

RIESGO Y VENTURA EN LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

SUMARIO: 1. La concesión de obra pública. 2. «Riesgo y ventura» o «equilibrio económico-financiero» como características de la concesión de servicio público. 3. «Riesgo y ventura» en la concesión de obra pública.

1. LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas incorpora un nuevo instrumento para la financiación y construcción de obras públicas. Así, junto a la construcción mediante un contrato administrativo de obras con financiación de la Administración y a la construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio (financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración)¹, la citada Ley vuelve a poner en primera línea la figura de la concesión de obra pública, donde la construcción y explotación de la obra pública corren a cargo de los particulares que se van a retribuir no tanto por precio pagado por la Administración como por pago de los usuarios al utilizar la infraestructura.

Esta Ley ha acometido una regulación con pretensiones de generalidad de una figura tradicional del Derecho Administrativo. Su papel en la construcción de obras públicas durante el siglo XIX es bien conocido, especialmente en lo que hace referencia a los ferrocarriles. Más recientemente, la sectorialización de este instrumento se ejemplifica en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas y en la Ley de Aguas, donde se prevé el contrato de conce-

¹ Art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

sión de obra hidráulica, manifestando la imposibilidad de subsumir la concesión de obra pública bien en el contrato de obra, bien en el de gestión de servicios públicos.

El nuevo apartado primero del artículo 220 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas define la concesión de obra pública de la siguiente manera: «Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel 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».

La necesidad de singularización de la nueva figura introducida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con otras figuras contractuales en las que se pretendió subsumir viene expresada por la Exposición de Motivos como sigue: «La regulación del contrato de obras identifica éstas más como actividad que como resultado, de ahí el plural utilizado en la denominación del contrato, si bien la «obra pública», en sentido estricto, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto aprobado por la Administración. En la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas, la obra pública, como realidad tangible que admite la posibilidad de su explotación económica, constituye el principal factor para definir su objeto, factor al que se unirá el interés que la construcción de la obra merezca a la Administración concedente. En este punto, conviene asimismo precisar que la obra cobra su cabal significado para posibilitar el contrato cuando es susceptible de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios varios de interés público, incluido el que pueda desprenderse de su propia naturaleza cuando se destine al general uso o aprovechamiento».

Así pues, la obra constituye el principal aspecto de la concesión de obra pública en la medida en que determina los derechos y obligaciones de la Administración y del contratista. Sin embargo, antes de la Ley 13/2003 el concepto de concesión de obra pública venía caracterizado por la contraprestación del contratista de obra pública que se retribuía explotando mediante concesión la obra por él realizada, mientras que con la nueva regulación la concesión de obra pública se caracteriza por la explotabilidad de la obra pública, desligándola incluso de la realización de esta última, pues la concesión de obra pública pasa de ser una obligación de resultado a una obligación de actividad vinculada a la obra pública.

En realidad, del nuevo concepto de concesión de obra pública se desprende que la prestación a la que se obliga el contratista puede ser triple: la realización de una obra pública, la explotación de una obra pública o la realización y explotación de una obra pública.

No obstante, la esencia del instituto concesional radica en el riesgo y ventura que asume el concesionario en la explotación tanto de un servicio público como de una obra pública. En este punto, la regulación que lleva a cabo la Ley 13/2003 de la concesión de obra pública puede suponer una desvirtuación de este principio. Aunque lo cierto es que el mismo ya había experimentado una evolución igualmente preocupante en el seno de la concesión de servicio público. De ahí que, a continuación, emprendamos una explicación de esta última, para posteriormente acometer un análisis de los elementos más importantes de la concesión de obra pública en este apartado tan esencial.

2. «RIESGO Y VENTURA» O «EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO» COMO CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La esencia de la concesión radicaría en depositar sobre el concesionario la aleatoriedad (el *aleas*) de la explotación, la cual se hace a su riesgo y ventura. Si la gestión es deficitaria, las consecuencias negativas recaerían exclusivamente sobre el concesionario, mientras que si es exitosa, las consecuencias positivas redundarían igualmente sobre él.

Esta posibilidad de lucro industrial es la que hace posible recurrir al mercado para la realización de actividades, lo que presupone, evidentemente, que estas actividades sean de tal naturaleza que permitan, al menos potencialmente, un enriquecimiento del empresario como fruto de su gestión. De ahí, en suma, que se trate de actividades o servicios industriales o comerciales.

En realidad, el principio de riesgo y ventura no es específico de la concesión, sino que ésta lo toma del contrato de obra. En efecto, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, «la esencia de este contrato está en su configuración como una *locatio operis*, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del *riesgo y ventura*, que en un momento se creyó ser propio de la contratación administrativa y que no es sino la expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado»². Según estos mismos autores, la expresión *riesgo y ventura* venía a significar tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autorizaba al contratista a desligarse del contrato, que no le daba derecho a pretender una modificación correlativa del precio de las tarifas fijadas y que los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista³. Finalmente, «el principio de riesgo y ventura se ha extendido también a otros contratos administrativos configurados sobre el esquema causal de la *locatio operis*, como la concesión»⁴. Según la jurisprudencia, «por ries-

² GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 714.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso... op. cit.*, p. 731.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso... op. cit.*, p. 715.

go y ventura en la contratación ha de entenderse que el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un *riesgo*, a un evento punible y dañoso y corre el albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda, como dijo la STS de 2 de enero de 1982, lo cual revela que entraña la idea clara de referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes y ello elimina lo que provenga de su propio actuar»⁵.

Sin embargo, la inspiración comercial del principio de riesgo y ventura cede progresivamente a la luz del objeto de la concesión de servicio público, hasta el punto de caracterizar a la concesión por el equilibrio económico-financiero que determina la concepción de las relaciones entre Administración concedente y concesionario privado no como un mero intercambio sino como una colaboración para la consecución de un mismo fin⁶. Este principio de garantía del equilibrio financiero, alumbrado en el seno de la concesión, se erigirá posteriormente en un criterio general de la contratación administrativa, modulado según las distintas figuras⁷.

En efecto, el equilibrio financiero de la concesión administrativa, por alteraciones derivadas tanto del *factum principis* como de la denominada teoría de la imprevisión⁸, se erige para la jurisprudencia en principio básico de la figura concesional⁹. Más aún, mientras los contratos administrativos se regirían por el citado principio de riesgo y ventura del contratista, las concesiones se caracterizarían frente a aquellos por el principio de equilibrio financiero¹⁰.

El «equilibrio económico-financiero» es un concepto jurídico indeterminado al que cabría atribuir un único significado, real, consistente¹¹ en la búsqueda, en la medida de lo posible, de «una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas», ventajas y obligaciones que «deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles», pues «en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige», que «es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión». Para la jurisprudencia, los Jueces y Tribunales coadyuvan a alcanzar ese único significado, pero «al hacerlo, han de seguir criterios de

⁵ STS de 31 de marzo de 1987:

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso... op. cit.*, p. 718.

⁷ Vid. ARIÑO, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.

⁸ Numerosas son las sentencias al respecto: 13 de enero de 1958, 24 de noviembre de 1962, 1 de abril de 1981, 8 de abril de 1981, 13 de abril de 1981, 22 de octubre de 1981, 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 14 de octubre de 1982 ó 9 de octubre de 1987.

⁹ SSTS de 6 de junio de 1975, de 11 de julio de 1978, de 23 de diciembre de 1980, de 23 de noviembre de 1981, de 5 de marzo de 1982, de 1 de marzo de 1983, de 3 de enero de 1985, de 11 de junio de 1986 y de 22 de febrero de 1988.

¹⁰ STS de 6 de marzo de 1999.

¹¹ *Conseil d'État*, arrêt 11 mars 1910, *Cie. Française des Tramways (arrêt Blum)*, continuados por arrêts de 3 de diciembre de 1920, de 9 de marzo de 1928 y de 10 de abril de 1935.

legalidad derivados de datos contrastados y reales, no conjeturas que pueden resultar razonables desde una perspectiva puramente particular, pero que no por derivar de un órgano investido de jurisdicción pueden sobreponerse a las conclusiones, igualmente razonables, a las que hayan llegado ponderadamente las Administraciones públicas a las que pertenezca la titularidad del servicio concedido o que resulten implicadas en el control de las vicisitudes financieras de su prestación»¹².

El fundamento del equilibrio económico-financiero de la concesión se encontraría en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquella¹³. De ahí que la observancia del mismo no sea una potestad discrecional de la Administración, sino un deber de la misma para mantener, en todo caso, el equilibrio económico, sin el cual la concesión no podría subsistir¹⁴.

Otra línea jurisprudencial lo sitúa, además, en la contractualidad de la concesión. La causa sería, pues, el restablecimiento de la justicia conmutativa con la equiparación de las respectivas contraprestaciones en la indemnización al contratista por los daños y perjuicios, pues amén de constituir expresión del principio de equilibrio financiero, es también expresión del principio de regularidad y precisión jurídica recíproca de toda base contractual¹⁵.

Esta última orientación quizás no sea la más adecuada, pues la correcta fundamentación del equilibrio económico-financiero no radicaría en la naturaleza contractual de la relación jurídica, sino en la potestad exorbitante de la Administración para alterar unilateralmente el contenido de la relación jurídica que produce un menoscabo en el particular y en la necesidad, por encima de todo interés de parte, de asegurar el interés público frente a circunstancias imprevistas. Más aún, el principio de equilibrio económico-financiero no es una atenuación del riesgo y ventura, que sí que es contractual, pues cuando dos partes contratan, cada una espera obtener un determinado beneficio; si posteriormente, y respetado el marco jurídico original, una de ellas no obtiene ese beneficio, el perjudicado no puede exigir compensación alguna.

Y es que ambos principios –«riesgo y ventura» y «equilibrio económico-financiero»– no son incompatibles. El mantenimiento del equilibrio financiero constituye una fórmula, en todo caso, excepcional¹⁶, en el sentido de que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros al Erario público en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales¹⁷. Así lo ha expresado la jurisprudencia de forma clara: «Se llega a

¹² STS de 21 de febrero de 1998.

¹³ STS de 29 de junio de 1990.

¹⁴ SSTs de 25 de enero de 1982, de 10 de febrero de 1982, de 3 de julio de 1984 y de 11 de junio de 1986.

¹⁵ SSTs de 2 de marzo de 1999 y de 10 de febrero de 1999.

¹⁶ STS de 17 de julio de 1991.

¹⁷ STS de 9 de octubre de 1987.

pretender un equilibrio económico «en todo caso»... lo que ha sido puesto en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado «el alea normal del contrato», es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un «desequilibrio», y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa una interpretación que conduce al absurdo»¹⁸.

Por lo demás, el equilibrio económico-financiero rige también en beneficio de la Administración, pudiendo establecerse en el pliego de condiciones un mecanismo periódico de revisión del canon, aplicable aunque se hayan mejorado las condiciones inicialmente ofertadas, y que jugaría independientemente al mecanismo de revisión de tarifas. Una interpretación distinta contrariaría –para la jurisprudencia– los principios de reciprocidad, conmutatividad, de equivalencia de prestaciones, el de rendimiento económico para la Administración y el de proporcionalidad¹⁹.

El restablecimiento del equilibrio económico-financiero debe seguir su procedimiento, sin que el concesionario se arrogue unilateralmente la potestad de decidir cómo y cuánto debe compensar. De ahí, por un lado, que no sea lícito que el concesionario se niegue a pagar una tasa²⁰; y, por otro, que en sede jurisdiccional, normalmente, se declare no el derecho a obtener la revisión del canon, sino a que se inicie expediente de revisión.

Las causas de ruptura del equilibrio económico-financiero que obligan al restablecimiento del mismo son el ejercicio del *ius variandi* (que supone la alteración por la Administración concedente de las condiciones originales en que se estructuró el objeto de la concesión), el *factum principis* («medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole más oneroso para el contratista sin culpa de éste»²¹) y la denominada «teoría de la imprevisión».

¹⁸ STS de 24 de abril de 1985.

¹⁹ STS de 28 de julio de 1998, dictada respecto a una concesión demanial (concesión para aparcamiento subterráneo), pero fácilmente trasladable a la concesión de servicio. A este respecto, hay que destacar que el artículo 103 del Texto Refundido LCAP no excluye al contrato de gestión de servicios públicos de la revisión de precios, por lo que se le puede aplicar el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre revisión de precios en los contratos del Estado y Organismos Autónomos. Y es que, aunque la Disposición derogatoria única 1.e) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas deroga este Decreto-Ley, mantiene, no obstante, su vigencia con carácter reglamentario para los contratos sujetos a revisión según el citado artículo 103 del Texto Refundido LCAP, siendo así que el mecanismo de revisión del Decreto-Ley tenía carácter bilateral: cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso... op. cit.*, p. 740.

²⁰ STS de 5 de julio de 1997.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso ... op. cit.*, p. 733.

El *factum principis* se confunde frecuentemente con el poder de modificación unilateral y puede ser considerado desde un doble punto de vista²²: en sentido estricto, comprende toda actividad de la Administración contratante basada en competencias extra-contractuales y susceptible de afectar de manera indirecta la ejecución del contrato, pues si la incidencia fuese directa por adoptarla la Administración en orden a la ejecución del contrato, se trataría del ejercicio del poder de modificación del contrato; y en sentido lato, el *factum principis* abarca igualmente la actividad de otros poderes públicos, extraños a la relación contractual, que pueda afectar la ejecución del contrato, y que la doctrina ha catalogado más bien como «teoría de la imprevisión».

Nuestra jurisprudencia lo ha dicho de forma meridiana: la Administración debe «compensar económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que mandare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución y revisar las tarifas y subvenciones cuando aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren en cualquier sentido la ruptura de la economía de la concesión»²³.

Así pues, la ruptura del equilibrio económico-financiero debe venir dada por un riesgo imprevisible, imprevisibilidad que no se da, por ejemplo, cuando se prevén en el pliego de condiciones los hechos (como un determinado aumento de salarios y de precios dentro de un montante), pues en tales casos no se trata de un supuesto de aparición de circunstancias imprevisibles, sino de revisión del canon por causas «previstas» en el pliego de condiciones²⁴.

El instrumento ordinario utilizado para equilibrar de nuevo el régimen económico-financiero de la concesión es la *revisión de tarifas*, que debe incluir no sólo los incrementos de gastos derivados de distintos aumentos de precios y salarios, sino también el porcentaje de beneficios pertinente para sostener la rentabilidad de la concesión²⁵. Evidentemente, esa revisión de las tarifas debe partir de un adecuado establecimiento original de las mismas en orden a la autofinanciación del servicio, a fin de que las elevaciones que se acuerden sean las normales y no encuentren su origen en una gestión desafortunada, imputable al concesionario, por haber actuado más allá de las normas razonables de explotación económica²⁶.

Por lo demás, la revisión de las tarifas no puede hacerse con efectos retroactivos. En primer lugar, eso sería contrario al principio general de irretroactividad de los actos administrativos, pues el artículo 57 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sólo excep-

²² Cfr. YANNAKOPOULOS, C., *La notion de droit acquis en droit administratif français*, LGDJ, Paris 1997, p. 69.

²³ STS de 29 de junio de 1990.

²⁴ STS de 28 de mayo de 1999.

²⁵ STS de 17 de octubre de 1983. Así se recoge, por ejemplo, en el artículo 126.2 b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (STS de 14 de febrero de 1986).

²⁶ STS de 6 de marzo de 1999.

túa a los actos que se dicten en sustitución de actos anulados (que no es el caso, por definición) y a los que produzcan efectos favorables al interesado, pero siempre que la retroacción «no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas», lo cual concurriría en este caso por cuanto se repercutiría la retroactividad en perjuicio de los usuarios. En segundo lugar, el artículo 9 de la Constitución consagra el principio de irretroactividad que, pese a venir referido primordialmente a las disposiciones sancionadoras, la jurisprudencia interpreta que extendería su acción, sin duda, «a todas aquellas disposiciones gravosas para los ciudadanos»²⁷, cual sería una aplicación retroactiva de las tarifas. En tercer lugar, el principio de equilibrio económico-financiero no determinaría la retroactividad de las tarifas, pues existen otros medios, fundamentalmente la indemnización.

En efecto, donde no llega la revisión de tarifas, entra en juego la indemnización. En este sentido hay que entender la expresión jurisprudencial de considerar a la indemnización como el «mecanismo normal»²⁸ de restablecimiento del equilibrio financiero, y que procede, según decíamos, cuando una vez llevada a cabo la revisión de tarifas persiste un desequilibrio financiero en la concesión²⁹.

3. «RIESGO Y VENTURA» EN LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Para comprender adecuadamente el alcance del principio de riesgo y ventura que asume el contratista, es preciso igualmente explicar con carácter previo la contraprestación que recibe aquel.

3.1. Contraprestación del concesionario de obra pública

El art. 220.1 LCAP, al definir la concesión de obra pública, señala que se reconoce «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». Más adelante, el artículo 225 LCAP desarrolla la «retribución del concesionario» y establece que éste «será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario».

El derecho de explotación traslada al concesionario la responsabilidad de esa explotación y la ejecución de las inversiones necesarias para que la obra pueda, de for-

²⁷ STS de 14 de febrero de 1986.

²⁸ STS de 11 de febrero de 1983.

²⁹ STS de 14 de febrero de 1986.

ma útil, ponerse a disposición de los usuarios, la carga de la amortización de la obra, los riesgos vinculados a cualquier construcción y los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento.

Para EMBID IRUJO y COLOM PIAZUELO «constituye un elemento esencial del contrato de concesión de obras públicas el reconocimiento de la explotación de la obra construida y que no sería posible configurar como tales contratos de concesión aquellos contratos en los que la contraprestación del concesionario sea una cantidad líquida determinada. A estos efectos se considera equivalente a la cantidad líquida la entrega de derechos sobre el dominio público que sean susceptibles de valoración económica no por su explotación, sino por como tal derecho»³⁰.

Es desde la perspectiva de la contraprestación que percibe el concesionario que puede apreciarse con mayor nitidez el cambio radical que se ha operado en la figura de la concesión de obra pública tal y como venía regulada antes de la Ley 13/2003 y las diferentes prestaciones que pueden constituir el objeto de la concesión de obra pública. Los autores anteriormente citados lo expresan claramente: «al aludir a los contratos de concesión que tuvieran como objeto exclusivo la construcción de obras o la construcción y la explotación, el contrato puede tener como finalidad principal la realización de la obra. En este caso, el principio que inspira la contraprestación es otorgar al concesionario el equivalente económico por las actuaciones hechas a su cargo; de esta forma, el plazo y las condiciones técnicas y económicas de la explotación que se entrega están determinados por la aplicación de dicho principio. En cambio, el contrato puede tener una doble finalidad: la construcción de una obra y su gestión por una empresa. En este supuesto hay dos prestaciones independientes a cargo del concesionario, por las cuales percibe como contraprestación la explotación de la obra. Por tanto, la duración y condiciones de la gestión de la obra no se encuentran vinculadas al hecho de que el concesionario ha realizado la obra, sino que la Administración las configurará autónomamente. Es decir y examinando este último caso desde la perspectiva de la contraprestación, el concesionario recibirá como contraprestación la explotación de la obra, pero al cuantificar el valor económico de la misma se tomará como referente la necesidad de retribuirle tanto por haber construido una obra como por gestionar la obra»³¹.

Dentro del plan económico de la concesión juega un papel fundamental a efectos de la «contraprestación», en sentido amplio, que recibe el concesionario la novedad introducida por esta Ley de incluir igualmente la explotación de las zonas comerciales integradas en la economía de la concesión.

Por último, en lo que concierne al régimen económico-financiero del contrato resulta de importancia capital el plazo por el que se concede la concesión. Dicho plazo podrá comprender 40 años, para las concesiones de construcción y explota-

³⁰ EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E., *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Aranzadi, 2003, p. 93.

³¹ EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E., *Comentarios a la Ley... op. cit.*, p. 95.

ción, y de 20 años (motivando por qué es mayor de quince) para las concesiones de explotación de obra pública. En ambos casos se podrá ampliar para restablecer el equilibrio económico del contrato, como más adelante veremos.

3.2. Riesgo y ventura en la concesión de obra pública

La afirmación del principio de riesgo y ventura como informador de la concesión de obra pública se encuentra por doquier en el régimen jurídico de ésta. Así, el artículo 220.2 LCAP proclama ya desde el principio que «la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración».

El carácter esencial de este principio viene aún más explicitado en la Exposición de Motivos cuando se indica que «reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación». No obstante, a continuación pretende justificar las matizaciones y excepciones al mismo: «Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado. Debe destacarse, sin embargo, que la asunción de riesgo en «proporción sustancial» por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación».

Estas excepciones o modulaciones del principio de riesgo y ventura en la concesión de obra pública fueron precisamente uno de los puntos sobre los que más incidencia hizo el crítico dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001 cuando instó a «evitar que el riesgo de la gestión concesional se traslade a la Administración pública en virtud de interpretaciones extensivas y aplicaciones inadecuadas de las que pueda seguirse un aseguramiento público y generalizado de tales riesgos». A pesar de estas advertencias, el régimen de ayudas públicas y la regulación del equilibrio financiero, tal y como están previstos en la normativa, pueden efectivamente desvirtuar el aspecto más esencial de la concesión de obra pública.

3.3. «Riesgo y ventura» y financiación pública

En diferentes momentos del articulado se prevé la posibilidad de financiación pública. La Ley justifica esta posibilidad en razones de rentabilidad económica o so-

cial o concurrencia de singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión. En tales casos, la Administración podrá también aportar recursos públicos para la financiación de la misma, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos, siempre en el marco de las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, invocándose una vez más el respeto en todo caso del principio de asunción de riesgo por el concesionario (art. 224.3 LCAP).

Tres son los posibles ámbitos de esta financiación pública:

A) Aportaciones públicas a la construcción de la obra (art. 245 LCAP). Estas aportaciones pueden verificarse durante la fase de ejecución de las obras (en cuyo caso podrán consistir en la ejecución de parte de la obra por cuenta de la Administración o en su financiación parcial: art. 236.2 LCAP), una vez concluidas aquellas o al término de la concesión. El importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. También podrá esta financiación consistir en aportaciones no dinerarias de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si se tratare de bienes inmuebles, éstos se entregarán al concesionario para su integración en el patrimonio afecto a la concesión y revertirán a la Administración al extinguirse la concesión.

B) Retribución por la utilización de la obra (art. 246.4 LCAP). La retribución por la utilización de la obra, que normalmente recae sobre los usuarios particulares al abonar las tarifas, puede excepcionalmente ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Es lo que se conoce como «peaje en sombra» y que irá en función de la frecuentación.

C) Aportaciones públicas a la explotación de la obra (art. 247). Este precepto es sin duda alguna el más polémico por cuanto permite que la Administración otorgue al concesionario una serie de aportaciones con el fin de garantizar la «viabilidad económica» de la explotación de la obra. Esas aportaciones pueden ser:

- 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;
- ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.

Viabilidad económica y umbral mínimo de rentabilidad son los conceptos jurídicos indeterminados clave para llevar a la desaparición del principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato. Para EMBID y COLOM «esta obsesión nos parece que llega a negar, de raíz, la existencia del principio de riesgo y ventura, pues si deben existir ayudas públicas hasta conseguir tal rentabilidad, el concesionario sabe que durante la «explotación» esa rentabilidad está garantizada, lo que hace desaparecer cualquier elemento aleatorio de la misma»³².

3.4. «Riesgo y ventura» y «equilibrio económico-financiero» en la concesión de obra pública

La regulación del equilibrio económico-financiero de la concesión de obra pública pretende conciliar el interés del concesionario en lucrarse con el interés público de disponer de una infraestructura pública que es utilizada por los ciudadanos. La Exposición de Motivos destaca el cambio que opera esta Ley en este aspecto, aunque, como hemos visto más arriba, ya había sido afirmado por la jurisprudencia. Según aquella, la interpretación tradicional del principio se había hecho siempre de forma favorable al concesionario, «hasta conseguir incluso que el riesgo del mismo desapareciera en ocasiones. Para que la concesión conserve su naturaleza, el equilibrio económico contractual deberá recomponer –cuando se altera por las causas tasadas que la Ley establece– el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. El equilibrio deberá reestablecerse, 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».

Así, el reequilibrio puede igualmente jugar en beneficio de la Administración o, mejor dicho, de los usuarios. Tal y como explica con un ejemplo la Exposición de Motivos, «un incremento de la utilización de la obra de carácter extraordinario, que fuera más allá de las previsiones del plan económico-financiero concesional, debe fundamentar los oportunos ajustes para evitar que el usuario, al que corresponde en última instancia la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o canon desproporcionados, con quebranto manifiesto de la equidad. Para ello se prevé (...) que el concesionario quede contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para cada concesión, de suerte que, si no se alcanzara el primero o se sobrepasara el segundo durante el período que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato». Y culmina el Legislador afirmando que «esta interpretación del equilibrio económico del contrato constituye una de las opciones capitales que inspiran la nueva regulación de la concesión de obras pú-

³² EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E., *Comentarios a la Ley... op. cit.*, p. 171.

blicas, en sintonía con la naturaleza y finalidad de la institución y la ponderada distribución del riesgo».

Es el artículo 248 LCAP el que regula el «mantenimiento del equilibrio económico del contrato». La conciliación del interés general y del interés del concesionario, en el marco de las condiciones económicas consideradas en el momento de la adjudicación de la concesión, obliga a restablecer el equilibrio del contrato en los supuestos que ya conocemos: cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra; fuerza mayor, tal y como se recoge en el artículo 144 LCAP; actuaciones de la Administración determinantes directamente de la ruptura sustancial de la economía de la concesión; supuestos previstos en el propio contrato.

Mayor trascendencia pueden tener las medidas para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, las cuales podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Lo más trascendente, por supuesto, es la ampliación discrecional del plazo de la concesión, pues si el límite máximo de la concesión de construcción y explotación de obra pública es en principio de 40 años, el restablecimiento del equilibrio económico de la misma ampara su extensión temporal hasta los 60 años. Y en el supuesto de concesión de explotación de obra pública, si el límite se fijaba en 20 años, en este caso se podrá ampliar hasta los 25 años.

Aunque no incluido en el apartado específico del equilibrio económico de la concesión, también hay que situar aquí la corrección que prevé la Exposición de Motivos en caso de que el equilibrio juegue igualmente en beneficio de la Administración e, indirectamente, de los usuarios. Para ello en el nuevo articulado se establecen previsiones sobre la actualización de las tarifas contenidas en los pliegos de condiciones. «Para ello se prevé, en virtud de lo previsto por el artículo 233.1. d), que el concesionario quede contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para cada concesión, de suerte que, si se sobrepasaran dichos niveles durante el período que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato»³³.

³³ SANZ GANDASEGUI, F.: «El concepto de contrato de concesión de obra pública» en *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas* (Dir. A. MENÉNDEZ), Civitas, Madrid 2003, p. 105.