

REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DE LAS CONCESIONES DE OBRA

CONSIDERATIONS REGARDING THE BILL ON PUBLIC WORKS CONCESSIONS

GASPAR ARIÑO ORTIZ. Dr. en Derecho

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. Dr. en Derecho

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En este artículo se pone de manifiesto la inadecuación e insuficiencia de la regulación actual en materia de concesiones de obra por parte de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tras un largo y tortuoso proceso de gestación, se anuncia la reforma esperada en forma de adición de casi cincuenta artículos nuevos a la citada Ley en los que se regula de forma específica la concesión de obra. En el artículo se pone de manifiesto la trascendencia de esta reforma así como sus aspectos más esenciales, desde su nuevo concepto hasta temas más específicos como pueden ser las formas de remuneración al concesionario o el modo de afrontar los problemas derivados del equilibrio económico del contrato.

PALABRAS CLAVE: CONCESIONES, EQUILIBRIO, RIESGOS, RETRIBUCIÓN

ABSTRACT: This article underlines the unsuitability and insufficiency of regulations on public works concessions under the present Public Administration Contract Law. After a lengthy and arduous drafting process the long-awaited reform has been revealed in the form of almost fifty new additional articles to the said Law which specifically deal with the regulation of work concessions. The present article emphasizes the importance of this reform as well as the more essential aspects of the same. These aspects ranging from the new concept of concessions to the manner of remunerating the concessionaire or the manner by which to tackle problems arising from the economic equilibrium of the contract.

KEYWORDS: CONCESSIONS. EQUILIBRIUM, RISK, PAYMENT

1. PRELIMINAR

Parece que al fin ha llegado la regulación tan esperada sobre las concesiones de obras públicas, cuya gestación ha estado plagada de incertidumbres y ha sido especialmente tortuosa. Primero se nos anunció una Ley Reguladora de las Infraestructuras que vendría a sustituir y actualizar a la vieja Ley General de Obras Públicas de 1877. Después, los borradores conocidos, nos mostraron una Ley de Concesiones de Obras Públicas con un objetivo mucho más modesto pero que abordaba buena parte de la problemática de este tipo de contratos. Ahora, el Gobierno ha aprobado una reforma parcial del TRLCAP al que se añade un nuevo Título dedicado a las concesiones de obra como nuevo tipo de contrato "nominado". Estos cambios de orientación son una muestra palpable de

que estamos ante un tema polémico, en el que resulta a veces difícil conjugar las nuevas soluciones con los esquemas ya establecidos. Esa tensión se refleja en el texto recientemente aprobado (sobre todo si se compara con los borradores anteriores).

El hecho cierto es que la regulación de las concesiones de obra resultaba de imperiosa urgencia a la vista del contenido del Programa de Infraestructuras 2000-2007, en el que se preveían unas inversiones privadas de más de cuatro billones de pesetas. Las fórmulas tradicionales no son adecuadas para canalizar la inversión privada porque toda la imaginación se ha volcado en la búsqueda de sistemas de financiación que eviten el endeudamiento presupuestario. El sistema alemán, el peaje en sombra o la utilización de sociedades instrumentales (del tipo de GISA, GICALSA o ARPEGIO) sirven para dilatar o

camuflar el déficit pero en modo alguno para atraer capital privado hacia el sector de las infraestructuras. Desde que se aprobó el Programa 2000-2007 se ha visto muy claro que la única fórmula válida para colmar este objetivo (la atracción del capital privado) pasa por la concesión o, lo que es lo mismo, por retribuir la ejecución de las obras mediante su explotación de una forma sólida y garantizada (si las cosas se hacen bien). A partir de este punto, es decir, una vez entendido que la explotación de las infraestructuras es el eje de toda financiación privada, cabe pensar en aplicar toda suerte de sistemas de retribución y aquí es donde conviene ya realizar una serie de precisiones.

La concesión es, básicamente, un sistema para la gestión privada de las infraestructuras pero no, necesariamente, para su financiación con cargo a recursos privados. Lo que tiene de peculiar esta figura es que se "externaliza" una actividad que, de otro modo, sería atendida de forma directa por los servicios de las Administraciones públicas y eso es lo que reflejan las fórmulas anglosajonas conocidas por las siglas BOT ("*Build, Operate and Transfer*"), DBOT ("*Design, Build, Operate and Transfer*") y otras similares. Lo realmente importante de todas estas fórmulas es la fase de operación ("*operate*") que se encomienda al concesionario de una infraestructura y que nosotros traducimos como explotación. Se trata, como finalidad primordial, de poner en práctica el "outsourcing", por el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica. El hecho de que la explotación se remunere con cargo a recursos públicos o privados es algo indiferente para esta fórmula, que admite todo tipo de remuneración.

No obstante lo dicho, hay que poner de manifiesto que en las concesiones de obra la remuneración del empresario es referible a una contraprestación por la obra previamente realizada. En sentido propio, esta remuneración es la transferencia del derecho a explotar la obra y cobrar por ello, pero aquí es donde resulta conveniente hacer otras puntualizaciones. La primera es que puede suceder que parte de la obra sea costeadada con cargo a recursos públicos porque se estima que los ingresos en la fase de explotación serán insuficientes para cubrir toda la inversión realizada. Esto dará lugar a lo que se conoce como financiación mixta en las concesiones de obra porque se utilizan recursos públicos en la fase de construcción (aunque esos recursos nunca podrán llegar a cubrir la totalidad de la inversión, ya que si así fuese nos encontraríamos ante un contrato tradicional de ejecución de obra). Por otra parte, lo que perciba el concesionario durante la fase de explotación puede ser teóricamente un pago de dinero público que es lo que sucede con el peaje en sombra o con los servicios de abastecimiento de agua o de recogida y gestión de residuos, en los que el concesionario se cobra de la Administración que previamente ha recaudado una tasa por la prestación de este ser-

vicio. Admitamos, pues, que el sistema concesional no es, en sí mismo, una fórmula incompatible con una retribución pública lo cual es importante para entender el sentido de algunos puntos de la reforma.

Hechas estas precisiones, veamos en qué va a quedar la concesión de obras, no sin antes hacer algunas observaciones sobre las carencias de la regulación que, actualmente, nos ofrece el TRLCAP porque es conveniente saber dónde se encuentran los problemas para poder enjuiciar si se han atajado de forma acertada.

2. LA REGULACIÓN VIGENTE Y SUS CARENCIAS

a) La inconsistencia del concepto

Como es sabido, el TRLCAP dedica sólo cinco artículos (130 a 134) a la regulación de las concesiones de obra, lo cual es insuficiente y, además, incoherente con lo que significa esta figura. Vayamos a ello y analicemos las insuficiencias e incoherencias de la regulación vigente para lo cual nada mejor que comenzar por el concepto mismo que se ofrece en el artículo 130.1 del TRLCAP que es el siguiente:

1. Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, *siendo su objeto alguno de los contenidos en el art. 120*, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Lo que nos está diciendo el legislador (cosa que ya se deduce del encuadre del precepto entre los contratos de obra) es que estamos en presencia de una simple modalidad de los contratos de ejecución de obra y ello se traduce en un contrato de resultado. Lo trascendente —desde la perspectiva jurídica— es que la obra se realice y su explotación no es más que una modalidad específica de pago al contratista. Primer y grave error de la Ley porque en este tipo de concesiones la explotación no es simplemente una forma de pago, sino que conforma el objeto del contrato porque es ahí donde radica el interés público. Si se apuran las cosas, la construcción de la obra podría realizarse perfectamente con arreglo al Derecho privado porque lo que realmente interesa al ciudadano es que se explote correctamente. La construcción es, por tanto, un *prius* del contrato pero en modo alguno su objeto, ya que sería concebible la explotación de la obra sin construcción previa de la misma (y esto es lo que sucede con la reciente modalidad de "gestión de autovías" implantada por la Ley 55/1999). Lo que actualmente refleja el TRLCAP (en sus artículos 130 a 134) no es sino la "pereza" del legislador que se ha limitado a copiar, línea por línea, el artículo 3 de la Directiva

93/37/CEE sin haberse ocupado y preocupado por buscar soluciones más ajustadas a las necesidades reales.

Lo anterior (es decir, el encuadre y concepto de estos contratos) no es un mero problema doctrinal sino que tiene enormes consecuencias prácticas porque, a poco que se analice el "iter" de esta clase de contratos, se puede apreciar que las soluciones pensadas para el de ejecución de obras resultan claramente inadecuadas.

b) Problemas en la fase de ejecución de la obra

En el modelo tradicional de ejecución de obras por contrata, los problemas que pueden surgir a lo largo de su ejecución se encuentran bien reflejados en el TRLCAP. Modificaciones, suspensión de las obras, penalizaciones, revisión de precios, pagos al contratista, etc. son cuestiones con soluciones adecuadas para un contrato que finaliza una vez que se ha concluido la obra y en la que el contratista va cobrando a lo largo de la misma (salvo que se utilice el denominado sistema alemán introducido por la Ley 13/1996). La "*potestas variandi*" se conjuga bien con el "*equivalente económico*" haciendo que las prestaciones de ambas partes se encuentren en un punto razonable de equilibrio aún cuando siga existiendo alguna dosis de "*riesgo y ventura*". Si las obras se paralizan, el contratista tiene derecho a una compensación económica y, eventualmente, a la instar la resolución del contrato (en los casos previstos en el artículo 149 del TRLCAP) y otro tanto sucede si se le obliga a modificarlo por encima de un determinado umbral. Incluso en el peor de los casos, si el contrato se resuelve por causa imputable al mismo, tiene derecho al abono de la obra realmente realizada (artículo 151.1 del TRLCAP). Esto, en el contrato de obra, está muy bien perfilado, pero resultaba incoherente aplicar tal normativa a la concesión.

¿Qué sucedería en estos casos en las concesiones de obra? Sencillamente algo absurdo porque en el supuesto de llegar a una causa de resolución del contrato, el concesionario tendría derecho a exigir de la Administración el abono de la obra realizada, aunque habría que determinar a qué precios, puesto que éstos no existen como tales. Es decir, que por un lado, al concesionario podría llegar a interesarle la resolución del contrato puesto que percibiría el precio de lo realizado sin necesidad de esperar al período de explotación. Por otro lado, no se sabe muy bien cómo se determinaría el precio de las obras realizadas, puesto que no tienen por qué existir precios por unidades de obra. Es decir que podría llegarse a un auténtico callejón sin salida o a un litigio seguro en los casos de resolución del contrato en la fase de ejecución de las obras (el problema se agrava,

El hecho cierto es que la regulación de las concesiones de obra resultaba de imperiosa urgencia a la vista del contenido del Programa de Infraestructuras 2000-2007, en el que se preveían unas inversiones privadas de más de cuatro billones de pesetas

varía, además, si la causa de resolución es imputable a la Administración porque el concesionario tendría derecho al lucro cesante).

Otro tanto cabe decir respecto a las alteraciones impuestas por la Administración, que en el régimen general dan lugar a la redacción de un Modificado (que puede conllevar o no precios contradictorios). ¿Qué ha de hacerse en las concesiones de obra? Si se respeta el texto de la Ley (y la Administración no puede hacer otra cosa) habría que tramitar un Modificado pero nuevamente surgiría el problema de la determinación de los precios para un contrato que puede carecer de ellos. Es más, aun en el caso de que se hubiesen fijado precios ¿cómo se aplicarían?. La única solución respetuosa con el texto de la norma consistiría en el abono de los mismos al contratista, pero con ello se transmutaría la concesión de obra en una mixtura con el contrato de ejecución de obra (y no se cumpliría la finalidad de hacer que el pago del mismo tenga lugar con la mera cesión de la explotación de la obra).

A la vista de lo expuesto la solución racional es ésta: que todas estas alteraciones sobre lo inicialmente previsto se traduzcan en una modificación del Plan Económico-financiero, de forma que se reequilibren las previsiones del mismo. Esto muestra cómo, en realidad, no estamos en presencia de una simple modalidad del contrato de ejecución de obra sino ante un contrato con sustantividad propia que ha de tener su régimen jurídico especial.

c) Problemas en la fase de explotación: riesgos inherentes y por decaje

Si la regulación de la fase de ejecución de obra era en la LCAP inadecuada, la relativa a la fase de explotación era sencillamente inexistente. Ni un solo precepto dedicado al tema, lo cual obliga a redactar unos Pliegos "*autorregulatorios*" para suplir las carencias de la norma. Ello da lugar a las regulaciones más diversas sobre esta fase, aunque hay dos textos legales en los que se pueden inspirar los Pliegos como son el viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) y la Ley de Autopistas de 1972. En todo caso, un panorama en forma de mosaico, nada beneficioso de cara a incentivar al capital privado hacia este tipo de contratos y que sirve para poner sobre el tapete la cuestión relativa a los riesgos específicos que asume el concesionario de obras públicas, sobre lo cual es necesario llamar la atención.

El punto de partida obligado se encuentra en el derecho del contratista a que le sea abonada la totalidad de la prestación realmente realizada (artículo 99.1 del TRLCAP) lo cual no plantea problema alguno en los contratos tradicionales de ejecución de obra. El precio que se abona al contratista pue-

de coincidir o no (lo normal es que no coincida) con lo presupuestado como precio total, ya que éste es meramente estimativo. Al contratista se le abona la obra realmente ejecutada en función de los precios unitarios y de ahí la previsión de la Adicional catorce del TRLCAP acerca de la "retención adicional" del 10 por 100 sobre el precio total estimado. Eso es lo que sucede cuando se paga al contratista con fondos públicos y el tema no tiene mayores complicaciones. Sin embargo cuando se paga una obra cediendo el derecho a su explotación las cosas discurren de forma muy diferente y obliga a pensar acerca de la situación de los concesionarios de obras.

En las concesiones de obras se presenta una situación muy curiosa (y preocupante) que se traduce en una acumulación de riesgos especialmente singular. Existen dos tipos de riesgos que pueden ser denominados como *inherentes* y por *decalage* sobre los cuales nos detendremos seguidamente.

I. Los riesgos inherentes

Una singularidad propia de las concesiones de obra que ha de ser destacada consiste en el posible desfase entre unas previsiones que se realizan en el momento de la licitación y la realidad existente en el momento del inicio de la fase de explotación

Cada tipo de contrato encierra una serie de riesgos que son propios del mismo y ante los cuales el legislador reacciona de forma diferente. Por poner un ejemplo, en el contrato de ejecución de obra el riesgo se encuentra en un cálculo erróneo de la baja de licitación porque prácticamente el resto de factores se encuentra cubierto (sobre todo desde el momento en que, jurisprudencialmente, se admite la compensación por riesgos sobrevenidos). En los contratos de gestión de servicios públicos, el principio general es el "riesgo y ventura" pero tiene su contrapartida en el derecho al mantenimiento del equilibrio económico (con mayor reconocimiento jurisprudencial que estrictamente legal). Pues bien, en las concesiones de obras públicas uno de los grandes problemas es que tiene lugar una acumulación de riesgos muy desproporcionada ya que:

- Tienen lugar los riesgos propios de los contratos de ejecución de obra (pero sin la contrapartida de un pago en dinero).
- Tienen lugar los riesgos propios de los contratos de gestión de servicios públicos (sin la necesidad de ejecutar y financiar una obra).

Es decir, que en las concesiones de obra tiene lugar una acumulación de los riesgos inherentes a dos tipos de contratos, con la agravante de que el TRLCAP nada dice al respecto y se remite, lisa y llanamente, a la regulación del contrato de obras.

Sin embargo, y como ya se ha dicho, no es posible hacer que el concesionario cobre por la obra realmente realizada ya que lo que perciba no estará en función de ésta, sino del nivel de utilización de la obra y de las tarifas que hayan sido aprobadas. Todo eso bajo el prisma (que no ha de ser olvidado) de que la explotación es el pago de la obra. Una situación realmente singular que debería ser objeto de regulación específica.

II. Los riesgos por decalage

Hay otra singularidad propia de las concesiones de obra que ha de ser destacada y que consiste en el posible desfase entre unas previsiones que se realizan en el momento de la licitación y la realidad existente en el momento del inicio de la fase de explotación. Entre una y otra fecha han podido transcurrir varios años y en ese lapso de tiempo algunos de los parámetros tenidos en cuenta para el período de explotación pueden encontrarse muy desfasados (a veces a favor, a veces en contra). Es decir, que la concesión tiene muchas posibilidades de nacer lastrada, si no se revisan las previsiones inicialmente contempladas en el momento de licitar, lo cual conduce, en primer lugar, a la necesidad de fijar los conceptos en los que ha de desglosarse la retribución del concesionario. Para ello, no es preciso inventar nada puesto que el viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales contiene la siguiente composición de las tarifas (artículo 126): amortización, coste de establecimiento del servicio, gastos de explotación y normal beneficio industrial. Una idea similar es encontrable en la Ley 4/1997 reguladora de las Infraestructuras en la Comunidad de Murcia en la que se expresa 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 sobrevenidas 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."

La idea fundamental, que inspira este texto, es que la remuneración del concesionario ha de nacer equilibrada (incluyendo en ese equilibrio inicial el *normal beneficio industrial*), de tal modo que si eso no es posible con las previsiones iniciales se impone la *renegociación*. Es decir, que antes de que comience la fase de explotación, Administración y concesionario han de revisar (renegociar) las bases inicialmente establecidas en el Plan Económico-financiero de tal modo que la remuneración de partida sea suficiente para cubrir los conceptos expuestos.

Y es que existen dos razones para que esto sea así, aunque la norma no lo prevea de forma expresa. En primer lugar, una razón de elemental sentido común porque difícilmente puede hablarse luego de un derecho al equilibrio cuando la economía del contrato en el momento inicial se encuentra desequilibrada (de hecho, sería más propio hablar de un derecho al *reequilibrio* del contrato). En segundo término, el derecho que se reconoce al contratista en el artículo 99.1 del TRLCAP al "*abono de la prestación realizada*" combinado con el dato de que la explotación de la obra constituye el precio del contrato. Ello conduce a la necesidad de que la remuneración de partida sea *suficiente* para cubrir los conceptos antes expresados ya que, de otro modo, no se pagaría al contratista por la obra realmente realizada.

d) Problemas en la fase de extinción

Nuevamente se pone de manifiesto la inconveniencia de aplicar a las concesiones las reglas previstas para el contrato de obra, a la vista de lo establecido en el artículo 151 del TRLCAP:

"1. La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

2. Si se demora la comprobación del replanteo, según el art. 142, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista sólo tendrá derecho a una indemnización equivalente al 2 por 100 del precio de la adjudicación.

3. En el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses, el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación.

4. En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las obras dejadas

La idea fundamental, que inspira este texto, es que la remuneración del concesionario ha de nacer equilibrada (incluyendo en ese equilibrio inicial el *normal beneficio industrial*), de tal modo que si eso no es posible con las previsiones iniciales se impone la *renegociación*

de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado."

Desde luego que carecen de sentido las remisiones a la "*obra realizada*" porque si la resolución del contrato tiene lugar en la fase de explotación se habrá realizado toda la obra. Ello obligaría a la Administración a abonar al concesionario por la totalidad de la obra (y, eventualmente, por todos los beneficios pendientes de percibir) lo cual sería sencillamente absurdo porque transmutaría el contrato concesional en otro de ejecución de obra. El resultado es que la Administración debería hacer frente a la liquidación y pago de la obra cuando la finalidad primordial del sistema concesional consiste en que la Administración no realice pago alguno. Es decir un auténtico despropósito que muestra cómo las concesiones de obra no deben ni pueden regirse por las mismas reglas que los contratos de ejecución de obra.

3. LA REFORMA ANUNCIADA: PRIMERAS CONSIDERACIONES

Como ya se ha dicho, la regulación de las concesiones de obra se ha quedado en la adición de un nuevo Título al vigente TRLCAP y en otra serie de modificaciones concretas del mismo texto. Para comenzar, se hace algo sumamente necesario como es la adición de las concesiones de obra al catálogo de contratos nominados que se contiene en el artículo 5 del TRLCAP. A renglón seguido se modifica el artículo 7 (que trata del régimen jurídico de los contratos de las Administraciones públicas) para añadir un apartado relativo a las concesiones de obra cuyo régimen jurídico pasa a ser el siguiente:

"2. El contrato de concesión de obras públicas se regirá, con carácter preferente a lo dispuesto en el apartado anterior, por las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II de esta Ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho Título, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 125 y 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio."

Finalmente, y para evitar un "*corrimento*" de preceptos, se dedican los artículos 130 a 134 (ambos inclusive) a una nueva modalidad de los de ejecución de obra consistente en el pago mediante concesión de dominio público sobre la propia obra, lo cual es una idea muy novedosa aunque originará no pocos

problemas a la hora de ponerla en práctica. A los efectos que aquí y ahora nos interesan, hay que poner de manifiesto que la nueva modalidad no es aplicable a las concesiones de obra (así lo hace constar expresamente el nuevo artículo 130), porque se toma como presupuesto de la nueva modalidad que las obras no sean susceptibles de explotación económica (lo cual es, justamente, el presupuesto de las concesiones de obra).

A partir de aquí, el Proyecto de Ley se ocupa ya de la regulación de las concesiones de obra mediante la adición de un Título V al Libro II del TRLCAP, compuesto de cuarenta y siete artículos nuevos (220 a 266), doce Adicionales, una Derogatoria, y cinco Finales. A la vista de todo ello, la primera reflexión atañe a la pertinencia del modo en que se pretende llevar a cabo la reforma (mediante la inserción de un nuevo tipo de contrato nominado en el seno del TRLCAP). ¿Es deseable este encuadramiento?

A nuestro juicio (y en una primera reflexión que no deja de ser por ello provisional), existen ventajas e inconvenientes. La ventaja consiste en la mera comodidad de agrupar en un solo texto legal a una modalidad específica de contrato administrativo, de la misma forma que se hace con los restantes contratos nominados. Sin embargo, hay algo muy peculiar en este tipo de contratos que lo aleja de los restantes, y aquí comienzan los inconvenientes. En primer lugar, se aprecia que el ámbito de aplicación subjetivo de las concesiones de obra no es coincidente con el del TRLCAP (artículos 1 y 2) ya que en el artículo 220. 5 del Proyecto se hace constar lo siguiente:

“5.- El régimen del contrato de concesión de obras públicas previsto en este Título será aplicable a todas las Entidades de Derecho público cualquiera que sea su régimen jurídico de contratación y denominación”.

Desde luego que esta regulación no es, en absoluto criticable (sino todo lo contrario) porque implica poner coto a esa incesante “huida hacia el Derecho privado” absolutamente inadmisibles a nuestro juicio. Lo que se dice en el nuevo precepto es, por tanto, correcto pero el resultado es que plantea un problema de “heterometría” digno de una paradoja. En lo que se refiere al ámbito de aplicación del TRLCAP hay una parte (el nuevo Título V) que resulta ser mayor que el todo y lo que nos queda en el aire es por qué no se ha aprovechado la ocasión para modificar, también los artículos 1 y 2 del TRLCAP poniendo fin a la incomprensible e injustificada separación entre Organismos incluidos y excluidos de la Ley.

¿Qué sentido tiene que un contrato de obra realizado por AENA se encuentre excluido del TRLCAP mientras que si se opta por la concesión de obra exista sumisión al mismo?. No parece que haya razón alguna para que ello sea así,

Lo que hace la reforma es algo completamente necesario, ya que comienza por incluir este tipo de contratos en el seno de los nominados, dando nueva redacción para ello al artículo 5 del TRLCAP

pues lo cierto es que estamos ante supuestos idénticos con regímenes jurídicos diferentes.

Por otra parte, y en cuanto se refiere al régimen jurídico aplicable a las concesiones de obra (regulado en la modificación al artículo 7), nos parece correcta, en términos generales, la solución por la que se opta, es decir, anteponer la legislación sectorial al TRLCAP. Sin embargo, nos preguntamos por el sentido y alcance de la expresión utilizada (*legislación sectorial*) en algunos casos concretos como pueda ser el suministro de agua a poblaciones. La Ley de Aguas solo es aplicable en la fase de “aducción” y sólo cuando se trata de agua proveniente de concesiones administrativas y no hay una regulación específica para el ciclo de suministro en baja. De hecho, lo que se aplica son los preceptos del viejo RSCL (común a todos los servicios públicos de ámbito local) y el problema es si este tipo de norma puede recibir la calificación de “*legislación sectorial*”.

Finalmente, y como veremos en el siguiente apartado, la reforma del Proyecto plantea otro curioso problema en relación con las concesiones de servicio público que llevan aparejada la realización de obra. ¿Cuál es la intención del legislador? Parece ser que la de reconducir estas concesiones al nuevo Título V, pero entonces vuelve a surgir la pregunta. Para las concesiones de competencia local ¿puede seguir siendo aplicado el RSCL? Y si así fuese ¿qué lugar ocuparía en cuanto al Derecho aplicable al contrato?

Desde luego que hay muchas más cuestiones en relación con el nuevo texto que nos propone el Gobierno pero, desgraciadamente, no hay tiempo ni lugar para hacer ahora un análisis exhaustivo de todas ellas. Debido a ello parece mucho más oportuno hacer hincapié en algunas de ellas como pueden ser las siguientes:

- El nuevo concepto de concesión de obra.
- Los sistemas de retribución al concesionario.
- El “*riesgo y ventura*” y el equilibrio económico.
- La extinción de las concesiones de obra.

Veamos estos puntos por separado.

4. EL NUEVO CONCEPTO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Lo que hace la reforma es algo completamente necesario, ya que comienza por incluir este tipo de contratos en el seno de los nominados, dando nueva redacción para ello al artículo 5 del TRLCAP. Decimos que es necesario porque, hasta ahora, este tipo de contratos deambulaba por una zona de incertidumbre que tan pronto se acercaba a los de obra (en la situación actual del TRLCAP) como a los de gestión de servicio público (así se deduce de la legislación sectorial que se ocupaba

de esta clase de contratos) (1). Con la reforma, el objeto de esta clase de contratos no es la ejecución de una obra –cuya remuneración puede consistir en la explotación de la misma– sino en la construcción y la explotación de la misma o solamente en esto último. La redacción del nuevo precepto (en fase de proyecto) es la siguiente:

“Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración pública o Entidad de Derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, *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 de naturaleza económica 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.”

Como ya se dijo con anterioridad, el nuevo Título (en el que se inserta la regulación de estos contratos) es en buena medida autónomo del resto del TRLCAP y ya no estamos en presencia de una simple modalidad del contrato de obras. Se trata de un contrato muy específico cuyo signo distintivo es la existencia de una concesión de explotación y la realización previa de una obra (aunque esto último no de forma necesaria) y en el que se aprecia el resultado de una evolución lógica. Comienza siendo una especie de los de ejecución de obra con la Instrucción de 1845 y la Ley General de Obras Públicas de 1877. En ese mismo año, la legislación sectorial de ferrocarriles y carreteras produce su deslizamiento hacia la gestión de servicios públicos y así se mantendrá hasta la LCAP de 1995 en que retornará a los de ejecución de obra.

Lo primero que hay que decir respecto al encuadramiento de las concesiones de obra es que no es correcto sostener que se trata de contratos de resultado (con las implicaciones de todo orden que ello implica). La construcción de la obra es un simple presupuesto de lo que en realidad es el objeto del contrato, que consiste en su explotación, porque aquí es donde se encuentra la finalidad de interés público o, si se quiere, la “*necesidad para los fines del servicio público*” de que nos habla el artículo 13 del TRLCAP. Lo relevante no es que se construya una obra sino que se abra al público, de forma gratuita o mediante explotación remunerada de la misma, porque en esta fase es donde entran en juego los usuarios de la obra. Si el objeto del contrato sigue siendo la mera ejecución de la obra y la explotación de la misma sólo es una modalidad de pago (que

es lo que, en este momento, se deduce del TRLCAP) estaremos ante un contrato de resultado. Si, por el contrario, la explotación de la obra es el núcleo del objeto (que puede llevar aparejada o no su construcción previa) nos encontraremos ante un contrato de actividad, muy próximo al de gestión de servicios públicos.

Con la reforma prevista es claro que la concesión de obra pasa a ser un contrato de actividad lo cual sugiere una primera reflexión puramente doctrinal. Y es que si hasta ahora estos contratos no pasaban de ser una modalidad de los de ejecución de obra y eran absorbidos por éstos, con la reforma la concesión de obra fagocitará la gestión de servicios públicos por la simple y llana razón de que estos contratos no ha contado nunca con una legislación general (dejando aparte el viejo pero vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Desde que entre en vigor la reforma, cualquier contrato de gestión de servicios públicos que lleve aparejada la ejecución previa de obra pasará a regirse por el nuevo Título V del TRLCAP. Desconocemos si este efecto ha sido deliberadamente buscado o no por el legislador pero, en todo caso, nos parece acertado porque viene a rellenar un hueco importante en la normativa reguladora de los contratos aunque volverá a colocar sobre el tapete la sempiterna discusión acerca de lo que deba entenderse por “servicio público”.

Es probable que las novedades de mayor calado en toda la reforma vengan de la mano de los numerosos sistemas de retribución del concesionario que se articulan y que admiten todas las modalidades imaginables tanto privadas como públicas y, sobre todo, mixtas

5. LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN AL CONCESIONARIO

a) Novedades más relevantes

Es probable que las novedades de mayor calado en toda la reforma vengan de la mano de los numerosos sistemas de retribución del concesionario que se articulan y que admiten todas las modalidades imaginables tanto privadas como públicas y, sobre todo, mixtas. No obstante, la primera novedad que se nos anuncia es previa a esta clasificación y consiste en lo que se denomina como “*Zonas complementarias de explotación comercial*” cuyo concepto se desarrolla en el artículo 223 del Proyecto:

“1. Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de 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

(1) A este respecto cabe traer a colación la Ley de Carreteras (Ley 25/1988) en cuyo artículo 16.2 se hace una remisión a las formas de gestión de los servicios públicos en lo relativo a la explotación de las carreteras

de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación.

Estas actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos generales o particulares que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación.

Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión.

2. Los bienes e instalaciones incluidos en la zona de actividades complementarias de la obra concedida se entregarán al órgano contratante al término de la concesión en la forma establecida en esta Ley."

A la vista del precepto se puede deducir que se trata de hacer extensivas a todas las concesiones de obra (si así lo deciden los Pliegos correspondientes) lo que ya se conocía en las autopistas, en los puertos o en los aeropuertos pero con un alcance y significado mucho más precisos

A la vista del precepto se puede deducir que se trata de hacer extensivas a todas las concesiones de obra (si así lo deciden los Pliegos correspondientes) lo que ya se conocía en las autopistas, en los puertos o en los aeropuertos pero con un alcance y significado mucho más precisos. Ya no se trata de que unas determinadas infraestructuras tengan una zona de servicios y otra comercial (gestionadas por separado) sino de que dentro de la concesión de la obra pública

se incluyan cosas que no tienen esta naturaleza con la finalidad de hacer viable la explotación de aquélla. De forma congruente con esta idea, la explotación de la "Zona complementaria" quedará ligada a la concesión de tal forma que los derechos sobre la misma se extinguen cuando ésta finaliza por la causa que sea. Esto es realmente lo novedoso del concepto y lo que merece una acogida muy favorable porque permite una utilización más amplia del modelo concesional.

Igualmente novedosa es la posibilidad de retribuir en especie al concesionario (dentro de las modalidades de retribución mixta que luego se expondrán) que se encuentra recogida en el artículo 245.2 del Proyecto en la siguiente forma:

"2. Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinera-

rias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse en todo caso lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten."

Por mucho que pueda parecer extraño, esta posibilidad se encontraba vedada hasta ahora por una simple colisión de grupos normativos ya que según la legislación reguladora de los bienes patrimoniales (estatales o locales) la venta de inmuebles requiere subasta pública lo cual es incompatible con la adjudicación de la concesión de obra mediante concurso. Dicho de otro modo, el concurso por el cual se adjudicaba una concesión de obra no era suficiente (mejor dicho, no era el medio adecuado) para la adjudicación de un inmueble perteneciente a una Administración (que requiere la subasta). A partir de ahora este inconveniente queda soslayado y se admite la posibilidad de entregar en pago de las obras lo cual es otro medio para ayudar a su financiación sin echar mano de fondos públicos dinerarios. Otro acierto, por tanto, de la reforma porque abre puertas donde antes no las había.

A partir de lo expuesto, el Proyecto plasma la triple distinción entre sistemas de retribución privada, mixta y pública sobre la base de que lo que se retribuye es el coste de la obra (o mejor dicho, la inversión realizada para su ejecución) o solamente los gastos de explotación (cuando no hay construcción previa). Veamos, seguidamente, algunos de los aspectos más relevantes de cada uno de estos sistemas de retribución.

b) La retribución privada

En este punto el Proyecto entra en el espinoso tema de las tarifas de una forma cautelosa puesto que, a diferencia de otros borradores conocidos sobre el tema, no se pronuncia acerca de su naturaleza jurídica. Sólo se dice que serán fijadas por el órgano de contratación y que podrán tener el carácter de máximas, de tal modo que los concesionarios podrán aplicar otras inferiores cuando así lo estimen conveniente.

Por lo que hace a la composición de las tarifas no se recogen de forma explícita sus elementos (lo cual resulta indispensable para reconocer lo que se ha denominado, líneas atrás, como principio de retribución suficiente). No obstante, se deja una puerta abierta para que así se haga por los propios licitadores en el plan económico-financiero al indicar lo siguiente en el artículo 246.3:

"3. Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De conformidad con el artículo 233.1.d) de esta Ley, el plan económico-financiero de la concesión establecerá la *incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra* y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen, respectivamente, los niveles mínimo y óptimo que se consideren en la oferta."

Es decir, que se permite que el citado Plan sea el que establezca una correlación entre las tarifas que se proponen como aplicables y su posible corrección en función de la demanda real de uso de la obra. De todas formas el problema permanece cuando lo que sucede es que el incremento de tarifas no puede solucionar la situación (cosa que tiene lugar con los descensos en el uso de la obra). La única salida viable consiste en suplir por vía de recursos públicos lo que no se puede obtener por medio de las tarifas pero esa alternativa no parece que pueda ser planteada por medio del Plan económico-financiero y constituye el auténtico "*nudo gordiano*" de la cuestión. El legislador no se ha mostrado permeable ante este problema a pesar de que en el artículo siguiente (el 247) admite que se utilicen recursos públicos para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, al prever:

"Subvenciones al precio, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión."

Como puede comprobarse, con esta previsión del Proyecto no se está ampliando el elenco de supuestos tasados que se contempla en el artículo 248 que trata del mantenimiento del equilibrio económico del contrato y sobre lo cual volveremos más adelante. Lo único que se dice es que, si existe derecho al mantenimiento del equilibrio, pueden utilizarse para ello recursos públicos, siempre dentro del marco contemplado en el artículo 248 (que no se amplía). De momento, por tanto, el denominado "*riesgo imprevisible*" queda sin cobertura a menos que los Pliegos dispongan otra cosa al respecto.

Una combinación entre el sistema tradicional y el más novedoso, denominado "alemán" (el pago diferido), todo ello con la posibilidad añadida de realizar pagos en especie con lo cual difícilmente cabe imaginar otras modalidades de pago parcial de las obras o de su explotación

c) La retribución mixta

En realidad ya se ha anticipado el contenido del Proyecto en cuanto a este punto, que es tratado en su artículo 247. Se admiten, de entrada y en fase de explotación, tanto subvenciones como anticipos reintegrables, créditos participativos, subordinados o de cualquier otra especie o denominación. Por otra parte, no se olvida la posibilidad de echar mano de los sistemas de retribución en la fase de ejecución de las obras que son contemplados por el artículo 245 en los siguientes términos:

"1. Las Administraciones Públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 236 de esta Ley, una vez concluidas éstas, o al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. En los dos últimos supuestos resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono.

2. Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse en todo caso lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten."

Es decir, que por lo que respecta a la retribución pública, durante la fase de ejecución de la obra se admite el pago mediante certificaciones o diferido al finalizar la obra (siempre que no se cubra, con ello, la totalidad de la inversión realizada ya que, en ese caso, estaríamos ante un contrato de ejecución de obra). Una combinación entre el sistema tradicional y el más novedoso, denominado "alemán" (el pago diferido), todo ello con la posibilidad añadida de realizar pagos en especie con lo cual difícilmente cabe imaginar otras modalidades de pago parcial de las obras o de su explotación.

d) Retribución pública

Para completar todo lo anterior resta la posibilidad de que la totalidad de la retribución del concesionario sea abonada por la Administración, lo cual puede hacer pensar que nos en-

contramos ante un supuesto incompatible con la fórmula concesional. Ello sería así, si esa retribución fuese fija y se abonase en la fase de ejecución de la obra, pero no si se trata de una retribución variable que se abona en la fase de explotación. Esa es la posibilidad que se recoge en el artículo 246.4 al expresar que *"la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares"*. Aunque la forma en que se dice pueda no ser muy explícita se está haciendo referencia al *"peaje en sombra"* que es una fórmula típica concesional utilizada, hasta ahora, en las Comunidades de Madrid y Murcia.

El peaje en sombra no implica negar las premisas sobre las que se fundamenta la institución concesional, puesto que no implica la eliminación de todo tipo de riesgos (como sucede con el pago total por ejecución), sino tan solo su minimización. Es cierto que con el peaje en sombra el concesionario tiene asegurada la percepción de unos ingresos mínimos (el denominado *"suelo"*) pero en contrapartida tiene igualmente limitados los ingresos (al no percibir cantidad alguna por encima de determinado flujo de uso). Se trata, por tanto, de una fórmula de riesgo y ventura compartidos que es lo que en los servicios públicos caracteriza la *"gestión interesada"* y que suele manifestarse como una *"cláusula de interesamiento"* en el seno de una concesión. No hay nada que objetar al respecto y se trata de una prueba palpable de que el *"riesgo y ventura"* no es algo inherente al modelo concesional, que es susceptible de asumir mucha mayor riqueza que la que le presupone la doctrina al uso.

6. EL "RIESGO Y VENTURA" Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO

a) Consideraciones generales

Sobre el significado actual del *"riesgo y ventura"*, hay mucho más de mito que de realidad, porque se trata de un principio más propio de la contratación privada que de la administrativa, en donde tiene una justificación claramente histórica.

Sobre el significado actual del *"riesgo y ventura"*, hay mucho más de mito que de realidad, porque se trata de un principio más propio de la contratación privada que de la administrativa, en donde tiene una justificación claramente histórica.

Sobre el significado actual del *"riesgo y ventura"*, hay mucho más de mito que de realidad, porque se trata de un principio más propio de la contratación privada que de la administrativa, en donde tiene una justificación claramente histórica.

Sobre el significado actual del *"riesgo y ventura"*, hay mucho más de mito que de realidad, porque se trata de un principio más propio de la contratación privada que de la administrativa, en donde tiene una justificación claramente histórica.

opuesto que es la *"búsqueda del precio justo"* cuyo origen se encuentra en el Derecho Canónico y en el propio Derecho español previo a la codificación. No deja de ser, por tanto, una especie de mito o *"fable convenue"* afirmar que la contratación administrativa se encuentra presidida por el *"riesgo y ventura"*, porque las quiebras a este principio hacen que llegue a quedar casi vacío de contenido.

Conviene poner, por tanto, las cosas en su sitio y para ello nada mejor que hacer un breve repaso de la situación en los contratos tradicionales de ejecución de obra. Realmente el mayor riesgo que soporta el contratista reside en que su oferta inicial sea demasiado baja porque en todo el resto el riesgo encuentra una contrapartida de cobertura. Para las alzas de precios se aplica la revisión (que ahora pasa a ser un derecho *"ex lege"* a la vista de la redacción del artículo 103 del TRLCAP); si se producen alzas desproporcionadas y el contrato no prevé la revisión, se aplica la doctrina del riesgo imprevisible (vid la STS de 16 de septiembre de 1988 y otras muchas en el caso de los *"ligantes bituminosos"*); en los supuestos conocidos como *"sujétions impreuves"* la jurisprudencia es muy escasa porque se reconducen, normalmente, hacia los modificados. Finalmente, y para completar el panorama, el artículo 99 del TRLCAP impone a la Administración la obligación de abonar al contratista la prestación (es decir, la obra) realmente realizada. ¿Dónde está el riesgo y ventura? ¿No sería más propio hablar de una situación de riesgo mitigado a través de todas las compensaciones a que tiene derecho el contratista?

Otro tanto cabría decir de los contratos de actividad, como es el caso de los de gestión de servicios públicos aunque aquí el Derecho positivo parece cargar más las tintas sobre el *"riesgo y ventura"* como si este principio fuese consustancial a las concesiones. Sin embargo, una muestra clara de que ello no tiene por qué ser así, es encontrable en el RSCL en donde se reconoce el derecho del concesionario a ser compensado, no sólo por las modificaciones impuestas por la Administración sino también por la aparición de hechos sobrevenidos (artículo 126). En realidad, bajo el prisma del RSCL el único supuesto del que responde el concesionario es su mala gestión puesto que todos los demás le otorgan derecho a ser compensado (en una u otra medida) por la Administración.

Es cierto que la Comisión europea (en la Comunicación Interpretativa sobre concesiones 2000/C 121/02) hace hincapié en la necesidad de que toda concesión comporte la existencia de un riesgo. En concreto, se dice que *"quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio como contrapartida por las obras realizadas, siempre y cuando éste no elimine el riesgo inherente a la explotación"*. Pero como puede apreciarse no se dice que el contrato concesional haya de regirse por el *"riesgo y ventura"* sino que no se puede llegar a eliminar el riesgo lo cual es algo muy diferente.

Lo que ahora es pertinente analizar es la forma en que la reforma ha recogido el equilibrio económico de las concesiones de obra, puesto que ahí se encuentra la delimitación del riesgo que asume el concesionario (por mucho que se mencione el "riesgo y ventura" en otros preceptos).

b) El equilibrio económico en el Proyecto de Ley

En la justificación del Proyecto ya se nos habla de la idea sustancial que preside la nueva configuración del equilibrio económico y del riesgo y ventura. Se trata de un equilibrio bidireccional, en el sentido de que el riesgo y la ventura excesivos han de ser distribuidos entre ambas partes. El concesionario tiene derecho a que le sean compensadas las alteraciones sobre el riesgo inicialmente previsto, pero, en contrapartida, ha de renunciar (en beneficio de la Administración) a unos beneficios extraordinarios. En palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto: "el equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario". Esta es la idea fundamental que incorpora el texto del nuevo artículo 248 de la reforma propuesta:

"Artículo 248. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato

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 determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta Ley.

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

En la justificación del Proyecto ya se nos habla de la idea sustancial que preside la nueva configuración del equilibrio económico y del riesgo y ventura

cada caso procedan. Estas 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 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b) la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación."

La redacción que se propone es, de entrada, mucho más generosa que la del artículo 163 del TRLCAP (relativo a los contratos de gestión de servicios públicos) en donde solo se reconoce el derecho al mantenimiento del equilibrio en los supuestos de modificaciones ordenadas por la Administración. Sin embargo, dista mucho del tratamiento de este mismo tema en el RSCL en donde se incluye el "riesgo imprevisible" como presupuesto para que se equilibre el contrato. El nuevo artículo 248 del TRLCAP admite el "factum principis" (actuaciones imputables a la Administración) pero deja fuera los riesgos imprevisibles con la agravante de que a menos que se recojan en los Pliegos no podrán ser invocados porque el precepto hace una exposición exhaustiva de las causas para que nazca el derecho al equilibrio económico. La expresión "exclusivamente" aleja, así, cualquier posibilidad de que por vía de una resolución judicial se pueda invocar el riesgo imprevisible como causa de desequilibrio compensable de la concesión. A nuestro juicio, esto es un error, porque se cierra la puerta a supuestos en los que el equilibrio de la concesión puede resultar indispensable para su viabilidad. Claro está, a menos que se conjugue lo dispuesto en el artículo que ahora comentamos (el 248) con una interpretación extensiva del artículo 233.1 d) al que se remite y en el que se establece lo siguiente al tratar del contenido de las proposiciones:

"d) Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización y en el plazo concesional, en su caso, *de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta.*"

Es decir, que podría admitirse que el Plan económico-financiero estableciese un nivel máximo y mínimo de rentabili-

dad en función de las previsiones de utilización de la obra, de tal forma que cuando estos umbrales fuesen sobrepasados o no se cumplieren entrara en juego la compensación a la otra parte. Un forma novedosa (pero que puede ser aceptable) para dar cabida al riesgo imprevisible, eso sí, de forma simétrica para ambas partes y no solo a favor del concesionario.

7. LA EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN

El último de los puntos que se han seleccionado para estas reflexiones incide en la regulación que hace el Proyecto de la extinción de las concesiones de obra, tema en el cual se corrigen los defectos actuales anteriormente puestos de manifiesto. Recordemos el absurdo a que conduce tener que abonar toda la obra cuando se resuelve el contrato que es a donde se llega con la redacción actual del TRLCAP. El Proyecto, como también hemos visto, parte de la base de que nos encontramos ante un contrato de resultado y tiene presente que la explotación es el precio que se paga por la obra. Con este planteamiento, es claro que la resolución del contrato ha de contemplarse con enorme cautela, puesto que conlleva privar al concesionario del pago que le es debido.

El RSCL resuelve este problema con una sutileza propia de un texto legal meditado (no en vano sigue estando vigente) porque alude a la infracción gravísima de las obligaciones esenciales del concesionario previa advertencia al mismo (artículo 136). Como medida previa, de carácter preventivo, regula el secuestro de la concesión (artículos 133 y sigs) aplicable a los casos en que se haya producido una infracción grave “*que pusiera en peligro la buena prestación del servicio*”. Nadie se rasgó las vestiduras cuando entró en vigor esta regulación y nadie debería rasgárselas si el Proyecto acogiese esta solución (acertada porque lo que tiene presente, ante todo, es el mantenimiento del servicio). Sin embargo, lo que se nos ofrece es una especie de híbrido entre lo que existe en el TRLCAP y el régimen del RSCL porque:

- Se prevé la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales del concesionario: artículo 264 ap j).
- Se prevé el secuestro de la concesión cuando el concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones que ponga en peligro su explotación: artículo 251.

A la vista de esta duplicidad de tratamiento, pueden surgir problemas interpretativos acerca de cuándo procede el secuestro de la concesión y cuándo su resolución, porque

los términos utilizados parecen ser intercambiables (“*incumplimiento de las obligaciones esenciales*” e “*incumplimiento grave de las obligaciones*”). Hubiera sido preferible –como así se reflejaba en borradores anteriores del Proyecto– acudir al sistema del RSCL en lugar de dejar a los órganos de contratación la decisión de optar por el secuestro o la resolución del contrato ante una eventual infracción (grave) por parte del concesionario. En todo caso, los órganos de contratación deberán estar atentos a la compensación económica que han de pagar al concesionario en caso de resolver el contrato por incumplimiento.

Precisamente este último punto es objeto de reforma en el Proyecto que pone fin a los resultados absurdos que se derivaban del TRLCAP y de la inclusión de las concesiones en el mismo régimen jurídico que los contratos de obra. Ya no será preciso abonar al concesionario la totalidad de la obra ejecutada sino, tan solo, la parte no amortizada de la misma según se establece en el artículo 256.1 del Proyecto en los siguientes términos:

“1. En los supuestos de resolución, el órgano de contratación abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión. Al efecto se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquéllos.”

Es de advertir que así como las obras se abonarán en función de su grado de amortización, no sucede lo mismo con las cantidades que el concesionario ha debido satisfacer por razón de la expropiación de los terrenos que han de serle abonadas en su integridad. La razón es sencilla, ya que estas cantidades no pueden ser objeto de amortización y, por tanto, procede su abono completo sea cual sea la causa de resolución del contrato.

En suma, y para concluir, lo que nos ofrece el Proyecto aprobado por el Gobierno es perfectible (como todo) pero aborda la problemática de las concesiones de obra con muchos más aciertos que fallos y, sobre todo, pone fin a los resultados absurdos a que conducía la consideración de las concesiones como contratos de resultado, insertos en una regulación (la de los contratos de obra) que debe serles ajena. Por tanto, bienvenida sea la reforma porque su balance conjunto es, claramente, positivo. ■