

APUNTES CRITICOS SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA NUEVA LCSP

José Luis Villar Ezcurra
Profesor Titular de Dº Administrativo
Socio Director de Ariño y Villar, Abogados

Como ya dejé indicado en otro artículo anterior,¹ el mantenimiento del equilibrio económico es propio de los contratos concesionales, cuyo precio o tarifa también puede ser objeto de la correspondiente revisión, aunque estos dos aspectos no deben ser confundidos. En los contratos concesionales (como contratos de actividad) el contenido económico tenido en cuenta en el momento de contratar puede verse alterado por diversas circunstancias, debido a lo cual el legislador prevé el restablecimiento de esa situación de equilibrio –al menos teórica- que presidió la oferta del contratista y, en definitiva, el contrato.²

Desde luego que no es mi intención tratar aquí sobre el equilibrio económico en general (o las técnicas para su restablecimiento) sino, tan solo, de la regulación que se establece al respecto en la nueva LCSP, lo cual es reconducible a los artículos 270 y 290 relativos a los contratos de concesión de obra pública y de servicios, respectivamente.³

La regulación en ambos supuestos es prácticamente la misma, lo cual permite el análisis conjunto de ambos preceptos haciendo, no obstante las correspondientes advertencias cuando exista alguna divergencia en su regulación. Para ello se tomará como modelo de partida la regulación del mantenimiento del equilibrio económico en las concesiones de obra que, como se ha dicho, se encuentra en el artículo 270 y en cuyo primer apartado se dice lo siguiente:⁴

¹ Vid APUNTES CRITICOS SOBRE LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LA NUEVA LCSP, también en el perfil de LinkedIn de mi Despacho y con el link:

<https://www.arinoyvillar.com/single-post/2017/11/13/APUNTES-CR%C3%8DTICOS-SOBRE-LOS-MODIFICADOS-EN-EL-CONTRATO-DE-OBRAS-EN-LA-NUEVA-LEY-DE-CONTRATOS-DE-SECTOR-P%C3%9ABLICO>

² El fundamento de la revisión de precios es otro y básicamente se encuentra en la necesidad de acomodar el precio de los contratos a los desajustes producidos por la inflación.

³ Me remito a mis artículos anteriores. Vid “Algunas precisiones sobre el restablecimiento del equilibrio en las concesiones de obra pública” Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7722, 2011 y “El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas” en Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, ISSN 0034-8619, Nº. Extra 3425, 2002.

⁴ Para las concesiones de servicios el artículo 290.2 viene a decir lo mismo pero de la siguiente forma:

1. El contrato de concesión de obras 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.

Por tanto, el mantenimiento del equilibrio concesional sigue siendo la forma habitual de respetar los parámetros económicos que fueron tenidos en cuenta para la adjudicación del contrato, lo cual significa una remisión al Plan Económico Financiero de la oferta (que, a su vez, fue aprobado por la Administración al adjudicar el contrato). Ninguna novedad, por tanto, en el concepto mismo de la finalidad del equilibrio económico que comienza a variar en el apartado siguiente:

2. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando **la Administración realice una modificación** de las señaladas en el artículo 262.

b) Cuando **actuaciones de la Administración Pública concedente**, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando **causas de fuerza mayor** determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por **incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.**

La alteración aquí resulta evidente por cuanto, en el apartado b) se alude a actuaciones de la Administración Pública concedente “*por su carácter obligatorio para el concesionario*”, con lo cual se elimina de un “*plumazo*” el “*factum principis*” como causa del restablecimiento del equilibrio concesional. Recordemos que en el texto anterior, el artículo 258.2 del TRLCSP permitía el restablecimiento del equilibrio en los supuestos en los que “*actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión*”. Estas “*actuaciones de la Administración*” podían consistir en un simple hecho (que no es ninguna actuación obligatoria para el concesionario) del que se derivase un perjuicio para el concesionario, pudiendo ser imputable, además, este hecho tanto a la Administración concedente como

“2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente **de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.**”

a otra Administración (en cuyo caso se hablaba de “*factum principis impropio*”).⁵

El caso más frecuente de esto se encontraba en la construcción de vías alternativas, por parte de la Administración, respecto de las autopistas en régimen de concesión, lo cual mermaba muy considerablemente sus ingresos por demanda. Igualmente se consideraba incluida en esta figura la imposición por vía normativa de obras o actuaciones adicionales que agravan la situación económica del concesionario (bajo la cobertura de la denominada “*cláusula de progreso*”).⁶

Esta novedad es sumamente importante por cuanto dejará fuera de los casos que confieren derecho al mantenimiento del equilibrio a buena parte de supuestos alterando notablemente el alcance de esta institución.

Igualmente es importante (y es de suponer que se debe a la lamentable experiencia de las autopistas de peaje) la eliminación del denominado “*riesgo de demanda*” que está en línea con lo establecido en el apartado 4 del artículo 14 en donde se define el contrato de concesión de obra y que dice así:

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar **la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda** o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Y por si cupiera alguna clase de duda, en el último párrafo del artículo 270.2 se afirma que “*en todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda*”

⁵ Por mera curiosidad aclaro que la denominación de “*factum principis*” era el equivalente al “*fait du prince*” (hecho del príncipe) en el Derecho francés. Sin embargo, cuando nuestro Consejo de Estado tuvo que enfrentarse a uno de estos supuestos, y habida cuenta del entorno político existente (corría el año 1948), en lugar de acudir a la traducción directa del francés (que habría dado lugar al “*hecho del príncipe*”) se optó por transformar en latín la expresión dando lugar al “*factum principis*” que no tiene origen alguno en la glosa ni en ninguna otra parte de nuestro Derecho histórico.

⁶ Estos casos han sido frecuentes en las concesiones de autopistas (vías alternativas que merman el tráfico de la autopista). También cabría incluir aquí lo que se conoce como “*cláusula de progreso*” aunque de esto se tratará más adelante de forma más específica.

recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario".⁷ Sin necesidad de profundizar mucho en la cuestión, cabe anticipar ya que, i) el legislador fomenta la elaboración deficiente de los estudios previos que tiene que realizar y, ii) no responde de su propia torpeza, lo cual resulta de todo punto criticable y atentatorio contra dos principios consagrado por la propia jurisprudencia del TJUE como son la confianza legítima y la prohibición de alegar los propios vicios.

Lo mismo volvemos a encontrar en las concesiones de servicio ya que en el artículo 290.4 "*in fine*" se dice que "*en todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por **incumplimiento de las previsiones de la demanda** recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario*". Lo cual responde, también, a la propia definición de esta clase de contratos, a cuyo efecto el apartado 2 del artículo 15 establece que "*El derecho de explotación de los servicios implicará la **transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior***". Esto es consecuencia de la Directiva 2014/23/UE (que se traspone en la nueva LCSP) en cuyo artículo 5 se dice lo siguiente:

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios **implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos**. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. **La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado** que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable;

Anticipo ya que lo que, en modo alguno elimina la Directiva es la transferencia del riesgo operacional cuanto el daño económico proviene, no del mercado sino de la actuación imputable a una Administración pública (que es lo que se ha denominado como "*factum principis*" impropio) por lo que entiendo que en tales casos **el legislador español ha ido bastante más lejos que la Directiva que dice trasponer**. Dejo las cosas así ya que de otro modo este artículo –que solo pretende ser ilustrativo- se alargaría demasiado.

Siguiendo, por tanto, con la regulación prevista en la nueva LCSP, el apartado 3 del artículo 270 establece lo que sigue:⁸

⁷ Sobre esto volveremos a insistir más adelante pero avanzamos ya que la Directiva 2014/24/UE tan sólo impone la transferencia de los riesgos correspondientes a las "incertidumbres del mercado" no a los que pueden derivarse de la alteración de la demanda por actuaciones imputables a la propia Administración.

⁸ El apartado 5 del artículo 290 viene a decir prácticamente lo mismo:

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. Estas medidas podrán consistir en la **modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico** incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado 2 anterior, y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial.

Aquí es donde pueden llegar a confluir las modificaciones del contrato, la revisión de precios –temas ya tratados con anterioridad- y el mantenimiento del equilibrio pero la peculiaridad ahora es que no se trata de una revisión ordinaria de la tarifa o la retribución (si se acude a este remedio) sino a una alteración extraordinaria de las mismas, cuya finalidad se encuentra en adecuar el contenido del contrato al contexto económico que le rodea. Una adecuación que, al eliminar el riesgo de demanda –porque tiene que asumirlo el concesionario- deja en el aire las posibles situaciones de alteración del equilibrio concesional. Y ello porque bajo el contexto normativo anterior (en donde la disminución significativa de la demanda sí confería derecho al restablecimiento del equilibrio concesional), la posible elevación de tarifas carecía de sentido ya que podía provocar un descenso aún mayor de la demanda.

Dejando aparte, no obstante, las situaciones ligadas al descenso de la demanda, es claro que lo que aquí se aborda son básicamente las modificaciones acordadas por la Administración contratante (esto resulta claro en las concesiones de servicios en donde el equilibrio se regula conjuntamente con la modificación del contrato) que pueden consistir en una alteración del sustrato material sobre el que se explota una obra o se presta un servicio. En tales casos, el restablecimiento del equilibrio adopta un enfoque diferente al de los contratos no concesionales.

En estos contratos (los no concesionales) la alteración del mismo puede producir un mayor coste que se evalúa en un momento determinado del

5. 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. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

tiempo, como si fuese un fotograma. En el equilibrio concesional las cosas no suceden así ya que la propia concesión no es un fotograma sino una sucesión de fotogramas (o sea, una película que discurre en el tiempo) y tras la cual hay un Programa Económico Financiero (**PEF**). Es ese PEF lo que va dando, en cada momento, la situación económica de la concesión conforme va transcurriendo el tiempo y en función de unos parámetros de partida, que son los tenidos en cuenta a la hora de contratar.

Hay una TIR y unos costes previstos a lo largo del tiempo, que pueden cumplirse, o no, pero que si se incumplen por alguna de las causas que dan lugar al restablecimiento del equilibrio, deben ser compensados por la Administración. En eso consiste el restablecimiento del equilibrio esencialmente, y lo que se expone en este apartado 3 (que se corresponde con el apartado 5 del artículo 290) son los remedios o compensaciones que se prevén a tal fin. Unas compensaciones que se dejan abiertas a cualesquiera otros elementos (cláusulas) de naturaleza económica que formen parte del contrato como puedan ser, por ejemplo, los cánones a abonar a la Administración (en el caso de que existan los mismos).

Volviendo a la concesión como sucesión de fotogramas, es importante tener en cuenta que el restablecimiento del equilibrio no tiene por qué poner fin a un eventual desequilibrio concesional. Una determinada alteración (o modificación) del contrato concesional puede ser objeto de compensación (reequilibrio) en un momento determinado pero puede suceder que la compensación resulte insuficiente trascurrido el tiempo, lo cual permitirá al concesionario volver a solicitar el restablecimiento del equilibrio concesional. Esto –que no es en absoluto inusual- deja ver la diferencia que existe entre la modificación de cualquier otro tipo de contrato y el surgimiento de una causa de desequilibrio en los contratos concesionales. Como la sucesión de fotogramas el restablecimiento del equilibrio debe tener en cuenta el factor tiempo y su incidencia en el indicador económico de la concesión que significa el PEF.

Desde luego, es muy rica la problemática que surge a raíz de todo esto pero me limitaré a suscitar **dos cuestiones muy concretas** y que suelen plantearse con relativa frecuencia. La primera de ellas atañe al punto hasta el cual ha de ser restablecido el equilibrio, porque si la premisa de partida consiste en el mantenimiento de las condiciones económicas tenidas en cuenta a la hora de contratar, la cuestión surge de forma espontánea: ¿puede reclamarse la TIR prevista en el PEF? Entiendo que sí, ya que de otro modo, quedaría frustrado el planteamiento de partida del mantenimiento del equilibrio concesional, aunque lo cierto es que la jurisprudencia consultada al respecto no está muy conforme con esto. Veremos, no obstante, porque el mundo concesional tiene demasiados recovecos como para aceptar soluciones idénticas para todos los supuestos.

La segunda cuestión viene referida al punto hasta el cual debe entenderse eliminado el “*riesgo concesional*” porque el precepto tan solo habla de la

disminución de la demanda conforme a los estudios realizados por la Administración concedente. Como ya se ha visto, la Directiva 2014/23/UE se refiere a una “*exposición real a las incertidumbres del mercado*”, de lo cual se infiere que **si la disminución de demanda o el incremento de costes es consecuencia de una decisión de la Administración, no debería negarse el derecho al restablecimiento del equilibrio**. Eso es tanto más evidente cuando el incremento de costes es imputable a una modificación ordenada por la Administración, que puede repercutir en una bajada de la TIR por el mantenimiento (y no el incremento) de la demanda. Aquí deberían aplicarse los supuestos previstos en los apartados a) y b) del punto 2 del artículo 270 (equivalentes a los del punto 4 del artículo 290) y el restablecimiento del equilibrio debería ser reconocido sin problemas.

Sigo, no obstante, con el análisis de los artículos 270 y 290 de la nueva LCSP que, en ambos casos, se ocupan de los supuestos en donde el contrato resulte extraordinariamente oneroso para el concesionario. Circunstancia que el apartado 4 del artículo 270 trata de la siguiente forma para las concesiones de obra:⁹

4. El contratista tendrá **derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él**, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

a) La **aprobación de una disposición general** por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación **avances técnicos** que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

⁹ El apartado 6 del artículo 290 establece una regulación prácticamente idéntica para las concesiones de servicio:

6. El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un **incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión** por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución **no dará derecho a indemnización alguna** para ninguna de las partes.

Son varios los aspectos a comentar y analizar del apartado transcrito. Para comenzar, que el desistimiento tan sólo se prevé para determinados supuestos que hagan “*extraordinariamente oneroso*” el contrato concesional, por lo que al no recoger la disminución de la demanda tal supuesto debería entenderse excluido. Algo realmente llamativo de la nueva regulación, sobre lo cual se tratará más adelante, porque ahora nos vamos a ocupar de los supuestos específicamente previstos para el desistimiento del contrato. Supuestos que quedan circunscritos a los siguientes:

- Aprobación de una disposición general por Administración distinta de la concedente. Ojo; porque a estos efectos entiendo que la Administración General del Estado (**AGE**) funciona como Administración contratante única. No importa, en consecuencia que se trate de una concesión de un determinado Ministerio y que la disposición general provenga de otro porque ambos forman parte de la AGE.
- Obligación del concesionario de aplicar avances técnicos, lo cual es reconducible a lo que se conoce como “*cláusula de progreso*”.¹⁰

Aquí el legislador se ha quedado sumamente corto en sus previsiones puesto que si bien se impone al concesionario la asunción de los riesgos de demanda, tal supuesto no se reconduce a los casos en los que puede desistir del contrato (cuando como consecuencia de esta disminución, la concesión devenga inviable). Ignoro si esto es un error más del legislador –rogaría que fuese así y se remediase- porque la situación a la que se puede llegar es, simplemente, “*kafkiana*”, habida cuenta de lo que más adelante se avanzará para los supuestos de extinción de la concesión por causa no imputable a la Administración. Porque existen otras situaciones que parecen olvidadas por el legislador, ya que únicamente se contemplan los casos en que procede el restablecimiento del equilibrio y el desistimiento del contrato, reconduciendo el

¹⁰ Vid. La “cláusula de progreso” en los servicios públicos” José Luis Meilán Gil; José Luis Villar Palasí; Editorial [Madrid] Instituto de Estudios Administrativos [1968]

resto al cajón de sastre denominado “*resolución del contrato por causas no imputables a la Administración*”.

En cuanto a las causas (tasadas parece ser) de desistimiento del contrato se podría decir bastante pero me limito a dejar constancia de que contemplan supuestos realmente anómalos y nada frecuentes. Me cuesta esfuerzo pensar en la incidencia de una disposición general en el contrato que haga éste excesivamente oneroso, por la sencilla razón de que los contratos son, por esencia (y raras excepciones) inmunes a los cambios legislativos. La normativa aplicable a los mismos queda “congelada” en el momento de su adjudicación (salvo la de carácter procedimental), de tal modo que las normas posteriores – salvo que así lo indiquen expresamente- no tienen incidencia en los contratos ya celebrados. La excepción a lo dicho tiene lugar cuando en el propio contrato (en su PCAP) se obliga al concesionario a cumplir con normas futuras, lo cual suele limitarse a lo que se conoce como “*cláusula de progreso*”. Pero como quiera que esto último es objeto del apartado b) a mi juicio la norma es redundante en este caso.

Queda por ver, además de lo expuesto, lo que la nueva Ley considera como cumplimiento del contrato “*extraordinariamente oneroso*”, para lo cual acude a un criterio cuya justificación confieso no comprender. El precepto dice que se entenderá que el contrato deviene extraordinariamente oneroso cuando la incidencia de las causas antes indicadas “*supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma*”. Ignoro lo que pretende decir el legislador con esto, pero se presupone que ese incremento de los costes debe conducir, poco menos, que a la ruina de la concesión ya que, de otro modo, no es comprensible que el concesionario reclame el desistimiento del contrato que no le confiere derecho a indemnización alguna. Evidentemente, las cosas no son siempre así y una elevación de costes del 5 % puede ser muy onerosa en algunos casos y en otros no, con lo cual queda en manos del contratista acudir al desistimiento del contrato. Algo que, habida cuenta de las consecuencias que tiene (ahora las veremos sumariamente) hará que solamente se acuda al desistimiento en casos en los que realmente la ruina sea clara.

Este apartado del precepto (artículo 270.4) concluye con la **negación de cualquier derecho a indemnización por daños y perjuicios** cuando el concesionario ejercite su derecho a desistir del contrato, lo cual conduce al último de los aspectos que quiero tratar ahora como es los efectos de la resolución de los contratos concesionales. Y es que aunque la resolución de las concesiones no forme parte del restablecimiento del equilibrio (tema que ahora se aborda) se encuentra estrechamente ligado al mismo teniendo en cuenta los dos siguientes factores:

- Las enormes restricciones que se imponen al restablecimiento del equilibrio concesional, lo cual cercena de raíz las posibilidades de acudir a esta técnica.
- El hecho de que si no resulta posible el restablecimiento del equilibrio y la concesión deviene sumamente onerosa, la única salida consiste en resolver el contrato.

Así las cosas, conviene realizar algunos apuntes (solo eso) acerca de los efectos de la resolución de los contratos concesionales en la nueva Ley que se encuentran en los artículos 280, 281 y 282 para las concesiones de obra y en el artículo 295 para las concesiones de servicios. Anticipo ya que, al igual que en el resto de aspectos las dos regulaciones son prácticamente idénticas y, de hecho, el artículo 295 se remite al 281 para determinar el importe que debe ser satisfecho al concesionario cuando se resuelve su contrato por causas no imputables a la Administración. Pues bien, básicamente el sistema previsto consiste en lo siguiente:

- Solo se reconoce derecho a recuperar el importe de la inversión no amortizada en los casos de resolución del contrato concesional por causas imputables a la Administración (artículo 280.1).
- En los supuestos de resolución por causa imputable al concesionario se procede a la incautación de la garantía y se le impone la obligación de indemnizar por los posibles daños causados a la Administración (artículo 280.2).

A partir de estas premisas (que parecen razonables) la nueva ley parece entrar en un sistema absurdo e irrazonable –no impuesto por la Directiva 2014/24/EU que traspone- porque contempla un tercer supuesto consistente en la resolución del contrato por causas no imputables a la Administración (y se supone que tampoco al contratista). Aquí se produce una de las mayores aberraciones de la nueva Ley por cuanto se suprime la RPA –al menos en apariencia- y se deja al concesionario a los “pies de los caballos” al remitir la liquidación de su contrato al resultado de una segunda o posteriores licitaciones del mismo contrato. Es decir, la experiencia de las autopistas en concurso de acreedores ha pasado factura a la Administración y ahora no quiere saber nada de posibles pagos al concesionario por las inversiones realizadas y no amortizadas.

Para conseguir esta finalidad (que la Administración no tenga que hacer frente a la RPA) el artículo 281 establece que el valor de las inversiones no amortizadas (que es, en definitiva, la RPA) queda reducido al valor de adjudicación del mismo contrato en una segunda licitación cuyo tipo queda determinado en el artículo 282 en la siguiente forma:

a) El tipo se determinará **en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos.**

Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

b) El instrumento de deuda que sirve de base al cálculo de la rentabilidad razonable y el diferencial citados podrán ser modificados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación, para adaptarlo a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.

c) **Los flujos netos de caja futuros se cuantificarán en la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la entidad durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación.** En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. No se incorporará ninguna actualización de precios en función de la inflación futura estimada.

d) El valor de los flujos de caja será el que el Plan General de Contabilidad establece en el Estado de Flujos de Efectivo como Flujos de Efectivo de las Actividades de Explotación sin computar en ningún caso los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos y los cobros o pagos por impuesto sobre beneficios.

e) Si la resolución del contrato se produjera **antes de la terminación de la construcción de la infraestructura, el tipo de la licitación será el 70 por cien del importe equivalente a la inversión ejecutada.** A estos efectos se entenderá por inversión ejecutada el importe que figure en las últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones cursadas desde el cierre del ejercicio de las últimas cuentas aprobadas hasta el momento de la resolución. De dicho importe se deducirá el correspondiente a las subvenciones de capital percibidas por el beneficiario, cuya finalidad no se haya cumplido.

Si esa subasta quedase desierta el tipo de la siguiente (que deberá celebrarse en el plazo de un mes) ha de ser el 50 por ciento de la primera. Y si la segunda licitación quedase desierta **“el valor de la concesión será el tipo de ésta, sin perjuicio de la posibilidad de presentar por el concesionario originario o acreedores titulares al menos de un 5 por ciento del pasivo exigible de la concesionaria, en el plazo máximo de tres meses a contar desde que quedó desierta, un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación, en cuyo caso el valor de la concesión será el importe abonado por el nuevo comprador”.** Eso es a lo que queda reducida la RPA del concesionario, lo cual equivale, casi, a dar al traste con el sistema concesional, porque un contrato en el que ni siquiera se puede recuperar la inversión realizada y no amortizada no resulta ciertamente atractivo. No digamos si no llega a adjudicarse nuevo contrato en cuyo caso debería entenderse reducida a nada lo que equivale a perder todo el valor de la inversión no amortizada.

Queda no obstante una esperanza que me limito a dejar apuntada (para bien de los futuros concesionarios y también de las Administraciones públicas): el legislador ha dejado un “portillo” abierto porque no está nada claro el significado y alcance de los casos de resolución del contrato por causas imputables a la Administración. Una cosa es que el concesionario asuma el riesgo de demanda (a pesar de los estudios realizados por la Administración) y otra que esa demanda se vea alterada como consecuencia, precisamente, de una alteración provocada por la propia Administración. Es decir, si la concesión deviene inviable por un hecho imputable a la Administración, entiendo que puede defenderse que estamos en presencia de una resolución del contrato por causa imputable a la misma, en cuyo caso el concesionario tendría derecho al valor de las inversiones no amortizadas (esto es, a la RPA).

El que quiera entender que entienda...

José Luis Villar Ezcurra

ARIÑO Y VILLAR
Abogados

Serrano, 6 – 5º

28001 Madrid

Tel: +34 915779289

Fax: +34 915781854

www.arinoyvillar.com

Síguenos en: **LinkedIn**