

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

Informe 2/2013, de 3 de octubre, sobre restablecimiento del equilibrio económico en contrato de concesión de obras públicas.

I.- ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Torrox dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en petición de informe con el siguiente texto:

“Este Ayuntamiento en el año 2006 adjudicó un contrato de concesión de obra pública para construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, cuyo presupuesto de ejecución material se elevó a 7.405.525,11 €.

Puesto en funcionamiento la explotación del Servicio en el ejercicio 2008 los resultados en los ejercicios 2009 a 2012 han sido los siguientes

<u>Ejercicio</u>	<u>Ingresos Previstos</u>	<u>Ingresos Reales</u>	<u>Diferencia</u>
2009	395.578	155.580	-239.997
2010	433.689	191.276	-242.412
2011	517.526	169.475	-348.050
2012	565.035	151.523	-413.507

Ante esta situación, como consecuencia de la crisis económica financiera generalizada, se ha solicitado en el presente ejercicio por el concesionario el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, para garantizar la continuidad, viabilidad y sostenibilidad de la concesión.

Los servicios jurídicos del Ayuntamiento han entendido, mediante informe evacuado al respecto, la procedencia de la restauración del equilibrio económico de la concesión conforme a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RD 2/2000, de 16 de junio, con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, por cuanto fue la norma vigente durante la adjudicación del contrato (arts. 225, 227, 230, 233, 242 y 248), clausulado del propio Pliego de Condiciones económico-administrativas que rigió la concesión (cláusula 3, 9, 27, 28 y 31) y, sobre todo, por la oferta realizada por el concesionario, al entender que esta también constituye base de la relación contractual, por cuanto el contrato fue adjudicado por procedimiento negociado, como consecuencia de haberse declarado desierto el concurso anterior convocado al efecto. En la referida oferta o proposición, en el plan económico financiero presentado por el concesionario, se contenía la cláusula literal siguiente:

“Cuando la rentabilidad de la concesión no alcance una TIR (Tasa interna de rentabilidad) = al 8,51% o la supere en el 10% del TIR, será necesario restablecer el equilibrio económico de la concesión.



- Si no se alcanza una TIR 8,51% se solicitará al Ayuntamiento una prórroga en el plazo de la concesión según lo previsto en la cláusula 3 del Pliego de Condiciones económico-administrativas que textualmente dice: “Excepcionalmente se admitiría una prórroga de hasta 20 años más, siempre que venga motivada por la necesidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los casos y términos previstos en el Pliego”.

- Si la TIR es superior al 9,47% se propondrá un canon o mejoras equivalentes relacionadas con el objeto de la concesión a favor del Ayuntamiento, por el importe que devuelva la concesión a los límites de equilibrio económico-financiero establecidas en su estudio de viabilidad.

En la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, se proponen las siguientes:

a) Un conjunto de pequeñas medidas que entendemos no dimanar de la relación contractual, que puedan contribuir a una mejor gestión del servicio, por cuanto también inciden en la gestión del tráfico viario y su seguridad, que el Ayuntamiento está dispuesto a asumir (Regulación General del Servicio de aparcamientos en el municipio, ubicación cercana de mercadillo de venta ambulante, etc.).

b) Ampliación del plazo concesional.

c) Cobertura por parte del Ayuntamiento de la diferencia entre los resultados de la explotación reales y las previstas en el estudio de viabilidad, corregido según la ampliación que se apruebe del plazo concesional, proponiendo para ello la posibilidad de venta de un determinado número de las plazas de aparcamiento.

Por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 del D. 93/2005, de 29 de marzo, de la Consejería de Economía y Hacienda, de la Junta de Andalucía y, en todo caso, en base al principio de colaboración entre Administraciones Públicas, se solicita informe de esa Comisión Consultiva en base a los extremos antes expuestos y documentación anexa que se acompaña, sobre los siguientes extremos:

1) Si procede la obligación de atender la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión mediante ampliación del plazo concesional y otorgamiento de subvención si la medida anterior no fuese suficiente, en base al contenido de la propia oferta del adjudicatario.

2) Si el concesionario, bien porque el Ayuntamiento no restablece el equilibrio económico de la concesión, o por cualquier otra causa, abandona la concesión o renuncia unilateralmente al mismo, con independencia de las indemnizaciones que procedan por los daños ocasionados a la Administración y que sean imputadas al concesionario, tiene la obligación, a su vez, aquella de abonar el importe de las inversiones realizadas al concesionario.



3) Procedería el rescate de parte de las instalaciones, por ejemplo, una planta de aparcamiento, con la finalidad de, previa desafectación, proceder a su enajenación, de modo que los ingresos obtenidos se puedan destinar a amortización parcial de la inversión realizada.

Para mayor comprensión se adjunta:

- Pliego de Cláusulas.
- Oferta presentada por la empresa.
- Contrato suscrito de concesión de obra pública suscrito con fecha 2006.

II.- INFORME

1.- La consulta plantea diversas cuestiones relacionadas con la fase de ejecución del contrato de concesión de obras públicas, tales como el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el abono del importe de las inversiones realizadas al concesionario en el supuesto de abandono de la concesión o renuncia unilateral de éste y el rescate de parte de las instalaciones.

Previamente hay que hacer algunas consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable al contrato en concreto sobre el que se realiza la consulta en lo que se refiere a la fase de su ejecución, es decir a sus efectos, cumplimiento y extinción, pues como bien se dice en el escrito de consulta, dicho régimen jurídico es el contenido en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, y ello en razón de que, al haberse adjudicado el contrato en el año 2006, no le es de aplicación el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de acuerdo con el párrafo segundo de su disposición transitoria primera, que establece que *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”*

2.- La primera cuestión que plantea es la de la obligatoriedad para la Administración de atender la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión mediante la ampliación del plazo concesional en base al propio contenido de la oferta del adjudicatario.

A este respecto hay que decir que si bien en el TRLCAP no existía una disposición como la contenida en el vigente TRLCSP que en su artículo 209 al tratar de la vinculación al contenido contractual, establece que *“Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.”*, es evidente que, de acuerdo con la *lex contractus*, los contratos son rigurosamente obligatorios para quienes los suscriben y, por lo tanto, vienen éstos obligados a su cumplimiento, como establece el artículo 1278 del C.C. En tal sentido, ciertamente existe para los



licitadores la posibilidad de participar en la conformación del contenido contractual, que resulta limitada en procedimientos abiertos o restringidos y más amplia, por definición, en un procedimiento negociado en el que determinados aspectos quedaron sujetos a negociación. En el supuesto que nos ocupa, producida la concurrencia de voluntades en el sentido de la aceptación por parte de la Administración de la oferta presentada por el licitador, el contenido de tal oferta viene a forma parte del contenido obligacional del contrato.

En el presente caso la concurrencia de voluntades se ha producido en el transcurso de un procedimiento negociado en el que se han concretado las circunstancias que darían lugar al restablecimiento del equilibrio económico de acuerdo con lo previsto sobre este particular en el pliego de cláusulas económico administrativas que rige el contrato, acordándose que de no alcanzar la concesión una determinada rentabilidad procedería su prórroga.

A este carácter obligatorio de los contratos se refiere la STS de 30 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4081) al afirmar que “el principio fundamental de la contratación civil resumido en la fórmula de contrato *lex inter partes*, es válido para la contratación efectuada por la Administración Pública salvo las correcciones que le dan su perfil característico atendida la naturaleza jurídica de los entes públicos que en ella intervienen; así, es constante la doctrina de esta Sala que ahora enjuicia vertida en multitud de sentencias cuyo excesivo número exonera de toda concreta cita, que declara que “el contrato es ley entre las partes, lo mismo en la esfera civil que en la administrativa, cuando los términos de sus cláusulas son claros y terminantes sin que susciten dudas ni titubeos en su interpretación, por eso las incidencias derivadas de la interpretación y cumplimiento de los contratos han de resolverse de absoluta conformidad a lo convenido y libremente concertado por las partes, en vista del principio general anteriormente expuesto”; así hemos de tener en cuenta que es un axioma jurídico nunca discutido que los contratos obligan a las partes contratantes en razón a su coincidente voluntad de cumplimiento de sus prestaciones respectivas y a asumir las cargas que se estipularon, los riesgos posibles y las ventajas que puedan obtenerse, sin que ninguna de dichas partes pueda impedir ni participar en las ganancias que la otra legítimamente consiga; de lo cual se deduce que la observancia estricta de las cláusulas aceptadas es lo que constituye la regla general en la vida del contrato y su perfecta ejecución y normalidad”.

Por su parte la STS de 16 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7050) afirma que la Administración no puede desligarse unilateralmente de los compromisos que ha asumido.

En consecuencia, las previsiones para el restablecimiento del equilibrio económico contenidas en la oferta y aceptada por la Administración forman parte del contenido obligacional del contrato, tal como establece el artículo 248.1 de la TRLCAP al disponer que “*El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación,*”, previendo en su apartado 2 c) que la Administración deberá



restablecer el equilibrio económico del contrato 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) (referencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al sistema de retribución del concesionario) y 233.1 d) (plan económico-financiero contenido en la proposición).

A estos efectos es esclarecedor la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, al exponer que:

“Para ello se prevé, en virtud de lo dispuesto por el nuevo artículo 233.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 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. En su virtud, se incorporan al propio contrato los términos de revisión del mismo por las variaciones que se produzcan en los rendimientos derivados de la utilización de la obra [artículo 248.2.c)]. Con ello se asegura, a la vez, la justa retribución del esfuerzo y riesgo empresariales y el sacrificio razonable del usuario de la obra pública. En definitiva, esta interpretación del equilibrio económico del contrato constituye una de las opciones capitales que inspiran la nueva regulación de la concesión de obras públicas, en sintonía con la naturaleza y finalidad de la institución y la ponderada distribución del riesgo.”.

El artículo 248 del TRLCAP contempla tres supuestos en los que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda:

- 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.

El citado artículo 233.1 d) del TRLCAP establece que será objeto de consideración específica en el Plan económico-financiero la incidencia en el plazo concesional de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra.

Por su parte el pliego de cláusulas económico administrativas que rige el contrato de concesión dispone en su cláusula 28 que la Administración se obliga al mantenimiento del equilibrio económico, cuyo restablecimiento será obligatorio en los siguientes casos:



“Cuando la Administración modifique las condiciones de explotación de la obra por razones de interés público.

Por causa de fuerza mayor o actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.”

Por último, en el plan económico financiero contenido en la oferta presentada por el concesionario, se contiene la cláusula siguiente:

“Cuando la rentabilidad de la concesión no alcance una TIR (Tasa interna de rentabilidad) = al 8,51% o la supere en el 10% del TIR, será necesario restablecer el equilibrio económico de la concesión.

- Si no se alcanza una TIR 8,51% se solicitará al Ayuntamiento una prórroga en el plazo de la concesión según lo previsto en la cláusula 3 del Pliego de Condiciones económico-administrativas que textualmente dice: “Excepcionalmente se admitiría una prórroga de hasta 20 años más, siempre que venga motivada por la necesidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los casos y términos previstos en el Pliego”.

Del conjunto de disposiciones a las que se ha hecho referencia que rigen el contrato de concesión, resulta que el restablecimiento del equilibrio económico no resulta de causa imputable a la Administración, sino de no haberse alcanzado la rentabilidad mínima prevista en la oferta.

En consecuencia, acaecidas las causas que motivan la revisión del contrato de concesión de obra pública para el restablecimiento del equilibrio económico al no haberse alcanzado la tasa de rendimiento prevista en el Plan económico-financiero incluido en la proposición, procede la revisión en los términos contenidos asimismo en el citado Plan, que se remite al pliego, mediante la ampliación del plazo concesional.

La posibilidad de otorgar subvenciones al concesionario, a la que se alude en la consulta en un inciso que dice “... y otorgamiento de subvención si la medida anterior no fuese suficiente...”, viene contemplada en el artículo 247 de la TRLCAP sin establecer criterios, límites o requisitos más allá de la finalidad expresada en términos tan genéricos como es el de la necesidad de garantizar la viabilidad económica de la explotación, y sin que ni siquiera la discrecionalidad en su otorgamiento deba quedar condicionada por la exigencia del establecimiento de una mínima regulación a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija el contrato.

Pero si bien es cierto que la Ley no exige que el pliego en concreto contemple la posibilidad del otorgamiento de subvenciones para que la Administración atendiendo a la finalidad que prevé el precepto citado decida su concesión, también es cierto que la Administración está sujeta al cumplimiento de lo por ella establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, no pudiendo alterar o ignorar su contenido en el transcurso de la ejecución del contrato,



puesto que constituye la “ley del contrato”, que vincula a ambas partes, las cuales deben someterse a las prescripciones del pliego según reiterada jurisprudencia.

Por ello, la inclusión en la cláusula 5 del pliego de un párrafo con el siguiente texto: *“El Ayuntamiento de Torrox no participará en la financiación de las obras ni en la subsiguiente explotación, ni asegurará al concesionario una recaudación o rendimiento mínimo. Tampoco otorgará subvención de ninguna especie, ni avalará ningún tipo de empréstito, ni participará en ninguna forma en la financiación de las obras.”*, impide que ahora el Ayuntamiento pueda otorgar alguna subvención.

3.- La segunda cuestión planteada versa sobre si el concesionario, bien porque el Ayuntamiento no restablece el equilibrio económico de la concesión, o por cualquier otra causa, abandona la concesión o renuncia unilateralmente al contrato, con independencia de las indemnizaciones que procedan por los daños ocasionados a la Administración y que sean imputadas al concesionario, tiene la obligación, a su vez, aquella de abonar el importe de las inversiones realizadas al concesionario.

El abandono o la renuncia unilateral del concesionario del contrato de concesión de obras públicas es causa de resolución del contrato de acuerdo con lo previsto en el artículo 264 j) de la TRLCAP, regulándose los efectos de la resolución en su artículo 266.1 que prevé, sin hacer distinciones sobre quién pueda ser el responsable de la resolución de dicho contrato, que en los casos de resolución, el órgano de contratación deberá abonar 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, a cuyos efectos deberá tenerse 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.

Por lo tanto, la imputabilidad al concesionario de la causa de resolución del contrato le hace merecedor de la incautación de la garantía y de indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada de acuerdo con el apartado 4 del artículo 266 de TRLCAP, pero no de soportar las cargas de las inversiones realizadas que aún no se hayan amortizado, las cuales deberán ser abonadas al concesionario por la Administración.

4.- La última cuestión planteada se refiere a si procedería el rescate de parte de las instalaciones, por ejemplo, una planta de aparcamiento, con la finalidad de, previa desafectación, proceder a su enajenación, de modo que los ingresos obtenidos se puedan destinar a amortización parcial de la inversión realizada.

El artículo 264 g) del TRLCAP contempla como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas el rescate de la explotación por el órgano de contratación. Entendiendo por tal la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular.



El precepto citado no hace distinción entre rescate total o parcial, pero nada impide que este sea parcial atendiendo a la naturaleza de la explotación. Tampoco exige cuál deba ser la finalidad en concreto que motive el acto del rescate, que indudablemente debe estar presidido por el interés público, como cualquier otro actuar de la Administración, aunque expresamente no se diga, aludiendo el citado artículo solamente a la discrecionalidad en su adopción.

III.- CONCLUSIÓN

1.- Acaecidas las causas que motivan la revisión del contrato de concesión de obras públicas para el restablecimiento del equilibrio económico al no haberse alcanzado la tasa de rendimiento prevista en el Plan económico-financiero incluido en la proposición, procede la revisión en los términos contenidos en el citado Plan mediante la ampliación del plazo concesional.

2.- La posibilidad de otorgar subvenciones al concesionario viene contemplada en el artículo 247 de la TRLCAP sin establecer criterios, límites o requisitos más allá de la finalidad de la necesidad de garantizar la viabilidad económica de la explotación, todo ello sin perjuicio de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se haya expresamente excluido dicha posibilidad, como sucede en el supuesto objeto de consulta, lo que impide que el Ayuntamiento pueda otorgar alguna subvención.

3.- La imputabilidad al concesionario de la causa de resolución del contrato le hace merecedor de la incautación de la garantía y de indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada de acuerdo con el apartado 4 del artículo 266 de TRLCAP, pero no de soportar las cargas de las inversiones realizadas que aún no se hayan amortizado, las cuales deberán ser abonadas al concesionario por la Administración.

4.- Es posible el rescate parcial de la concesión de obras públicas independientemente de la finalidad perseguida que indudablemente debe estar presidida por el interés público.

Es todo cuanto se ha de informar.

