetos del contrato de servicios en el derecho comunitario, en concreto, por el sistema de retribución, se trata de una “concesión de servicios” (artículo 1.4 Directiva 2004/18/CE). Y, lo que resulta más importante, esta modalidad de contrato tiene su propio régimen jurídico (cfr. artículos 20 a 23 Directiva 2004/18/CE). Esta modalidad es igual a la que corresponde al contrato de concesión de conservación de tramos de autopistas (artículo 59 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1972), y es equivalente al contrato de servicios de gestión de autovías (artículo 60 de la Ley 55/1999, plazo máximo 20 años, modalidades de pago diferidas). En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dicho que la mera explotación es un contrato público de servicios, no

de obras, y, además, que sólo si la retribución procede de los usuarios, no de la autoridad pública, merece la calificación de concesión (STJUE de 13 de octubre de 2005, C-458/03, apartados 38 a 40).

En realidad, el problema es que esta modalidad de contrato –por su objeto, que incluye no solo la conservación de la obra, sino también la adecuación, reforma y modernización, y actuaciones de reposición y gran reparación, obligación de progreso técnico, y por su necesaria larga duración- es desconocida en la legislación española, salvo el contrato de gestión de autovías. Los artículos 196 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ofrecen mala cobertura a esta clase de contratos (duración 4 años). Aun así, lo cierto es que no son concesiones de obras, sino que son concesiones de servicios (siempre que la retribución la abonen los usuarios, de lo contrario, solo serían contratos públicos de servicios). La falta de referente en el ordenamiento español no justifica una ampliación forzada de la concesión de obra pública, que únicamente distorsiona esta modalidad contractual; sino que debiera llevar a una regulación “ad hoc” de esta forma de colaboración privada en la gestión de asuntos públicos, superando los límites tradicionales del contrato administrativo de servicios <sup>17</sup>.

En fin, volviendo a la hipótesis de otorgar a un empresario la explotación de un hospital ya construido, la imposibilidad de utilizar esta clase de contrato trae causa de la combinación de tres razones: la primacía del servicio público –claro está, con respecto a los servicios sanitarios-; la definición comunitaria de contrato de concesión de obra pública, que lo es sólo cuando se utiliza un bien a cambio de una retribución abonada por los usuarios; y, en tercer

---

<sup>17</sup> Otro problema que suscita esta concesión de servicios –siempre que la retribución económica proceda de los usuarios- es su diferencia con respecto a la concesión de dominio público, en particular, cuando se considera que todas las obras públicas, una vez recibidas, merecen esa calificación bien por su afectación a un uso público, bien por destinarse a un servicio público. Nuevamente, el problema nace del distinto régimen jurídico que resulta de aplicación. Así, el valor de la iniciativa de un particular (en obras públicas, derecho a compensación económica si proyecto no es elegido, en dominio público, derecho de tanteos sobre proyecto aprobado), la naturaleza del vínculo (contrato versus resolución unilateral que es la concesión de dominio público), el equilibrio económico-financiero (desconocido en la concesión de dominio público) y la duración (40 hasta 60 años, versus 75 años, salvo ley especial). La respuesta, en todo caso, no es pacífica; siempre es posible plantear la existencia de obras públicas –de competencia administrativa- que no son dominio público, bien porque no tienen un uso o aprovechamiento general, bien porque se destinan a actividades que son de interés general –esto supone volver al debate sobre el concepto de obras en la Ley de Obras Públicas de 1877-. El tema no es ni mucho menos sencillo, para un análisis más detallado: A. Gallego Anabitarte, “Caso, regulación y sistemática jurídica. Concesión de obra pública y dominio público. Un apunte”, Estudio Preliminar del libro de Bermúdez Sánchez, Javier, *Obra pública y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2002, págs. 11 a 47.

lugar, el que la concesión de la explotación de un hospital a un particular no es sino un supuesto de concesión de dominio público, puesto que esta y no otra es la naturaleza de los centros sanitarios públicos. Nuevamente, la única opción para viabilizar la hipótesis considerada sería acudir a la fórmula de la concesión de servicios públicos.

### 3.3 Las condiciones de prestación y régimen económico-financiero.

#### a) Riesgo y ventura.

El principio rector del contrato de concesión de obra pública –por tanto también de su utilización en el ámbito de la sanidad- es el de “riesgo y ventura”.

La Ley es diáfana: “La construcción y explotación de las obras públicas se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación, en los términos y con el alcance establecidos en esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración” (artículo 220.2, 224, 225 y 239 LCAP). No sólo la construcción y explotación corren de cuenta del concesionario, también la financiación de las obras públicas. Nuevamente, la Ley es clara: “Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario, que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada” (artículo 224.1 LCAP). El cuadro del “riesgo” del concesionario se completa con la cláusula de progreso impuesta por el legislador: “el concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y de eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios, que resulte de aplicación” (artículo 244.4 LCAP).

Pues bien, de acuerdo con una constante jurisprudencia, “el riesgo y ventura del contratista significa que este asume el riesgo de obtener una ganancia mayor o menor e incluso de perder cuando sus cálculos están mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en ejecución del contrato, rigiendo el principio de *pacta sunt servanda*” (SS.TS. 14 de mayo de 1976 y 20 de enero de 1984). En otras palabras, el contratista asume el riesgo de sus decisiones empresariales: del cálculo de costes realizado al presentar la oferta, de las incidencias ordinarias de la ejecución del contrato (más o menos bajas laborales, rechazo de unidades de obras por mala ejecución, mayor consumo de combustibles, reparaciones de maquinarias defectuosas) y, paralelamente, asume la ventaja de una mayor ganancia si sus cálculos fueron acertados y si las

incidencias tienen un impacto mínimo en sus costes. El contratista asume el “aleas” normal del contrato (STS. 25 de abril de 1986). Como excepción, la garantía pública de la estabilidad económico-financiera era, lo sigue siendo, característica del contrato de concesión de servicio público, en el que la obligación de asegurar una prestación positiva a favor de los ciudadanos –continuidad y regularidad- se traducía en el aseguramiento de la viabilidad del gestor tanto ante cambios ordinarios (revisión de precios) como ante extraordinarios (riesgo imprevisible); por supuesto, en todos los casos, fuerza mayor (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 1955).

A la vista de los preceptos transcritos, el concesionario de obra pública parece asumir todos los riesgos inherentes a la construcción, explotación, financiación y retribución, dejando para la Administración concedente sólo la fuerza mayor. La misma rotundidad se encuentra en el pliego de cláusulas que rige la concesión de obra pública del Hospital de Coslada, según fue destacado. Lo cierto, pese a todo esto, es que otros preceptos legales diluyen la fuerza de este principio básico –se volverá sobre esto más adelante-.

### ***b) Financiación de las obras: negociación derechos de crédito futuros.***

La financiación del contrato hace referencia a los mecanismos de los que dispone el contratista para captar recursos con los que hacer la obra antes de su explotación (y del pago por la Administración). La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere a los siguientes para el concesionario de obras públicas:

- a) Financiación obtenida mediante la contratación de préstamos o créditos con entidades crediticias (entidades bancarias). Los contratos deben ser comunicados a la Administración (artículo 224.2 LCAP).
- b) Los medios de financiación privados relacionados en los artículos 253 a 259 LCAP:
  - Emisión de obligaciones y otros títulos, con o sin el aval del Estado.
  - Préstamo hipotecario –concesión inscribible, equivalente derechos y obligaciones del propietario sobre dominio útil, ofrecimiento a acreedor subrogación, compensación económica según ley, caducidad y rescate, también artículo 97 Ley Patrimonio-.
  - Emisión de valores sobre los derechos de crédito del concesionario –titulización derechos de cobro de tarifas, de ingresos por ex-

plotación zonas comerciales vinculadas con concesión-.

- Créditos participativos (con comunicación previa).

En todos los casos, con autorización previa de la Administración contratante; intervención que es reglada puesto que esta financiación es un derecho del concesionario (artículo 242.e y f LCAP).

La relación no es exhaustiva, a través de los pliegos son admisibles otras modalidades de financiación (artículo 224.2, in fine LCAP).

- c) Excepcionalmente, subvenciones de la Administración (artículo 224.4).

La aportación más significativa de esta regulación es la posibilidad de captar recursos económicos privados sobre la garantía o compromiso de los ingresos que pueda obtener el concesionario: derechos de crédito sobre las tarifas o peajes que pueda cobrar o sobre los ingresos por explotación exclusiva de servicios, y su puesta en valor en el mercado de capitales mediante su titulización. Los restantes medios, como el aval o la hipoteca, se generalizan, pero ya se encontraban en la legislación sectorial previa. Como se expuso, en el caso del pliego del Hospital de Coslada, se conjugan dos de estos medios: la suscripción de préstamos y créditos bancarios con la posibilidad de emitir títulos valores sobre la retribución futura a la que tiene derecho <sup>18</sup>.

### ***c) La retribución del contratista.***

La retribución del contratista equivale al precio de las obras y demás costes de mantenimiento –como en cualquier contrato administrativo de acuerdo con el artículo 99 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-. Es un concepto que alude a los medios que permiten al concesionario percibir el precio pactado con la Administración –lo que incluye recuperar la inversión-. En el caso del concesionario de obra pública, este régimen se basa en las siguientes reglas básicas:

- La retribución del concesionario consiste en el precio o tarifa pagado por los usuarios (las tarifas son máximas, admiten descuentos, y operan como precios privados, artículo 246.2), los rendimientos de las zonas comerciales, y la aportación (subvención) que pueda efectuar la Administración (artículo 225, 246 y 247 LCAP).

---

18 Sobre cada una de esas modalidades privadas, por todos, R. Parejo Gamir, “Financiación privada de la concesión de obra pública”, en R. Gómez Ferrer-Morant (coor), Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob. cit. , págs. 1289 a 1342

- La retribución puede ser abonada exclusivamente por la Administración (artículo 246.4 LCAP).
- No se afirma el principio de remuneración suficiente (como se recoge en el artículo 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: amortización, coste de establecimiento y prestación, beneficio industrial normal).

Las anotadas son las generales. No obstante, la retribución puede consistir, además, en el otorgamiento de una concesión de dominio público (artículos 130 a 134 LCAP); el ejemplo las obras portuarias (playa) a cambio de los derechos de prestación de los servicios de temporada (artículo 54 de la Ley de Costas, 1988). Y, por otra parte, es posible que la retribución quede circunscrita a la explotación de determinadas obras, pese a que el contrato incluya otras relacionadas, que serán objeto de aprovechamiento gratuito (artículo 226 LCAP)<sup>19</sup>.

#### **d) Garantía del equilibrio económico-financiero.**

La retribución del concesionario queda protegida con el mandato de garantía pública del equilibrio económico-financiero, que el legislador estima procedente en los casos siguientes:

- 1) Revisión de precios (artículo 230.e LCAP).
- 2) Ejercicio del “*ius variandi*” (artículo 248.2.a en relación con artículo 250).
- 3) Fuerza mayor (artículo 248.2.b en relación con artículo 144).
- 4) *Factum principis* (artículo 248.2.b in fine).
- 5) Revisión pactada según pliego y proposición del concesionario (básicamente, ruptura del umbral mínimo y máximo de ingresos por tarifas fijado en el plan económico-financiero, artículos 233.1.d, 246.3 y 248.2).

En estos casos, la Administración contratante queda facultada para adoptar alguna de las siguientes medidas (artículo 248.3 LCAP):

- 1) Ampliar o reducir las tarifas.

- 2) Ampliar o reducir el plazo concesional –dentro del límite legal máximo–.
- 3) Conceder una subvención compensatoria.

Esta garantía no cubre los ingresos de zonas comerciales complementarias, tampoco el llamado “*riesgo imprevisible*” (del artículo 127.2.2º.b Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). No obstante, en este caso, la cobertura podría venir de la aplicación de la doctrina “*rebus sic stantibus*”, admitida por el Tribunal Supremo para toda clase de contratos administrativos, no solo de servicio público, que sean de larga duración y de tracto sucesivo (por todas, STS. 14 de mayo de 1999, Ar. 5200).

No acaba aquí esta regulación. A diferencia de la concesión de servicio público, la legislación del contrato de concesión de obra pública incorpora, de modo expreso, el reequilibrio a la baja, cuando el cambio de circunstancias perjudica a la Administración y representa un caso de enriquecimiento injusto. La Ley es clara: “*La Administración deberá reestablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda...*” (artículo 248.1 LCAP).

En fin, como quedó expuesto, en el caso del Hospital de Coslada, el pliego excluye expresamente de esta garantía el mayor o menor número de usuarios y, además, el incremento o disminución de los servicios médicos prestados como su ampliación a otros centros sanitarios.

#### **e) Duración y extinción del contrato.**

La duración del contrato de concesión es la siguiente: si se trata de construcción y explotación: 40 años, prorrogables hasta 60; si es solo la explotación: 15 años, ampliables a 20, prorrogables a 25. En los dos supuestos, los plazos también son reducibles (artículo 263 LCAP). Como en la concesión de servicio público, el plazo depende la amortización (de lo contrario se incurriría en enriquecimiento injusto).

La extinción puede serlo por cumplimiento o por resolución (artículo 261 LCAP), con cláusula de reversión imperativa (artículo 262.2 y 266 LCAP)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> En materia de retribución del concesionario, la diferencia con la concesión de servicio público es patente. Como es sabido, la retribución del contratista de servicios públicos –modalidad concesión– puede ser el cobro de tarifas a los usuarios, tarifas más una subvención, sólo subvención o canon abonado por la Administración titular del servicio público – que se corresponde con los servicios públicos “gratuitos”-. La diferencia es que no cabe que el concesionario practique “descuentos” libremente; las tarifas son fijas, los “descuentos o bonificaciones” deben formar parte del régimen tarifario aprobado por la Administración pública (artículo 129 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículo 158 LCAP).

---

<sup>20</sup> Existen algunas obras con especialidades: la concesión de obras hidráulicas (artículos 125, 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, duración de 75 años), de autopistas de peaje (artículo 30 de la Ley de Autopistas de Peaje, máximo 75 años), de obras portuarias (artículo 126 Ley 48/2003, 40 años prorrogables hasta 60 años) y de obras ferroviarias (artículo 22.5 Ley 39/2003).

3.4 Valoración de la respuesta legal a la tensión entre el “riesgo y ventura” y el “equilibrio económico-financiero”.

En línea con la evolución restrictiva del alcance del riesgo y ventura en la contratación administrativa <sup>21</sup>, la regulación del contrato de concesión de obra pública hace suyas buena parte de las garantías económico-financieras que, históricamente, caracterizaron al contrato de gestión de servicio público (con la discutida excepción del riesgo imprevisible). Y ello pese a la afirmación repetida por el legislador del principio de riesgo y ventura como rector de este negocio jurídico.

La explicación de esta moderación se ofrece en la exposición de motivos: *“Reviste importancia capital para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad que el concesionario asuma el riesgo de la construcción, conservación y explotación. Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio, por lo que se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado”*. Se toman las garantías del contrato de servicio público –contrato de actividad- y se dejan de lado los riesgos del contrato de obras –contrato de resultado-.

En suma, riesgo sí, pero no tanto, siempre con garantía financiera pública; de otro modo quizás no hubiera inversor ni obras públicas (Ariño Ortiz ha hablado del mito, que no realidad, del riesgo y ventura, en la contratación española <sup>22</sup>).

---

<sup>21</sup> El modelo decimonónico de ejecución de obras por empresa (concesionario) se caracterizaba por la traslación estricta del riesgo y ventura de la ejecución y explotación al contratista; sólo, de modo excepcional, la Administración contribuía a la financiación (Instrucción de 1845 y Ley Obras Públicas de 1877).

<sup>22</sup> G. Ariño Ortiz, “Contrato de obra, concesión de obra, contrato de gestión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”, Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, 22, 2005, págs. 57 a 84.

## 4.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NORMAS SOBRE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA.

### 4.1 Modalidades de costear las obras públicas (también, de retribuir al contratista).

Según el origen de los fondos, la retribución del contratista público puede responder a las siguientes modalidades <sup>23</sup>:

- 1) Retribución pública presupuestaria –con base en el sistema contributivo o impositivo-:
  - Directa: certificación de obras.
  - Diferida:
    1. Abono total de precio a la entrega de las “llaves” -artículo 147 Ley 13/1996-.
    2. Abono aplazado a partir de la entrega de las llaves –modelo alemán-.
    3. Precio incierto vinculado con prestaciones –contratos mantenimiento de auto-vías, 20 años de duración-.
    4. Peaje en sombra –la Administración paga en función del número usuarios, disponibilidad y demanda; aplicado en nuevas carreteras-.
    5. Concesión de servicio público con ejecución de obras –Hospital de Alcira, Valencia, cantidad fija anual por población cubierta-.
  - Indirecta: transferencias a entes públicos instrumentales y sociedades mercantiles de capital público que son las que contratan –“medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración”, con un doble objetivo, escapar de la publicidad y concurrencia en la contratación –hasta la reforma ámbito subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por Ley 62/2003 y por R.D.-Ley 5/2005- y, en segundo término, huir del cálculo déficit público, Mintra (obras metro de Madrid), Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (el viejo GIF)-.

---

<sup>23</sup> Se toma como referencia el cuadro formulado por J.L. Villar Ezcurra, “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos”, Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, 10, 2001, en concreto, págs. 102 a 111.

2) Retribución pública no presupuestaria –sistema equivalencia, conmutativo, o paga usuario-:

Percepción de tarifas de los usuarios que quedan afectadas a la financiación servicio, como en los puertos y en los aeropuertos de interés general. Se trata de ingresos públicos, no presupuestarios; por supuesto, se parte de la naturaleza pública, tributaria, de estos recursos (tasas).

3) Retribución privada:

Construcción y explotación de la obra o del servicio público con recuperación costes de las tarifas que abonan los usuarios de esas obras y servicios -el mejor ejemplo sigue siendo el de las autopistas de peaje, se excluye el peaje en sombra-.

4) Retribución mixta:

Con cláusula de interesamiento –reparto de riesgos y beneficios-. El modelo es el contrato de gestión interesada (artículo 156.b LCAP). Recientemente, los contratos de suministro de riesgo compartido entre los servicios sanitarios públicos y la industria farmacéutica en orden al control del gasto farmacéutico<sup>24</sup>.

La concesión de obra pública tiene un doble encaje en el cuadro expuesto. La retribución del concesionario puede ser pública presupuestaria diferida (el caso del peaje en sombra en las nuevas autovías) y también puede ser privada, en tanto la recupere de las tarifas que abonan los usuarios (no puede ser pública no presupuestaria por la prohibición legal de que los sujetos privados ejerzan funciones de autoridad, y la recaudación de esos ingresos lo es). En el caso analizado en estas páginas, la retribución de los futuros concesionarios de los hospitales de la Comunidad de Madrid será, esencialmente, pública, presupuestaria, diferida (las cantidades abonadas por la Administración, que son un precio, canon o subvención, por mucho que se “denominen” tarifas), junto con los recursos privados no administrativos procedentes de las actividades comerciales, que en todo caso, no son determinantes. El modelo de retribución de estos hospitales es equiparable con el “*peaje en sombra*” de las nuevas carreteras. No hay retribución privada típica de las autopistas de peaje, el precio lo paga la Administración como usuaria única.

#### 4.2 La retribución de las obras públicas desde la perspectiva del “riesgo” (o la tensión con las normas limitadoras del endeudamiento público).

La valoración presupuestaria (y contable) de la concesión de obras públicas tiene otra vertiente, la relativa a su inclusión o no en las cuentas de la Administración concesionaria lo cual depende, en última instancia, de quién asume el riesgo sobre la inversión (obra), la disponibilidad del inmueble y frecuentación o uso del mismo, y, en su caso, en que grado. No se trata de una cuestión retórica, esta aproximación es clave a la luz de las normas comunitarias que disciplinan el gasto y el endeudamiento público. La referencia normativa es la citada más atrás, básicamente el Reglamento (CEE) 2223/96 (“*Reglamento SEC-95*”) y, en orden a su interpretación, el Manual SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública.

A los limitados efectos de estas líneas interesa destacar que esa normativa (y manual de interpretación) diferencia dos situaciones en cuanto a la colaboración privada mediante contrato en la ejecución de obras y servicios:

- La primera es aquella en la que el coste de la obra se financia íntegramente con cargo a tarifas pagadas por los usuarios (sea por el uso, sea por la explotación de los servicios comerciales). Se trata de la concesión de obra pública en su sentido más tradicional (artículo 1.d Directiva 93/37/CEE, artículo 1.3 Directiva 2004/18/CE, y Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02). En este caso, la obra no tiene que computarse en el balance de la Administración porque no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento. Y ello, aunque pueda haber un compromiso, incluso una obligación, de aquella de hacerse con el bien al concluir el contrato (la cláusula reversional), siempre que lo sea de modo gratuito o a precio de mercado (retribuir la amortización pendiente).
- La segunda es aquella en la que el concesionario construye y explota el bien y, a cambio, recibe pagos de la Administración concesionaria (el ejemplo del peaje en sombra); incluso cuando aquella presta los servicios fundamentales (sanitarios) y el empresario se encarga de los complementarios y comerciales (construcción de hospitales). En este caso, la valoración depende de quien asuma el riesgo derivado del bien y en qué grado. Si lo asume el concesionario, no se genera déficit a la Administración, siempre que los pagos no sean fijos, ni estén garantizados a priori, de modo que el “riesgo y ventura” recaiga sobre el empresario, mientras la Administración

---

24 Para una aproximación no jurídica a esta modalidad contractual: J. Puig-Junoy y Ricard Meneu, “Aplicación de los contratos de riesgo compartido a la financiación de nuevos medicamentos”, *Gestión Clínica y Sanitaria*, vol. 7, nº 3, 2005, págs. 88 a 94.

sólo paga por lo que efectivamente recibe en las condiciones convencionales (se trataría de un arrendamiento operativo). De lo contrario, si el riesgo lo asume la Administración, el importe de la obra debe computarse como deuda de la misma –incluirse en su balance- y por tanto genera déficit público (se trataría de un arrendamiento financiero). El elemento que determina la inclinación de la balanza es el riesgo.

En el caso de los hospitales promovidos por la Comunidad de Madrid, se trata de una iniciativa que encaja en el segundo de los supuestos puesto que los usuarios no pagan cantidades significativas, más allá de los servicios comerciales y de los complementarios con tarifa como los aparcamientos, si no fueran gratuitos. El pagador principal es la Administración sanitaria. Esto obliga a enjuiciar el reparto de riesgos.

Según la misma normativa y criterio interpretativo, es posible identificar tres clases de riesgo:

- Riesgo de construcción –inversión en la obra-, que incluiría retrasos en la entrega, existencia o no de cláusulas penales por demora.
- Riesgo de disponibilidad –calidad del servicio-, que abarcaría la no entrega de las instalaciones o de la calidad contratada, el incumplimiento de los parámetros de calidad establecidos.
- Riesgo de demanda o frecuentación –variabilidad de la demanda-, que hace recaer sobre el concesionario el mayor o menor número de usuarios, de uso de los servicios contratados.

Pues bien, en el caso analizado, el riesgo de inversión es escaso en tanto que el suelo es aportado por la Administración, la obra revierte, en caso anticipado con pago de indemnización, y, además, el bien queda afectado al servicio público, aun siendo todavía privado (hasta el acta de recepción formal). En cuanto al riesgo de disponibilidad, las cláusulas penales, ciertamente, trasladan una parte de riesgo al concesionario, por más que es inimaginable que la Administración “abandone” la obra pública en caso de incumplimiento de los estándares de calidad (antes al contrario, acudiría al secuestro para asegurar un bien afecto al servicio público sanitario). Por último, el riesgo demanda (frecuentación), el pliego lo excluye como causa de responsabilidad de la Administración, con ello atiende el parámetro hoy vigente: la dependencia del número de usuarios (como el peaje en sombra), que permite computarlo como gasto no como deuda. Bien es cierto que no puede olvidarse que el 40% de la cantidad máxima anual está garantizada como cantidad fija. Con todo, más allá del criterio contable, no puede olvidarse que los hospitales se incorporan a una planificación territorial de los servi-

cios que asegura un “mercado cautivo” de pacientes y con él un notable grado de estabilidad en la ocupación y, además, que el pagador es la Administración con fondos públicos presupuestarios por el uso de un bien afecto a un servicio público, al que, a diferencia de los conciertos, revertirá al terminar el contrato.

## **5.- REFLEXIÓN FINAL: UN NUEVO DISFRAZ PARA RELACIONES CONTRACTUALES TRADICIONALES ACCESORIAS.**

La concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos; en su caso, la fórmula sería la concesión como modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos. El ámbito de aplicación de ese contrato en la sanidad pública se circunscribe a aspectos complementarios, sin incidencia en la prestación de servicios médico-sanitarios.

Como resulta de lo expuesto, la concesión de obra pública sanitaria es una forma nueva de contratar lo mismo. En cualquier hospital público, los servicios no sanitarios, los complementarios, incluso los comerciales, se prestan, cuando no de forma directa, mediante contratos administrativos de servicios –limpieza, catering, vigilancia-, concesiones de bienes de dominio público –cafeterías y locales comerciales-, incluso, en algún caso, concesión de obra pública –aparcamientos-. Los servicios sanitarios, incluso las pruebas diagnósticas, se realizan normalmente por personal y medios públicos (sin perjuicio de conciertos y convenios singulares). La fórmula contractual estudiada reduce a un único contrato la prestación de todos esos servicios complementarios y comerciales, que concede a un único empresario, otorgándole un largo tiempo de explotación, para que pueda compensar la inversión previa de construir un inmueble de uso sanitario con recursos propios –aunque con garantía pública-. Las prestaciones sanitarias quedan excluidas. Más aún, como en la fórmula clásica, la mayor parte de los ingresos proceden del erario público –todos los contratos de servicios-, la excepción sigue siendo lo comercial –cafetería, televisión en las habitaciones-. Por otra parte, vincular el pago con la calidad de la prestación se reconoce en los conciertos sanitarios y, en general, en el contrato administrativo de suministros. Lo que cambia es el plazo de duración del contrato –que excede del contrato de servicios- y, con él, en alguna medida, las condiciones económico-financieras. Este es el sentido de la concesión de obra pública sanitaria.

El valor de la concesión de obra pública, aun con el limitado alcance descrito, radica en si sirve para imputar suficiente riesgo al concesionario de forma que la Administración logre conciliar las limitaciones presupuestarias con la atención a la demanda de nuevos establecimientos públicos sanitarias. Lo cierto es que, en el supuesto estudiado, la financiación de las obras lo es con recursos públicos presupuestarios, sólo que diferidos en cuanto al momento de pago, que son abonados por la Administración concedente como pagador único; y si bien es cierto que su cuantía exacta depende de determinados parámetros, cuyo incumplimiento puede dar lugar a su minoración, lo cierto es que ese nivel de riesgo es mínimo cuando se trata de

servicios vinculados con el funcionamiento de un hospital y, por tanto, con un servicio público esencial que parece difícil imaginar pueda ser clausurado. La experiencia muestra que la validez de esta clase de iniciativas en las que el riesgo es más formal que real, se encuentra a expensas del modo en que sea calificada por las autoridades comunitarias competentes<sup>25</sup>. El riesgo real se produce cuando la retribución del contratista depende de los pagos de los usuarios, y no es el caso, tampoco podría serlo con el estatuto actual de la sanidad pública.

---

25 El caso de MINTRA es un buen referente de lo que se dice. Se trata de la empresa pública que se encarga de la ampliación de la infraestructura del metro de Madrid. Eurostat la calificó de empresa pública, no mercantil, con la consecuencia de su inclusión en el cálculo del déficit de la Comunidad de Madrid, por tres motivos fundamentales: tener un único cliente, que es su casi exclusiva fuente de ingresos –el Metro de Madrid–, carecer de ingresos comerciales o de mercado en cantidad significativa, proceder la financiación del Metro de una subvención concedida por el Consorcio de Transportes de Madrid, que son fondos públicos presupuestarios (Expansión, 9 de febrero de 2005). Su análisis en detalle: J. Martínez Calvo, “Hacia la construcción de un Derecho Administrativo Financiable. Crónica del caso Mintra”, Revista de Administración Pública, 167, 2005, págs. 369 a 402.