

EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

ECONOMIC BALANCE IN PUBLIC WORKS CONCESSIONS

JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. Dr. en Derecho

Profesor Titular de Derecho Administrativo y socio de Ariño y Asociados, Abogados

RESUMEN: En este artículo se aborda la problemática relativa al equilibrio económico de las concesiones de obra que dista mucho de ser un tema claro y pacíficamente admitido. El TRLCAP sólo menciona este derecho en relación con las modificaciones impuestas por la Administración, y en el Anteproyecto conocido de la Ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas se amplía a los supuestos encuadrables como "factum principis". No obstante, la mayor novedad del nuevo texto legal reside en la implantación de un sistema "bidireccional" en el que el riesgo y ventura es corregido tanto en beneficio del concesionario como de la Administración. Por otra parte, la forma en que el Anteproyecto aborda esta cuestión –fundamental, por demás, para el contratista– dista mucho de ser satisfactoria. Primero, porque el texto es confuso en su redacción y, segundo, porque no incorpora algo tan esencial como el principio de remuneración suficiente del concesionario.

PALABRAS CLAVE: EQUILIBRIO FINANCIERO, CONCESIONES, DERECHOS DEL CONCESIONARIO, OBRAS PÚBLICAS

ABSTRACT: This article considers the problem of economic balance regarding public work concessions. This being a matter which is far from clear and one which is not readily admitted. The Revised Text of the Public Contract Law (TRLCAP) only mentions this right in relation to the modifications imposed by the Administration, though in the draft law of Public Works Concessions this is extended to cases of force majeure. However, the main innovation of the new legislation lies in the introduction of a "bi-directional" system in which risk and venture is corrected to the benefit of both the concessionaire and the Administration. However, the manner in which the draft law tackles this question, which is of utmost importance to the contractor, is far from satisfactory. This problem arises due to the confused wording of the draft and as a result of its failure to incorporate essential factors such as the sufficient remuneration of the concessionaire.

KEYWORDS: FINANCIAL EQUILIBRIUM, CONCESSIONS, CONCESSIONAIRE'S RIGHTS, PUBLIC WORKS

1. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Parece oportuno recordar algunos aspectos básicos de la contratación administrativa poniendo de manifiesto que pivota sobre dos principios contrapuestos: el riesgo y ventura y el equilibrio de las prestaciones. Desde el siglo XIX se viene repitiendo que toda la contratación administrativa reposa sobre la idea de que el empresario asume el riesgo y ventura de aquello que contrata (una obra, un servicio o ambas cosas a la vez). Sin embargo, no se cae en la cuenta de que esta asunción de resultados (el riesgo y la ventura) es consecuencia muy directa de las necesidades de la Hacienda Pública del siglo XIX que, ante todo, necesita conocer con exactitud el importe de los contratos a efectos de control del gasto público. Es sintomático, a este respecto,

que las primeras regulaciones de los contratos administrativos se encuentren en las Leyes de Contabilidad de la Hacienda Pública y que buena parte de la historia de esta contratación desvele una pugna –más o menos encubierta– entre el Ministerio de Hacienda (cuya preocupación es meramente presupuestaria) y el resto de los Departamentos que acometen obras o servicios.

Debido a lo expuesto cabría decir –contra lo que generalmente se afirma– que el principio de "riesgo y ventura" resulta espurio a la contratación administrativa y que se trata de algo propio a la contratación privada (en donde prima la seguridad sobre cualquier idea de equivalencia de las prestaciones). La contratación pública, por el contrario, se encuentra inspirada por la idea del "iustum pretium" heredada del Derecho Canónico y esto es lo que justificará toda una serie de quiebras al riesgo y ventura como son las siguientes:

- a) En los contratos de obras, el derecho a compensación en casos de fuerza mayor, los reformados y adicionales (a través de los cuales se plasma buena parte de la teoría del error), las "*sujétions imprevises*" (que se ponen de manifiesto en la conocida sentencia del Túnel de Canfranc) y, más adelante, la revisión de precios.
- b) En los contratos de servicios, el derecho a una contraprestación por el ejercicio del "*ius variandi*", la doctrina del "*riesgo imprevisible*" y el "*factum principis*".

Del conjunto de todas estas quiebras nacerá, doctrinal y jurisprudencialmente, el reconocimiento del derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico (expresión unida a la gestión de servicios públicos) o a una equivalencia de las prestaciones (en el ámbito de los contratos de ejecución de obras). Puede decirse, por tanto, que la idea del "*riesgo y ventura*" no es, ni mucho menos, consustancial a la contratación administrativa porque se encuentra contrarrestada por otra de signo contrario que se manifiesta en el derecho a la equivalencia de las prestaciones y que cuadra mucho mejor con la esencia de este tipo de contratación (muy alejada, en su finalidad, de la civil).

Lo realmente importante es la correcta realización y terminación de la obra o la prestación del servicio y el hecho de que el contratista haya de correr con mayores o menores riesgos resulta accesorio frente a esta finalidad pudiendo ser objeto de múltiples modulaciones.

En los contratos de ejecución de obra, la situación actual viene a corresponder con lo expuesto en el apartado anterior (respecto a las quiebras al "*riesgo y ventura*") pero no sucede lo mismo con los de gestión de servicios públicos

2. SITUACIÓN ACTUAL

a) La duplicidad de regulaciones

En los contratos de ejecución de obra, la situación actual viene a corresponder con lo expuesto en el apartado anterior (respecto a las quiebras al "*riesgo y ventura*") pero no sucede lo mismo con los de gestión de servicios públicos. Existe una notable diferencia de trato entre lo que se expone en el TRLCAP y el viejo pero vigente RSCL, sobre lo cual resulta interesante detenerse. Como es sabido, en el TRLCAP, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico queda circunscrito a los supuestos de ejercicio del "*ius variandi*" (artículo 163.2). Por su parte, en el RSCL se incluyen, además, los supuestos de "*riesgo imprevisible*" y el "*factum principis*", colocando al concesionario en una posición mucho más segura. Es ciertamente sorprendente que, en el ámbito de la contratación de las Entidades Locales, la teoría del "*riesgo imprevisible*" haya tenido (y siga teniendo) un reconocimiento legal explícito, aunque para

ser precisos lo realmente sorprendente es que ese reconocimiento no se haya contemplado en la legislación de contratos del Estado (y, tampoco, en el vigente texto de la LCAP). El RSCL (formalmente vigente aunque de eficacia reducida como consecuencia de la LCAP) contiene una regulación en la que se aborda, de forma completa, toda la problemática que encierra el equivalente económico y la teoría del "*riesgo imprevisible*". En este sentido, el primer precepto que debe ser destacado es el artículo 129.3 en donde se establece el principio de "*remuneración suficiente*" en la siguiente forma (1):

- "3.- En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial."

Como puede apreciarse, no se establece la forma de retribución del concesionario, sino el *quantum* de la misma, imponiendo la necesidad de que sea suficiente para cubrir los costes, la amortización y un margen "*normal*" de beneficio industrial. Un conjunto de criterios, absolutamente razonables, que se enmarcan en el principio de "*buena y ordenada administración*" cuya traducción práctica es muy clara: toda concesión, de partida, ha de prever una retribución que satisfaga las necesidades descritas porque de otra forma nacerá lastrada. Se pone, así, de manifiesto que la finalidad que ha de perseguir la Administración consiste en la *solidez económica* de las concesiones y que en esto radica el "*interés público específico*" de su actuación en el ámbito de los servicios públicos.

La *solidez económica* no solo es impuesta en el comienzo de las concesiones sino, también, durante toda su vigencia en los términos establecidos por el artículo 127.2:

"2.- La Corporación concedente deberá:

....2º.- Mantener el equilibrio económico de la concesión para lo cual:

- a) Compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuirían la retribución, y
- b) Revisará las tarifas y subvención cuando sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión".

(1) Este mismo principio será recogido en el artículo 19 de la LOTT para los servicios de transporte público terrestre y en la Ley 4/1997 de la Comunidad de la Región de Murcia, como se verá más adelante.

Por si pudiera caber duda acerca del amplio alcance con el que se concibe el equilibrio económico de la concesión en el precepto transcrito, el artículo 126.2 b) abunda en la misma dirección al imponer que dicho equilibrio deberá mantenerse "en todo caso", y el artículo 152.3 lo extiende a todos los supuestos en que se produzca una ruptura de la economía de la concesión "por circunstancias independientes a la buena gestión". Finalmente, y dejando las cosas muy claras, el artículo 116.3 declara la nulidad de las cláusulas "que establecieren la irrevocabilidad de las tarifas en el transcurso de la concesión".

A mi juicio, la nueva regulación de los contratos de concesión de obra debería tener muy presente la regulación que se hace en el RSCL del "riesgo imprevisible" porque es la que, con mayor precisión, refleja que la finalidad última de estos contratos reside en el mantenimiento del servicio o en la explotación de la obra.

b) El principio de remuneración suficiente

Parece oportuno volver a insistir en este principio porque es una de las clave de bóveda del equilibrio económico. Por de pronto es necesario poner de manifiesto que no sólo se recoge en el RSCL sino también en normas mucho más recientes, como pueda ser el caso de la Ley de Construcción y Explotación de Infraestructuras de la Comunidad de Murcia (artículo 9 de la Ley 4/1997, de 24 de julio) en donde se indica lo siguiente:

"Régimen económico-financiero.

1. *Las tarifas a percibir por los titulares de la concesión de obra deberán prever:*

- a) *Los costes de construcción y explotación, incluidos los gastos financieros.*
- b) *El porcentaje contable de amortización de los activos.*
- c) *El beneficio empresarial.*

2. *En todo caso, la retribución económica del concesionario deberá mantenerse durante el plazo de la concesión, estando obligada la Administración a compensarle en el caso de que las circunstancias sobrevinidas e imprevisibles ocasionaran una ruptura del equilibrio financiero de la concesión. En los supuestos de modificaciones introducidas por la administración respecto de las condiciones de explotación de la obra, se estará a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas."*

Adviértase que la sola regulación de los componentes necesarios de las tarifas implica el reconocimiento del

Si una concesión nace desequilibrada ello equivale a negar este derecho fundamental del contratista que se traduce en la vuelta a un estado inicial de las cosas en el que se presupone un equilibrio en su situación financiera

principio de remuneración suficiente (aspecto que se echa claramente de menos en el Proyecto de Ley de Regulación de la Concesión de Obras Públicas). Si en la composición de las tarifas han de incluirse una serie de elementos entre los que se encuentra el beneficio del concesionario, es evidente que este beneficio debe existir desde el momento en que nazca la concesión y si se encuentra ausente habrá que *renegociar* su remuneración. A este respecto es importante tener en cuenta que en las concesiones de obras públicas el inicio de la concesión (del contrato) no coincide con la explotación de la obra. Primero es necesario construirla y ello puede llevar unos cuantos años, durante los cuales se pueden haber alterado las circunstancias tenidas en cuenta en el

momento de contratar, de tal forma que al comenzar la fase de explotación la remuneración prevista resulte insuficiente. Más adelante se insistirá sobre este riesgo pero ahora se centra la atención en la necesidad lógica de que la concesión se encuentre equilibrada desde su inicio, puesto que, en caso contrario, difícilmente puede hablarse de derecho alguno al *mantenimiento* de un equilibrio inexistente. Si una concesión nace desequilibrada ello equivale a negar este derecho fundamental del contratista que se traduce en la vuelta a un estado inicial de las cosas en el que se presupone un equilibrio en su situación financiera.

3. LA ACUMULACIÓN DE RIESGOS EN LAS CONCESIONES DE OBRA

Como ya se ha anticipado, en los contratos de concesión de obras tiene siempre lugar una doble fase en su desarrollo que conviene no olvidar (por mucho que el artículo 6 de la LCAP imponga una uniformidad en su tratamiento) (2). La primera comprende la ejecución de una obra y debería seguir las mismas pautas que los contratos de este tipo incluyendo, por supuesto, las garantías que se reconocen al contratista (entre las que se encuentra la revisión de precios) (3). La segunda se confunde con la gestión de un servicio público aunque, en propiedad, no se trate siempre de esto (como es el caso de las Autopistas o pueda serlo el de instalaciones comerciales en la zona de servicios de los aeropuertos).

(2) A las fases de ejecución de obra y explotación de la misma (a las que nos referimos) suele ser frecuente que se añada otra previa relativa al diseño del proyecto (siguiendo el modelo DBOT) lo cual no incide en las consideraciones que se efectuarán seguidamente.

(3) Recuérdese que en el sistema de la LCAP (artículo 103) se ha pasado a un reconocimiento "ex lege" de este derecho del contratista que solo puede ser enervado por resolución expresa y debidamente motivada.

El hecho cierto es que en las *concesiones de obras*, existe un doble componente, al margen ya de su naturaleza jurídica, sobre el que resulta necesario detenerse, porque alude a la peculiar posición en la que se encuentran las partes. De hecho, se trata de un tipo de contratos susceptibles de ser encuadrados como modalidad específica de los de ejecución de obra o de los de gestión de servicios públicos, sin llegar a pertenecer, en puridad, a ninguna de estas dos especies.

Por una parte, podrían ser concebidos, como modalidad de los de ejecución de obras públicas (como así hace la LCAP al denominarlos de "*concesión de obras*") cuya peculiaridad radica en que la remuneración al contratista se hace:

- Una vez finalizada la obra.
- Consiste, en todo o en parte, en los rendimientos que obtenga con la explotación de la obra.

Desde la perspectiva de los concesionarios de servicios públicos, la situación se encuentra igualmente descompensada, si se compara con la de gestores de pura actividad que no han tenido necesidad de realizar inversiones en infraestructuras

Bajo esta perspectiva, la posición del concesionario no debería ser diferente a la del contratista tradicional (remunerado con abonos a cuenta) y debería tener derecho a percibir el precio de la totalidad de la obra realizada con una seguridad de pago no inferior a la de este último. No en vano, lo dispuesto en el artículo 98 de la LCAP es aplicable a todo tipo de contratos administrativos y en él se reconoce al contratista el "*derecho al abono de la prestación realizada*", de tal modo que el "*álea*" inherente a la forma de remuneración debería ser similar en todos los casos.

Sin embargo, no es esto lo que sucede cuando se utiliza el sistema de "*concesión de obra*" en el que, para comenzar, la Administración se ahorra el pago de la totalidad o parte del coste de la misma, transfiriendo al contratista un *derecho y un riesgo* al mismo tiempo: cobrar por tarifa a los usuarios de la infraestructura.

El problema, en este último caso, es que si la tarifa no es suficiente (porque la demanda de usuarios no responde a lo estimado, por las causas que sean) el contratista, convertido en concesionario de servicio público, tiene ante sí una doble carga a la que hacer frente: la recuperación de la inversión ya realizada y la cobertura de los costes del servicio. Desde luego una situación con un riesgo mucho más alto que la del contratista tradicional de obras, cuyo plazo de cobro es menor (salvo en el denominado "*sistema alemán*" de abono total al final de la obra) y cuyo riesgo queda ceñido a la ejecución de la obra es-

trictamente (y no a la explotación posterior de ningún tipo de actividad).

Desde la perspectiva de los concesionarios de servicios públicos, la situación se encuentra igualmente descompensada, si se compara con la de gestores de pura actividad que no han tenido necesidad de realizar inversiones en infraestructuras. Su coste y su riesgo se circunscribe a la explotación de una actividad y no tienen que hacer frente ninguna otra amortización de lo cual debería deducirse que su trato no puede ser equiparado, sin más, al de los concesionarios que han tenido que construir previamente la infraestructura con cargo a recursos propios o ajenos (mediante endeudamiento).

La situación de partida de esta clase de concesionarios es algo así como un *sumatorio* de todos los "*áleas*" propios de la ejecución de obras y de los correspondientes a la gestión de servicios públicos. En términos esquemáticos, podría decirse que existen dos tipos de riesgos en esta clase de contratos: un *riesgo por "decalage"* y un *riesgo operativo*. El primero pone de manifiesto los cambios de circunstancias que pueden producirse desde la adjudicación del contrato hasta el comienzo de la fase de explotación. El segundo, hace referencia a los riesgos propios de una explotación a largo plazo.

4. LA REGULACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA (4)

a) La fase de construcción de la obra

En el texto conocido del Anteproyecto, la fase de construcción de la obra es objeto de un precepto (el artículo 24) que lleva el significativo título de "*Principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras*". Eso sí, se admite la posibilidad de pactar la revisión de precios (artículo 19) así como la prolongación del plazo concesional cuando las obras queden paralizadas o retrasadas por fuerza mayor o culpa del órgano de contratación. Por otra parte, el artículo 25 se ocupa de la "*modificación del Proyecto*" (admitiendo la revisión del Plan económico financiero) y el artículo 26 de la "*terminación de las obras*" aludiendo a la existencia de un "*documento de valoración ... en el que se hará constar la inversión realizada*". ¿Qué sucede, entonces, con los denominados *riesgos por decalage*?

Para cubrir este tipo de riesgos sería necesario reconocer el principio de "*remuneración suficiente*" por el sencillo cauce de expresar la composición necesaria de las tarifas (sobre lo cual se guarda absoluto silencio) tal y co-

(4) Para las menciones que se hacen al Anteproyecto se utiliza el texto de 4 de julio de 2001.

mo se ha hecho en la Ley 4/1997 de la Comunidad de Murcia. Esta omisión del Anteproyecto puede tener, a mi juicio, muy graves consecuencias porque traerá consigo el surgimiento de concesiones financieramente lastradas antes de comenzar la fase de explotación, lo cual no es deseable bajo ningún punto de vista.

b) La fase de explotación

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se indica muy claramente que la intención del texto consiste en articular un reparto del "riesgo y ventura" entre la Administración y el concesionario, lo cual no es, en absoluto criticable. Se trataría de instrumentar un sistema de "gestión interesada" en el cual ambas partes compartieran los beneficios y los riesgos extraordinarios pero, lamentablemente, esto no es exactamente lo que se desprende del texto del artículo 33 que es el que se ocupa de esta cuestión. El texto del precepto es el siguiente:

"1.- El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2.- La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, exclusivamente en los siguientes supuestos.

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.
- b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinan de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.
- c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión.

3.- En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan, que, en los casos incluidos en su letra b,) asegurarán las previsiones que sobre los rendimientos mínimos y máximos de la concesión se contengan en el contrato. Las

¿Realmente el Anteproyecto tiene como finalidad primordial atraer el capital privado mediante la creación de un marco estable y seguro para esta clase de inversiones?

○ se equilibra realmente la Ley (es decir, la situación del concesionario) o se desequilibrará su objetivo de cara al Programa de Infraestructuras 2000-2007 en lo que concierne a la inversión prevista para el capital privado

medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 49, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato."

Lo primero que llama la atención es la utilización de la expresión "exclusivamente" en el ap. 2 porque de ello se siguen consecuencias muy negativas para los concesionarios. Adviértase que en el artículo 163.2 de la LCAP no se utiliza semejante término y ello es lo que posibilita que se admitan supuestos de reequilibrio basados en el "riesgo imprevisible" por vía jurisprudencial. Con el texto que se propone esto ya no será posible porque la propia norma impone el "númerus clausus" y resulta absurdo pensar que, por vía de los Pliegos, se abra la puerta a otros supuestos (porque los Pliegos tienden a ser siempre más restrictivos que las normas).

Ligado con lo anterior se encuentra la mención a las "actuaciones de la Administración", lo cual hace pensar que se admite el equilibrio basado en el "factum principis" pero no el que tenga por causa el "riesgo imprevisible". Una solución igualmente desacertada por dos tipos de motivos. En primer lugar, porque nunca han llegado a estar claras las fronteras entre uno y otro supuesto, hasta el punto de que la doctrina y la jurisprudencia llegan a considerar, a efectos prácticos, que el "factum principis" no es más que una subespecie del "riesgo imprevisible" (como categoría genérica). En segundo término, porque la eliminación del "riesgo imprevisible" implica tanto como negar uno de los fundamentos básicos del equilibrio económico y el que mayor incertidumbre puede plantear a un concesionario. La elevación de costes o las disminuciones de demanda en el uso de la infraestructura por causas no imputables a la Administración habrán de ser íntegramente soportadas por los concesionarios aunque alteren muy gravemente las previsiones del Plan Económico financiero. La pregunta es, por tanto, oportuna.

¿Realmente el Anteproyecto tiene como finalidad primordial atraer el capital privado mediante la creación de un marco estable y seguro para esta clase de inversiones? Puede que el marco diseñado cumpla con el objetivo de estabilidad pero es, cuando menos dudoso, que cumpla con el estándar de seguridad mínima que se reclamaba desde el propio sector. Y es que, o se equilibra realmente la Ley (es decir, la situación del concesionario) o se desequilibrará su objetivo de cara al Programa de Infraestructuras 2000-2007 en lo que concierne a la inversión prevista para el capital privado. ■