ARIÑO Y VILLAR
Abogados
Serrano, 6 – 5º 28001 Madrid
Tel: +34 915779289
www.arinoyvillar.com
LinkedIn

D. Gaspar Ariño Ortiz (Presidente del Despacho), y Dña. Mónica Sastre Beceiro (Socia del Despacho) participaron el pasado 1 de febrero de 2018 en las Jornadas sobre la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público con incidencia en el sector del agua, que se celebraron en la Fundacion Bancaja de Valencia.

Gaspar Ariño presentó una ponencia sobre la *"modificación del contrato de concesión de servicios"* en el sector de agua donde manifestó que el modelo de regulación de 2017, aunque inspirado en los mismos principios, cambia respecto del 2011. Ya no existe una lista de supuestos habilitantes con límites comunes aplicables a todos ellos, sino que ahora cada uno de los supuestos tiene un tratamiento diferenciado: modificaciones previstas en el pliego y modificaciones imprevistas. Dentro de las **modificaciones previstas** se establece que el contrato podrá modificarse hasta un máximo del 20% del precio inicial, *sin que ello suponga en ningún caso "alterar la naturaleza global del contrato". Se entenderá que se altera la naturaleza global si se sustituyen las obras, suministros o servicios por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. Por el contrario, no se entenderá que se altera la naturaleza global cuando únicamente se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual*".

Aparece en este artículo, un término jurídico –*"naturaleza global del contrato"*- desconocido en el Derecho español, de carácter indeterminado, que la Ley ha tratado de precisar en dos supuestos (cambio de objeto o de tipo de contrato). Pero ambos casos se prestan a gradaciones y modalidades diferentes que habrá que precisar, tanto respecto a la alteración del objeto como del tipo de contrato.

En cuanto a las **modificaciones no previstas**, se pronunció sobre los límites cuantitativos y los porcentajes máximos de variación que la norma permite respecto al precio inicial del contrato. El artículo 205 LCSP establece, tanto para las obras complementarias (antiguos adicionales) como para las modificaciones derivadas de circunstancias imprevisibles el límite del 50% del precio del contrato primitivo; también se establece el mismo límite cuando como consecuencia de la introducción de nuevas unidades de obra el importe de éstas conlleve un aumento del 50% del presupuesto inicial del contrato, porque significaría que se ha producido en efecto una alteración del equilibrio económico en beneficio del contratista de manera no prevista en el contrato (lo que implica una modificación sustancial y por tanto inaceptable). Por el contrario, para que la modificación no se considere sustancial es preciso que no amplíe "el ámbito del contrato", lo que se considerará que sucede si lleva consigo una alteración de la cuantía en más del 15% (en el contrato de obras) o del 10% (en los demás contratos) o bien que con la modificación se supere el umbral de contratos sujetos a legislación armonizada, lo cual resulta poco coherente.

Finalmente, ARIÑO hizo referencia al sentido de tres expresiones jurídicas que aparecen en los artículos 204 y 205, cuyo alcance hay que delimitar. Son las expresiones "*naturaleza global*", del artículo 204, expresión nueva en nuestro Derecho; también las expresiones "*contrato de naturaleza materialmente diferente*" y "*ámbito del contrato*". Las tres pueden tener interpretaciones varias, pero están básicamente referidas a dos variables: el tipo de contrato (de obra, de concesión, de servicio puro) y el tipo de obra (carretera o ferrocarril, en superficie o subterránea, continua o discontinua, etc.) que debe quedar bien identificada en el proyecto y debe mantenerse en sus características básicas. Si se alteran, hay que ir a un nuevo contrato, porque esto no sería nunca "*imprevisible*", sino un cambio de contrato y de criterio, no admisible entre los supuestos del artículo 205, como tampoco una alteración de la cuantía de más de un 50%. Bien entendido que estas dos variables pueden dar lugar a interpretaciones diferentes.

Mónica Sastre intervino con la ponencia titulada "*El equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de servicios"* en el sector del agua donde analizó los supuestos que dan derecho al restablecimiento económico cuando: i) la Administración realice una modificación del contrato con las condiciones previstas en los artículos 203 y 207 de la LCSP, ii) Cuando actuaciones de la Administración concedente (antes cualquier Administración) por su carácter obligatorio para el concesionario determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. SASTRE señaló la indeterminación del concepto **ruptura sustancial**, ya que no hay criterios unánimes en la jurisprudencia del TS y AN sobre el porcentaje y la base que debe de aplicarse. Entendió que de acuerdo con la STS de 27/10/2009 los índices de referencia deben de utilizarse sólo en "defecto de mejor criterio", debiendo estar a cada caso para analizar si ha habido un desequilibrio importante o significativo.

La Doctora Sastre hizo referencia a la eliminación del derecho al equilibrio económico-financiero del riego de demanda de servicios del agua, de conformidad con el art.5.1 de la Directiva de concesiones. Advirtió que la transferencia al concesionario es únicamente de "***un*** *riego operacional*" (no todo) y ni siquiera un riesgo operacional sustancial (expresión que estaba en la propuesta de Directiva y que posteriormente fue suprimida) ni significativo sino únicamente "*una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida real estimada en que incurra el concesionario* ***no es meramente nominal o desdeñable*****".** El riesgo operacional escapa al control de las partes y supone sometimiento a las incertidumbres del mercado**.**

La transferencia del riesgo operacional incluye: ***Riesgo de demanda****,* de la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato (variación de la demanda, mayor o menor de la esperada cuando se firmó el contrato, del ciclo de negocios, tendencias del mercado, la competencia de otros operadores, la adaptación a los avances tecnológicos) y el ***Riesgo de suministro***, el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato o ambos riesgos. El riesgo que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, como por ejemplo, si por un exceso de demanda se agota el servicio, hay una denegación de uso o no se cumplen los estándares de calidad. Corresponde a los PCAP y PPT regular la «distribución de riesgos» entre Administración y concesionario, pero hay que tener en cuenta que los pliegos son redactados por el Órgano de contratación, luego se deja en sus manos, el reparto del mismo.

Se reconoce el derecho a desistir del contrato cuando el concesionario deba incorporar a las obras o su explotación avances tecnológicos que se hayan producido son posteridad a la formalización del contrato que lo hagan extraordinariamente oneroso. Debido a la duración de las concesiones la continua adaptación a los cambios tecnológicos puede llevar a elevados sobrecostes, que la única salida que se da al concesionario es a renunciar al contrato sin indemnización.

Se elimina del derecho al reequilibrio económico-financiero «el riesgo de demanda» de conformidad con la Directiva 2014/23/UE, en cuyo artículo 5 se dice lo siguiente:

«*La adjudicación de las concesiones de obra 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 considera que el concesionario asume el 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 contratado para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. Manifestó que por "*condiciones normales de funcionamiento*" hay que entender condiciones normales del

mercado, considerando que está excluido el alea extraordinario o situaciones imprevisibles que darían lugar al derecho al equilibrio económico financiero (como se recoge en el artículo 127 del RSCL). En este sentido, los informes de la Junta Consultiva de la C.A Aragón 8/2013 y 24/2013 han entendido que la crisis económica con la consiguiente disminución del número de usuarios en una concesión de gestión de residuos puede ser considerada causa o riesgo imprevisible susceptible de generar el correspondiente derecho al reequilibrio económico-financiero del mismo. Y la sentencia del TS de 23/03/2013 contempla el derecho al reequilibrio porque el consumo del agua es inferior al previsto en el pliego.

Siguiendo lo dispuesto en la STJUE de 10/03/2011 (*Privater Rettungsdient*) se distinguió el riesgo operacional del riesgo y ventura que son propiamente los riesgos vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador, etc.

Se hizo referencia a las diferencias en la retribución entre la concesión de obra y servicio, ya que en la primera se recoge los «*pagos por disponibilidad*» ofrecida por el concesionario independiente de la demanda (sin riego de demanda) y/o utilización por los Usuarios (Art.267.4 LCSP). El riesgo de disponibilidad consistente en que basta tener la autopista en condiciones de ser usada en las condiciones de cantidad y calidad fijadas en los pliegos. Ya en la Ley de concesiones de 2003 el concesionario asumía riesgos de la inversión realizada. Por el contrario, en la concesión de servicios la retribución viene fijada «*en función de su utilización*» que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración. No se admiten pagos por disponibilidad (Art.289 LCSP).

En relación a las medidas para el restablecimiento económico destacó la posibilidad de ampliación del plazo por un periodo que no excede de 15 por 100 de su duración inicial, respetando los plazos máximos legales, antes era únicamente de un 10 por 100 de la duración inicial (art.282 del TRLCSP de 2011). Hay que tener en cuenta que el plazo máximo legal se reduce a cuarenta años (frente al tope de cincuenta años previstos en la legislación actual), cuando la concesión comprenda la ejecución de obra y la explotación del servicio.

Finalmente, se criticó que no exista derecho al reequilibrio económico-financiero cuando hay un incumplimiento de las previsiones de demanda recogidas en el estudio de la Administración. Se prevé que en los contratos de concesión el estudio de viabilidad económico-financiera tendrá carácter vinculante en los supuestos que concluyan la inviabilidad el proyecto. A sensu contrario, no tendrá carácter vinculante en los supuestos de viabilidad del proyecto, luego el riesgo de la inadecuación de las previsiones con la realidad lo asume el concesionario. En resumidas cuentas, en esta materia la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha sido más restrictiva para el concesionario que la propia Directiva de concesiones.