

## RETRIBUCIÓN, RIESGO Y GARANTÍAS DE LOS FINANCIADORES EN LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA (A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS)

 ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA y MARIANO MAGIDE HERRERO  
*Abogados*

### 1. INTRODUCCIÓN: LA OPORTUNIDAD DEL PROYECTO DE LEY

Tras un largo proceso de gestación, el Consejo de Ministros aprobó el pasado mes de junio el Proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (serie A) n.º 99-1, de 21 de junio de 2002 (en adelante, «el Proyecto»). Asumiendo una de las propuestas del crítico Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, el Gobierno ha decidido presentar el Proyecto como una modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que, de prosperar esta iniciativa legislativa, se incluiría un nuevo Título V relativo al contrato de concesión de obras públicas.

Este esperado Proyecto viene a cubrir una necesidad importante en nuestro ordenamiento: el establecimiento de una regulación general de la concesión de obras públicas como un contrato administrativo típico con rasgos propios. Sin perjuicio de la existencia de alguna regulación sectorial en la que se manifiestan con claridad los rasgos peculiares de este contrato, como es el caso fundamentalmente de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, la regulación general de la concesión de obras públicas incluida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («LCAP») no ha asumido, hasta el momento, la singularidad de esta figura contractual.

La redacción original de la LCAP se limitó a transponer, casi literalmente, los preceptos dedica-

dos a la concesión de obras públicas en la Directiva 93/37 del Consejo sobre el contrato de obras. La consecuencia fue la asunción de la concepción de la concesión de obras públicas de la citada Directiva, en la que este contrato aparecía como una mera modalidad del contrato de obras caracterizada porque la retribución del contratista consistía en el derecho a explotar la obra, en lugar de en el derecho a recibir un precio. La reforma de la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, introdujo una importante modificación en la concepción del contrato de concesión de obras públicas, al caracterizarlo como un contrato mixto, que reúne prestaciones propias del contrato de obras y del contrato de gestión de servicios públicos, debiéndose en consecuencia aplicar, para completar las sucintas previsiones expresamente dedicadas al contrato de concesión de obras públicas, el régimen del contrato típico correspondiente a la prestación (construcción de la obra o explotación de la misma) que tenga mayor importancia desde el punto de vista económico (artículo 6, en relación con el artículo 130.2 LCAP).

A nuestro juicio, ninguna de estas dos concepciones del contrato de concesión de obras públicas resulta plenamente satisfactoria. La primera, la concepción de la concesión de obras públicas como una mera modalidad del contrato de obras, no resuelve adecuadamente las necesidades que plantea el régimen del contrato durante el habitualmente largo período de explotación de la obra, como pueden ser, por ejemplo, las relacionadas con el mantenimiento

del equilibrio económico-financiero de la concesión. La segunda, la concepción de la concesión de obras públicas como un contrato mixto, da, probablemente, mejor cuenta de la naturaleza de este contrato. De hecho, en él se suceden dos fases claramente diferenciadas en las que las prestaciones que debe realizar el concesionario se asemejan a las del contratista en un contrato de obras (construcción de la obra) y a las del gestor de un servicio público (explotación de la obra). No obstante, al margen de que esta concepción siembra ciertas dudas en aspectos tan relevantes como el del momento de la transmisión del riesgo por daños en la obra, el criterio asumido por la LCAP para la regulación de los contratos mixtos plantea algunos problemas.

Debe tenerse presente que el artículo 6 de este texto legal ha optado por el conocido como criterio de la absorción, de acuerdo con el cual en los contratos mixtos no se aplica a cada una de las prestaciones el régimen de su contrato característico (criterio de la combinación), sino que el contrato en su conjunto se rige por las normas correspondientes al contrato que se corresponda con la prestación del contrato mixto más importante en términos económicos. Así pues, la aplicación estricta de la regulación general de la concesión de obras públicas actualmente vigente exigiría, en primer lugar, la decisión (no siempre fácil) de cuál es la prestación de mayor peso económico (la construcción de la obra o su explotación), para aplicar posteriormente, junto con los escasos preceptos expresamente dedicados en la LCAP a la concesión de obras públicas, el régimen jurídico del contrato de obras o el propio del contrato de gestión de servicios públicos. Los problemas surgen del hecho fácilmente constatable de que la regulación del contrato de gestión de servicios público no puede dar una respuesta adecuada a las cuestiones jurídicas que surgen durante la construcción de la obra, del mismo modo que la regulación propia del contrato de obras no sirve para resolver las situaciones que pueden plantearse durante la explotación de la obra.

Crítico con la aplicación del criterio de la absorción se mostró el Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de diciembre de 1998, en el que, tras caracterizar la concesión de obras públicas como *«un contrato mixto típico en el que —concurriendo prestaciones de dos contratos diferentes— tales prestaciones no llegan a coexistir, sino que se realizan sucesivamente:*

*primero, se construye la obra y, después, se explota», afirmó que «sería más acorde a la naturaleza de la esta figura que su régimen jurídico se delimitase con arreglo a la teoría de la combinación: la realización de la obra se regularía por las normas del contrato de obras (incluidas las relativas a su publicidad y con las especialidades pertinentes); y una vez recibida la obra por la Administración, comenzarían a aplicarse las normas propias del contrato de gestión de servicios públicos».*

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sigue insistiendo en la teoría del contrato mixto y en el criterio de la absorción en su reciente informe 25/01, de 30 de enero de 2002, aludiendo a sus Informes anteriores en el mismo sentido de 30 de mayo de 1996 y 17 de noviembre de 1997.

En este contexto, el Proyecto tiene la virtud de afrontar las peculiaridades propias del contrato de concesión de obras públicas, regulándolo como un contrato administrativo típico, sin perjuicio de las semejanzas que en la fase de construcción de la obra presenta con el contrato de obras y de las similitudes que, durante la fase de explotación, este contrato tiene con el de gestión de un servicio público. Concretamente, el Proyecto, suprimiendo la llamada expresa que el actual artículo 130.2 LCAP efectúa al régimen general de los contratos mixtos previsto en el artículo 6 LCAP, configura el contrato de concesión de obra pública como aquél en que el concesionario construye y explota, durante un plazo determinado, o sólo explota la correspondiente obra pública.

La distinción de este nuevo contrato típico respecto del contrato de obras resulta clara. Lo es cuando la concesión comprende tanto la construcción como la explotación de la obra, puesto que el derecho a explotar la obra distingue claramente la posición del concesionario respecto de la del contratista de obras. Y es más clara aún cuando el concesionario se limita a explotar una obra que, previamente, le ha sido entregada al efecto por la Administración concedente.

Sin embargo, el Proyecto, al no modificar la regulación establecida actualmente en la LCAP para la concesión de servicios públicos, seguirá generando dudas razonables de deslinde entre dicho contrato y el de concesión de obra pública. En este último contrato, la presencia de la obra explotada por el concesionario constituye requisito *sine qua non* para

la existencia del mismo, bien la haya ejecutado el propio concesionario, bien la haya recibido éste de la Administración al objeto de explotarla. En la concesión de servicio público, la obra no es imprescindible, pero puede —y suele— existir como soporte instrumental para la prestación del servicio de que se trate. En tal supuesto, aparecerán los ya anunciados problemas de deslinde entre ambos tipos contractuales, máxime teniendo en cuenta la concepción amplia que se tiene del servicio público en nuestro ordenamiento, especialmente en la legislación de régimen local, y el hecho de que el propio Proyecto proclama expresamente que las obras públicas cuya concesión contempla pueden servir perfectamente de soporte a la prestación de una actividad declarada formalmente como de servicio público.

Junto con la trascendencia que el Proyecto tiene desde el punto de vista de la adecuada caracterización y regulación del contrato de concesión de obras públicas en nuestro Derecho, esta iniciativa legislativa presenta un indudable interés en el actual panorama de la construcción de grandes infraestructuras públicas en nuestro país. En este sentido, el Proyecto, si es finalmente aprobado por las Cortes, habría de constituir el pilar jurídico fundamental para la financiación privada de una buena parte del Plan de Infraestructuras 2000-2007. La aprobación del Proyecto supondría, de hecho, la revitalización de la institución jurídica que tradicionalmente ha encauzado en nuestro país la financiación privada de las infraestructuras públicas. Baste recordar que la concesión de obras públicas aparecía ya como uno de los medios para la construcción de dichas obras previstos en la Instrucción de Obras Públicas de 1845, o el papel absolutamente protagonista de esta institución en el desarrollo de la red de ferrocarriles durante el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX.

Un examen exhaustivo del reciente Proyecto excedería de las limitaciones de espacio del presente artículo, que centraremos por tanto en el análisis de algunas de las cuestiones y novedades más relevantes que incorpora esta iniciativa legislativa. Examinaremos, en primer lugar, los nuevos sistemas de retribución del concesionario previstos en el Proyecto, para comentar a continuación los aspectos relativos a una de las cuestiones centrales de toda concesión: la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario. En tercer lugar, nos ocuparemos de

los extremos más destacables de una de las cuestiones a las que mayor atención presta el Proyecto: las garantías de los financiadores de la obra pública.

## 2. LAS DIVERSAS OPCIONES DE RETRIBUCIÓN DEL CONCESIONARIO; EL INTENTO DEL PROYECTO DE AMPLIAR LAS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DEL ESQUEMA CONCESIONAL

De acuerdo con la concepción más tradicional del contrato de concesión de obras públicas, el concesionario recibe como retribución por la construcción de la obra el derecho a explotarla, cobrando a los usuarios un precio por su utilización. El instituto concesional así entendido plantea un límite evidente a su posibilidad de empleo para la construcción y explotación de obras públicas: no siempre resulta técnica o económicamente factible, o políticamente conveniente, obligar a los usuarios de una determinada obra pública a abonar un canon o peaje suficiente para permitir al concesionario recuperar su inversión y obtener los beneficios correspondientes a su actividad empresarial.

El actualmente vigente artículo 130.1 de la LCAP amplía algo más el posible ámbito de aplicación de la concesión de obras públicas, al prever que la contraprestación en favor del concesionario pueda consistir *«en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañando del de percibir un precio»*. Se permite así que el precio pagado por la Administración al concesionario haga posible construir y explotar mediante una concesión obras en las que el peaje o canon aplicable a los usuarios no pueda, por razones económicas o políticas, ser lo suficientemente alto como para permitir la recuperación de la inversión y la obtención del beneficio empresarial por parte del concesionario. El Proyecto recientemente presentado en las Cortes va más allá, y hace de la ampliación del campo potencial de aplicación del esquema concesional, a través de la previsión de diferentes sistemas retributivos, una de sus características principales. En este sentido, en el que sería, de aprobarse el Proyecto, el artículo 220 de la LCAP, se prevé que la retribución del concesionario podrá consistir en *«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»* (en adelante, nos referiremos a los preceptos de la LCAP que el Proyecto prevé modificar seguidos de la abreviatura «PLACP»).

Se expondrán a continuación las nuevas modalidades de retribución del concesionario previstas en el Proyecto (distintas de la imposición de un canon o peaje a los usuarios de la obra pública, acompañada o no de un precio abonado por la Administración contratante). También se hará mención a una nueva modalidad de contrato de obras incluido en el Proyecto que, sin poder ser considerado un supuesto de concesión de obra pública, supone un nuevo instrumento destinado a hacer posible la financiación privada de la construcción y conservación, o sólo conservación, de una obra pública: la financiación de la construcción y/o conservación de una obra pública mediante una concesión de dominio público.

### 2.1. El «peaje en sombra»

La figura del «peaje en sombra» (*«shadow toll»*) es una de las que más atención ha concitado en la doctrina, que ha dedicado en el último lustro una considerable atención a las diferentes fórmulas de financiación privada de infraestructuras y obras públicas. De acuerdo con este sistema, el concesionario es retribuido directamente por la Administración en función del nivel de utilización de la obra, sustituyendo estos pagos, total o parcialmente, los peajes normalmente abonados por los usuarios de una obra explotada en régimen de concesión. Se mantiene así el riesgo empresarial en la explotación de la obra pública característico de la concesión, ya que, aun cuando es la Administración la que retribuye total o parcialmente al concesionario, los ingresos de éste último están vinculados a la demanda de uso de la obra pública.

Aunque algunas normas autonómicas han recogido la figura del peaje en sombra, las normas estatales no hacen mención expresa de este sistema de retribución, si bien algún autor defiende que el «precio» que, conforme a lo previsto en el texto vigente del artículo 130.1 de la LCAP, puede acompañar a los peajes o tarifas abonados por los usuarios, bien puede consistir en pagos periódicos realizados por la Administración en función del nivel de utilización de la obra. Con arreglo a esta interpretación doctrinal del artículo 130.1 de la LCAP, cabría ya en la actualidad la implantación de un sistema, siquiera parcial, de «peaje en sombra», que completase los peajes o cánones abonados por los usuarios.

El Proyecto sí recoge expresamente esta figura. El artículo 225 del PLCAP contempla, entre los sistemas de retribución, «el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra», haciendo así posible que el «peaje en sombra» abonado por la Administración contratante sustituya completamente los pagos que normalmente realizan los usuarios de la obra en una concesión.

El peaje en sombra puede distinguirse de la pura subvención a la explotación, desligada del grado de utilización de la misma, que el Proyecto contempla con carácter excepcional, y, por supuesto, de las subvenciones directas a los usuarios con la finalidad de que éstos puedan hacer frente a la deuda que tengan contraída en favor del concesionario o prestador del servicio, subvenciones que, en ocasiones, aparecen en algunos esquemas de financiación y explotación de las obras públicas y se sitúan, en sentido económico, muy cerca del «peaje en sombra» en sentido estricto.

### 2.2. La explotación de zonas complementarias comerciales

El artículo 225 del PLCAP incluye entre los posibles sistemas de retribución del concesionario «los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial». A esta «zona comercial» se refiere principalmente el artículo 223 del PLCAP.

Las obras públicas incluyen, obviamente, las superficies que son precisas con arreglo a su naturaleza. Ahora bien, atendiendo a la finalidad primordial que persiga la obra, ésta podrá incluir, además de aquellas superficies, otras zonas o terrenos destinados a la ejecución y explotación de actividades complementarias. A pesar de su denominación genérica en el Proyecto, estas zonas y actividades complementarias no han de ser necesaria y estrictamente comerciales. El Proyecto incluye, asimismo, las zonas industriales y cita, con carácter no exhaustivo, los establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y, en fin, cualesquiera otros que, siendo de utilidad para los usuarios de las obras, sean susceptibles de explotación y aprovechamiento económico diferenciado de las mismas.

Debe tenerse en cuenta que, a pesar de su relativa independencia funcional, las correspondientes zonas en las que se realicen las actividades comple-

mentarias quedan sujetas al principio de unidad de gestión y control de la Administración concedente. Por ello, los bienes e instalaciones en ellas comprendidos están sujetos a reversión y se entregarán al órgano de contratación al término de la concesión.

La explotación de las zonas comerciales se realiza por el concesionario conjuntamente con la obra pública concedida, sin que resulte incompatible con otros sistemas de retribución, aunque se exige la contabilidad separada. Dicha explotación podrá llevarla a cabo el concesionario directamente o a través de terceros con quienes contrate a tal efecto.

Este último será el escenario más frecuente. Por ello, el Proyecto se encarga de establecer el destino de dichos contratos en el momento de la extinción de la concesión. Si ésta es normal, por cumplimiento o transcurso de plazo, aquellos contratos también se extinguirán. Si, por el contrario, la concesión se extingue anticipadamente, el órgano de contratación podrá optar entre resolver los contratos otorgados por el concesionario, indemnizando a los terceros —bien a cargo de la Administración, bien a cargo del concesionario si la resolución es imputable al mismo— o decidir la continuidad de aquellos contratos bajo los mismos términos en que fueron pactados, salvo revisión de mutuo acuerdo entre la Administración y los terceros que, en su día, contrataron con el concesionario.

La implantación de las zonas comerciales deberá adaptarse, con arreglo al Proyecto, a lo que resulte de la legislación o el planeamiento urbanístico aplicables, lo cual, según el alcance que se otorgue a dicha previsión y, más concretamente, a lo que deba entenderse por urbanismo y planeamiento urbanístico, puede generar problemas para financiar obras de interés general mediante este peculiar sistema, ante el carácter restrictivo que las Comunidades Autónomas están imprimiendo a su legislación reguladora de implantación de grandes equipamientos y/o operadores comerciales.

### **2.3. La financiación de la construcción y conservación de obras públicas mediante la explotación de otras obras funcionalmente relacionadas**

Se trata, en definitiva, de financiar una obra pública diferente de la concedida —aunque relacionada funcionalmente con ella— con cargo, total o par-

cialmente, a los rendimientos que genere la obra que sí ha sido objeto de concesión. La figura viene regulada en el artículo 226 del PLCAP. Además de la relación funcional entre las obras diferenciadas, se exige que ambas sean de competencia de la Administración concedente y que la utilización de la obra u obras financiadas con la concedida no esté sujeta a remuneración.

Lógicamente, el plan económico-financiero deberá contemplar las obras públicas en su totalidad y la determinación de las tarifas a aplicar por la utilización de la obra objeto de concesión se efectuará teniendo en cuenta el importe total de las obras realizadas.

El supuesto que se acaba de describir se diferencia, en el Proyecto, del contemplado en el artículo 221 del PLCAP, regulador del contenido del contrato de concesión de obras públicas, cuando se refiere a las denominadas obras accesorias o vinculadas. Estas últimas están absolutamente relacionadas con la principal, de tal modo que resultan necesarias para que ésta cumpla su finalidad y permiten su mejor funcionamiento y explotación. Las obras accesorias o vinculadas a la principal pueden o no ser susceptibles de aprovechamiento económico. En caso afirmativo, el aprovechamiento corresponde al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por el pliego de condiciones.

### **2.4. El otorgamiento de una concesión de dominio público como retribución por la construcción y conservación, o sólo conservación, de una obra pública**

Se trata, como indica la Exposición de Motivos del Proyecto, de una nueva fórmula extrapresupuestaria de financiación de obras públicas que no puede considerarse propiamente un contrato de concesión de obras públicas. De hecho, el objeto de la concesión no es la obra pública que se trata de financiar —no susceptible de explotación y, por tanto, no concedible— sino una parcela del dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integre la obra pública no susceptible de explotación. Por ello, el Proyecto, con acierto, sustrae la regulación de esta figura de la general del contrato de concesión de obra pública, para integrarla, directamente, en los artículos 130 y siguientes del

PLCAP, dentro de la regulación del contrato de ejecución de obra, que, en el sistema de que se trata, se retribuye al contratista mediante el otorgamiento de la concesión demanial.

Estamos ante un contrato mixto de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento, de la obra pública, que, como se acaba de indicar, se retribuye con una concesión demanial que otorga la Administración competente por razón de la materia y conforme a la legislación demanial específica que resulte de aplicación.

El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá determinar el uso, destino y características de la explotación previstos para los bienes demaniales objeto de la concesión, en el bien entendido de que, para seleccionar al contratista de la obra y concesionario del demanio, el órgano de contratación valorará conjuntamente la oferta relacionada con la construcción y/o mantenimiento de la obra pública, así como las obras o actuaciones que el licitador se proponga realizar sobre el dominio público y el régimen de explotación que prevea para éste.

El propio Proyecto, en su Disposición Adicional Décima, proporciona, a través de la modificación del artículo 54 de la Ley 22/1988, 28 de julio, de Costas, un ejemplo muy cercano a la estructura contractual que se acaba de describir, cuando establece que podrá autorizarse la explotación total o parcial de los servicios de temporada en las playas como contraprestación al coste de la ejecución de una obra pública relacionada con éstas que, por su naturaleza y características, no sea susceptible de explotación económica.

### **3. LOS RIESGOS DEL CONCESIONARIO Y DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE**

#### **3.1. La adopción explícita del principio de riesgo y ventura en el Proyecto**

Como es bien conocido, el principio de riesgo y ventura, íntimamente conectado con el de «*lex contractus*» o cumplimiento según lo pactado, es sustancial a la contratación administrativa.

El artículo 98 de la LCAP, dentro de las disposiciones generales aplicables a todos los contratos administrativos, afirma rotundamente que la ejecución de los mismos se realizará a riesgo y ventura del

contratista. El artículo 156 del mismo texto legal acoge dicho principio como elemento esencial definitorio de la concesión de servicios públicos. Por su parte, el artículo 220 del PLCAP, tras definir la concesión de obras públicas como contrato de construcción y explotación, o sólo de explotación, de una obra pública durante un plazo predeterminado, establece que dicha construcción y explotación se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, según el mismo precepto, asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por el propio PLCAP a lo largo de su articulado.

Según ha advertido nuestra mejor doctrina, el principio de riesgo y ventura se toma de la estructura ordinaria de las prestaciones en los contratos de resultado a cambio de un precio. En especial, de las normas que regulan el contrato de ejecución de obra en el Código Civil («CC»), de las cuales resulta:

a) El contratista soporta, en línea de principio, el riesgo de pérdidas o averías en las obras, en los materiales puestos a disposición de la misma y en sus pertenencias durante toda la fase de ejecución de la obra y mientras no se produzca la entrega; todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad por vicios en la construcción que puedan ponerse de manifiesto con posterioridad a la entrega misma (artículos 1589 y 1591 del CC); y

b) El contratista no puede ampararse en la mayor onerosidad sobrevenida e imprevista para dejar de entregar la obra o para solicitar un precio superior al previamente pactado (artículo 1593 del CC).

Ahora bien, en Derecho administrativo ambos tipos de riesgos encuentran modulaciones que persiguen favorecer al contratista, aunque con la finalidad última de fomentar una contratación pública menos onerosa para el Tesoro, más conmutativa y, en definitiva, más compatible con el cumplimiento del interés público que, por definición, debe perseguir la Administración.

Tales modulaciones pueden exponerse al hilo del análisis del impacto de la fuerza mayor sobre el riesgo de pericimimiento de la obra y de los supuestos en que, según el Proyecto, se aplica necesariamente el principio de mantenimiento o restablecimiento del equilibrio económico de la concesión. A ambos aspectos se refiere el Proyecto de manera no total-

mente satisfactoria. La cuestión reviste la máxima importancia, si tenemos en cuenta que, con arreglo a la Disposición Final Tercera del Proyecto, las normas sobre el régimen económico-financiero de la concesión y el equilibrio económico del contrato, se aplicarán, no solamente a los contratos de concesión de obras públicas cuya licitación se realice con posterioridad a su entrada en vigor, sino en general a todas las concesiones en vigor, con independencia del momento en que fueron licitadas y del régimen jurídico por el que se rijan.

### 3.2. El riesgo de deterioro o destrucción de la obra pública y la fuerza mayor

En el contrato administrativo de ejecución de obra se reproducen, en los elementos esenciales, los esquemas civiles. El contratista asume los riesgos de deterioro o destrucción con anterioridad a la terminación y entrega de la obra, momento en el que el riesgo se traslada a la Administración, sin perjuicio de la responsabilidad por vicios ocultos.

Ahora bien, el anteriormente mencionado artículo 98 de la LCAP, al recoger, con carácter general, el principio de riesgo y ventura, deja a salvo lo establecido en el artículo 144 de la misma LCAP para el contrato de obras. Dice así el artículo 144:

*«1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.*

*2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*

*a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*

*b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*

*c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.»*

Por lo pronto, debe hacerse notar que no encontramos una previsión similar explícita en la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Se trata de una disposición en principio favorable para el contratista, puesto que en el régimen civil del contrato de obra no se recoge ese tipo de previsión. La indemnización a que tiene derecho el contratista alcanza, no solamente la pérdida o avería del objeto

directo del contrato —esto es, la obra pública averiada o destruida—, sino también la pérdida de los materiales y elementos de su propiedad destinados a la ejecución de la obra. Por lo demás, la doctrina que se ha ocupado de la cuestión —con alguna tesis algo más restrictiva por parte de la jurisprudencia— viene entendiendo que la indemnización procede en cualquier supuesto que pueda calificarse de fuerza mayor y no solamente en los casos explícitamente enumerados en el artículo 144 de la LCAP como constitutivos de la misma.

Esto último es importante porque nos sitúa en el centro mismo de la cuestión práctica que se analiza. Según se dé un alcance superior o inferior a los posibles supuestos de fuerza mayor, menores o mayores riesgos sufrirá el contratista. Ahora bien, cualquiera que sea el concepto que se tenga de la fuerza mayor —gravedad, externalidad, imprevisibilidad, inevitabilidad— y de supuestos limítrofes como el caso fortuito, lo cierto es que los eventos que merezcan la primera de las calificaciones no dejarán de ser cuantitativamente menores y de apreciación más restrictiva. Por otra parte, por mucho que el precepto se aplique a supuestos semejantes a los recogidos explícitamente en el mismo, parece realmente difícil que —a la vista de su redacción literal— puedan calificarse como supuestos de fuerza mayor —por poner solamente dos ejemplos significativos que constituirían riesgo del empresario— los incendios no causados por la electricidad atmosférica, sino por la propagación de un fuego cercano o por causas desconocidas, o los destrozos que respondieran a un siniestro que no revistiera la calificación de violento en tiempo de guerra, robo tumultuoso, inundación o semejante. Eso sí, todavía dentro del contrato de obra, ese riesgo a cargo del contratista —paliado solamente por la fuerza mayor— terminaría para aquél con la propia terminación de la obra y su entrega a la Administración, quien, desde ese mismo momento, asumiría los riesgos sobre la obra entregada y recibida.

En el contrato de concesión de obra pública y de servicio público, las cosas nunca han sido tan claras. Ni por lo que se refiere a la aplicabilidad de la fuerza mayor como elemento paliativo del riesgo del contratista, ni por lo que se refiere a la traslación de los riesgos materiales a la terminación de la obra y con anterioridad o simultáneamente al inicio de la fase de explotación.

Recordando lo que se indicó en el apartado 1 de este trabajo, en una concepción de la concesión de obra pública como contrato de ejecución de obra retribuido con la explotación de la obra, durante un plazo, por parte del concesionario, no resultaba difícil defender la aplicabilidad del esquema que se acaba de analizar propio del contrato de ejecución de obra.

Más difícil resultó seguir la misma línea cuando se instaló en nuestro ordenamiento —como sucede en este momento, anterior a la aprobación del Proyecto— la tesis del contrato mixto con aplicación del régimen propio de la prestación cuantitativamente más importante. Así, si en un determinado contrato predominaba la prestación consistente en la construcción de la obra, seguía siendo útil el esquema que se ha venido describiendo. En cambio, si la prestación más importante era la gestión del servicio que se prestaba mediante la explotación de la obra, la aplicación tanto del artículo 144 de la LCAP como la del efecto de traslación del riesgo a la terminación de la obra pública eran de más difícil —aunque no imposible— defensa, dada, por una parte, la ausencia de previsión al respecto y el mantenimiento del riesgo y ventura como principio fundamental y, por otra parte, el carácter de contrato complejo y de larga duración que reviste la concesión de servicios públicos.

Por lo que se refiere al Proyecto que nos ocupa, el artículo 224 del PLCAP, al tratar de la financiación directa de la construcción, insiste en que las obras serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada.

Los artículos 236 a 241 del mismo PLCAP se ocupan de la fase relativa a la ejecución o construcción de las obras concedidas. En dicho contexto, se recogen diversas previsiones propias del contrato de ejecución de obra y, entre ellas, las relativas al principio de riesgo y ventura en la ejecución y a la indemnización del contratista en los casos vistos de fuerza mayor. El artículo 239 de la LCAP despeja, en este sentido, cualquier duda que pudiese plantearse al respecto, puesto que se remite al artículo 98 de la actual LCAP —que, como hemos visto, sólo excepciona el riesgo y ventura en los supuestos a que se refiere el artículo 144 del mismo texto legal relativo al contrato de obras—, pero también y expresamente a este último precepto que, de ese modo, resulta plenamente aplicable en la concesión de obra pública.

Ahora bien, por lo que se deduce del Proyecto, esta situación de riesgo no se mantendría solamente hasta la terminación de la obra y su puesta en explotación, sino que se prolongaría hasta el momento mismo de producirse la reversión al extinguirse la concesión.

Así, el Proyecto (artículos 236, 238, 239 y 241 del PLCAP) distingue las obras que se realicen, excepcionalmente, por cuenta de la Administración, como aportación de la misma, de aquellas obras, ordinarias, realizadas por cuenta del concesionario, quien puede contratarlas, total o parcialmente, con terceros, respondiendo siempre aquél frente a éstos y frente a la Administración concedente. Pues bien, para las obras realizadas por cuenta de la Administración, el artículo 236.2 del PLCAP indica que, una vez terminadas, serán objeto de la correspondiente recepción formal. En cambio, para las realizadas por cuenta del concesionario, el artículo 241, en combinación con el 262.2 del PLCAP, distingue dos momentos y dos instrumentos formales bien diferenciados, ligados, respectivamente, a la puesta en explotación y a la reversión de la obra.

En efecto, según los preceptos citados, a la terminación de las obras se procederá al levantamiento de un acta de comprobación por parte de la Administración concedente, a la que se acompañará un documento de valoración de la obra pública ejecutada y cuya aprobación llevará implícita la autorización para la apertura de las obras al uso público. También se indica que comenzará desde ese momento —aprobación del acta de comprobación— el plazo de garantía de la obra, pero solamente cuando haya sido ejecutada por terceros distintos del concesionario, lo que suscita la duda de si el Proyecto se refiere a las obras ejecutadas por terceros por cuenta de la Administración o a las relaciones internas entre el concesionario y los terceros con quien éste contrató, por su cuenta, la construcción. En cambio, se indica expresamente que será al término de la concesión cuando se levante el acta de recepción formal de las obras, al revertir las mismas y procederse a la entrega de bienes e instalaciones al órgano de contratación. El levantamiento y contenido de esta acta de recepción —dice el mencionado artículo 241 del PLCAP— se ajustará a lo establecido en el artículo 147 de la vigente LCAP. Este último precepto, junto con el artículo 148 siguiente, se



ocupan precisamente de la recepción, plazo de garantía y responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de ejecución de obra, aspectos todos ellos que en el contrato de concesión de obras públicas parecen, de ese modo, deferirse al momento de la extinción de la concesión.

Dicha situación, que habrá que estudiar con cautela a la vista de cada supuesto concreto, en función de lo que establezca el contrato y, en su caso, de lo que establezca la legislación sectorial específica de la obra de que se trate, hace aparentemente más gravosa la situación del empresario en la concesión de obra pública que en el contrato de ejecución de obra.

El Dictamen, anteriormente citado, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto fue especialmente crítico con la solución que, finalmente, ha prevalecido en el Proyecto, pero que todavía podría sufrir alguna modificación en fase parlamentaria. A juicio del Alto Organismo Consultivo:

*«El Consejo de Estado no comparte los términos de la regulación propuesta(...)en cuanto hace a la terminación de las obras. A juicio de este Consejo, la terminación de las obras por el concesionario exige que la Administración concedente proceda a la recepción de las obras y no a su mera comprobación, levantándose la correspondiente acta, cuya aprobación deberá constituir en rigor el «dies a quo» para el cómputo del plazo de garantía que en cada caso establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, todo ello sin perjuicio de las obligaciones relativas a la conservación y mantenimiento que derivan del contrato de concesión. Por el contrario, al término de la concesión no habrá recepción, sino reversión, levantándose en este momento la correspondiente acta de reversión.»*

La cuestión del riesgo sobre la obra presenta, por otra parte, una clara vinculación con el dato de la titularidad de las obras concedidas durante el plazo concesional y con anterioridad al momento de la reversión, dada la existencia del tradicional, aunque a veces excepcionado, principio *«res perit domino»*. No obstante, el aspecto de la titularidad tampoco aparece resuelto con claridad en el Proyecto de que se trata, perpetuándose la tradicional discusión al respecto entre partidarios de la titularidad pública de las obras con atribución al concesionario de un derecho real administrativo limitado sobre las mis-

mas, titularidad del concesionario a término y gravada de afectación, o consideración del concesionario como mero financiador y poseedor que no tiene un verdadero derecho real sobre las obras que financia y construye, postura esta última actualmente superada.

Por lo demás, el artículo 239.3 del PLCAP establece que, si la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras, se procedería a resolver el contrato, abonándose al concesionario el importe de las obras ejecutadas y los costes de financiación, consecuencia del endeudamiento con terceros.

### 3.3. La plasmación en el Proyecto del principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión

La Exposición de Motivos del Proyecto enuncia cuatro notas clave para la configuración y comprensión del contrato que regula: concepto de obra pública, diversificación de la financiación, riesgo concesional y, muy relacionado con este último, equilibrio económico de la concesión.

Y es que, efectivamente, toda concesión de obra pública, implica, de ordinario, una operación de financiación e inversión en la correspondiente infraestructura, seguida de la explotación de la misma por el concesionario con la finalidad, desde el punto de vista económico, de recuperar la inversión realizada y los costes incurridos, además de obtener el legítimo beneficio empresarial. Consiguientemente, toda concesión encierra una fórmula o plan económico-financiero, definido en el momento de la adjudicación como parte esencial del contrato, a través del cual se definen los principales aspectos o elementos económicos de la concesión cuya explotación ha de permitir cubrir los objetivos indicados anteriormente.

Una aproximación maximalista al principio de riesgo y ventura a cargo del concesionario y al principio *lex contractus* daría como resultado que la fórmula económico financiera, sin perjuicio de las previsiones expresamente establecidas al efecto en el contrato, resultaría inalterable, aunque sufriera un desequilibrio importante durante la vida de la concesión. Como ha señalado acertadamente la mejor doctrina, normalmente, admitir esta solución, además de acarrear situaciones poco equitativas, encare-

cería la licitación pública y no serviría adecuadamente los intereses generales, al propiciar conflictos en ocasiones irresolubles y posibles interrupciones en la explotación. Por todo ello, o, mejor, para evitarlo, se ha hablado de la inmutabilidad del fin público al que sirve la concesión y de la paralela mutabilidad, cuando resulte precisa, de la fórmula económica financiera contenida en la misma.

La Exposición de Motivos del Proyecto se hace eco de las reflexiones anteriores y, como hemos señalado, admite el principio de mantenimiento del equilibrio económico como una de las notas claves de la concesión de obras públicas, con el fin de no convertir el contrato en puramente aleatorio ni desincentivar las necesarias inversiones privadas en infraestructuras. Ahora bien, tal admisión se acompaña de tres precisiones importantes: imposibilidad de desaparición sustancial del riesgo y ventura, corrección o restablecimiento del equilibrio en beneficio del concesionario o de la Administración, y aplicación de mecanismos de revisión únicamente en los casos previstos en el articulado del propio Proyecto.

Así las cosas, no estará de más, antes de analizar el contenido de dicho articulado, describir, si bien someramente, las técnicas de restablecimiento del equilibrio económico financiero que hasta el momento se han venido barajando por la doctrina, a la vista de nuestra legislación y jurisprudencia:

a) Por una parte, encontramos lo que podríamos denominar índices o sistemas automáticos de actualización que, usualmente, incluyen los contratos al amparo del ordenamiento. Se trata de los mecanismos de *revisión de precios* durante la ejecución de la obra y de *actualización de costes* durante su explotación, a que se refiere también el artículo 230.1.e) del PLCAP como aspectos que deben contener, necesariamente, los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de toda concesión.

b) Junto a ello, aparece la necesaria compensación en favor del concesionario por el ejercicio de la prerrogativa de modificación contractual que, por motivos de interés público, puede ejercer la Administración concedente. Esto es, por el ejercicio de lo que se ha venido denominando el *«ius variandi»*. En este supuesto, cuando, fruto de la modificación impuesta al contratista, se rompa el equilibrio eco-

nómico financiero, se impone el denominado restablecimiento integral.

c) En ocasiones, la Administración puede adoptar medidas de carácter general (nuevas regulaciones, medidas tributarias etc.), en principio imprevistas, que, sin proponerse modificar directamente el contrato, provocan una ruptura del equilibrio económico de la concesión y, por tanto, un daño especial al concesionario. Tales medidas se conocen con la denominación del *«factum principis»*, y se entiende generalmente que dan lugar a un deber de restablecimiento integral por parte de la Administración.

d) Finalmente, se encuentra la técnica del restablecimiento por *«riesgo imprevisible»*. Frente a lo que ocurre en el caso de modificación directa del contrato por la Administración y de ruptura de su equilibrio económico-financiero provocada por hechos de la Administración no directamente dirigidos a la modificación de la relación contractual, la aparición de un riesgo imprevisible se caracteriza por una serie de notas que ha venido recogiendo la doctrina y, en ocasiones, la jurisprudencia. En nuestro ordenamiento general, la doctrina de la imprevisión o riesgo imprevisible sólo viene claramente establecida en el casi venerable Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Se trata de hechos sobrevenidos e imprevistos al celebrar el contrato, ajenos a las actuaciones de las partes, extraordinarios, de tal modo que exceden del riesgo que razonablemente intentó delimitarse en la fórmula económico financiera de la concesión —razón por la cual se entiende que no están incluidos en la misma—. Suponen, en todo caso, una ruptura importante del equilibrio económico de la concesión y comportarían un reparto de las consecuencias del riesgo sobrevenido entre concedente y concesionario. No se trataría, pues, de un restablecimiento integral. Normalmente no se cubre el beneficio industrial.

Resulta importante precisar que la aplicación de esta técnica de restablecimiento va más allá de los estrictos supuestos de la fuerza mayor. Por otra parte, la jurisprudencia ha aceptado, en ocasiones, que la técnica de la revisión automática de precios no es incompatible con la del riesgo imprevisible cuando aquélla se muestra insuficiente para restablecer el equilibrio económico en determinados supuestos. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, así como

el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 y 27 de diciembre de 1990 (incrementos extraordinarios de los precios del petróleo durante la pasada crisis energética).

A la vista de lo anterior, veamos a continuación cómo regula el Proyecto la cuestión que nos ocupa y, por tanto, qué alcance otorga el mismo al necesario mantenimiento del equilibrio económico de la concesión de obra pública.

El artículo 248 del PLCAP, bajo la rúbrica «*Mantenimiento del equilibrio económico del contrato*», constituye el precepto fundamental al respecto. A tenor de su primer apartado, el equilibrio deberá mantenerse en los términos que fueron considerados para la adjudicación de la concesión. Ahora bien, como indica su apartado segundo, la Administración deberá restablecer el equilibrio, en beneficio de la parte que corresponda, *exclusivamente* en los supuestos que el propio precepto menciona.

Así, se impone el restablecimiento en el supuesto de que la Administración acuerde una modificación del contrato por razones de interés público, con lo que se acogen, claramente, las prerrogativas y las consecuencias del «*ius variandi*».

También se impone el mantenimiento del equilibrio cuando concurren causas de fuerza mayor —entendiendo como tales las ya vistas del artículo 144 de la LCAP— o actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Esta última precisión, en contraposición con la admisión expresa de la obligación de mantenimiento del equilibrio económico del contrato en los supuestos de ejercicio del «*ius variandi*», puede evocar, aunque no de forma clara, la técnica del «*factum principis*».

Finalmente, se impone el restablecimiento cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo —se dice— con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) del PLCAP.

El primero de ellos, ya mencionado anteriormente, se refiere al contenido de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares que, recordémoslo, deben prever las fórmulas de revisión de precios durante la ejecución de las obras y de actualización de costes durante su explotación, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes

tarifas. El segundo se refiere a la oferta del concesionario, que debe incluir el plan económico-financiero de la concesión y, muy específicamente, la incidencia en las condiciones de la misma de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra. Como indica gráficamente la Exposición de Motivos sobre este último punto, el concesionario queda con ello 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, procederá la revisión del contrato.

Resulta dudoso, y este puede ser un punto criticable del Proyecto, que el artículo 248 haya acogido, directa o indirectamente, la técnica de la «*imprevisión*» o «*riesgo imprevisible*», técnica que no estaría de más incorporar explícitamente en el trámite parlamentario si se quiere incentivar intensamente la entrada de capital privado en la provisión de infraestructuras públicas. De hecho, éste fue uno de los aspectos que también criticó el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto, indicando el Consejo al respecto que:

«(...) no considera del todo adecuado enunciar, con carácter tasado, los supuestos en que «*exclusivamente*» habrá de restablecerse el equilibrio económico-financiero, pues de ordinario son muy diversos los supuestos en que tal restablecimiento puede resultar procedente, sobre todo a la vista de la utilización del término «*fuerza mayor*» (...) que resulta altamente impreciso.»

El reproche del Consejo de Estado ha pretendido subsanarse con la aclaración, incorporada en el Proyecto, de que se incluyen como casos de fuerza mayor los contenidos en el artículo 144 de la LCAP. Entendemos, sin embargo, que con ello no se da respuesta adecuada a la apreciación de fondo manifestada por el Alto Organismo Consultivo.

Por lo demás, indicar que, en el caso de que resulte procedente el restablecimiento del equilibrio económico, ello podrá llevarse a cabo, según el mismo artículo 248 del PLCAP, mediante cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato, citando expresamente, como mecanismos más frecuentes de restablecimiento del equilibrio, las modificaciones en las tarifas y la ampliación o reducción del plazo concesional.

#### 4. LAS GARANTÍAS DE LOS FINANCIADORES

Uno de los objetivos fundamentales del Proyecto es crear para los financiadores de la construcción de obras públicas una serie de mecanismos de garantía que hagan viable la financiación de proyectos de elevado coste que cuentan con dos elementos de riesgo adicionales. En primer lugar, la intervención de una Administración pública concedente que goza de una serie de potestades públicas cuyo ejercicio puede tener una influencia determinante en la recuperación de su inversión por parte de los financiadores: «*ius variandi*», facultad de rescate de la concesión, etc. En segundo lugar, la implicación de institutos jurídicos como el dominio público o el servicio público, destinados a garantizar el destino de la obra al uso o servicio público que la motivó, y que pueden interferir de uno u otro modo en el ejercicio por parte de los financiadores de las facultades que el Derecho privado les atribuye como acreedores del concesionario.

A la vista de estos elementos adicionales de riesgo, resulta fácil de comprender la importancia que las garantías de los financiadores tienen en las operaciones de financiación de una obra pública. Sin perjuicio de que las soluciones que plantea el Proyecto sean más o menos acertadas, su aprobación por las Cortes Generales introduciría al menos una mínima certeza en un ámbito tan necesitado de seguridad jurídica, mejorando así una situación como la actual, en la que la incertidumbre sobre la constitución de garantías y sobre sus efectos eleva el nivel de riesgo de los proyectos de financiación de obras públicas con arreglo al esquema concesional.

Debe señalarse, de todos modos, que la seguridad (toda la que cabe legítimamente esperar en la financiación de un proyecto empresarial) de los financiadores de la construcción y explotación de una obra pública en régimen de concesión descansa en buena parte, además de en los derechos de garantía que se puedan constituir en su favor, en la capacidad de la concesión para generar a lo largo de su vida el flujo de caja que permita el pago de los créditos otorgados para la construcción de la obra pública. Desde este punto de vista, cuestiones como la del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, que ha sido examinada en el apartado anterior, cobran también gran importancia desde la perspectiva de los financiadores.

A continuación nos ocupamos de la regulación de la hipoteca de la concesión que el Proyecto lleva a cabo. También haremos referencia a los mecanismos que el Proyecto instrumenta para la protección y aseguramiento de los intereses de los tenedores de los títulos valores que puedan resultar de operaciones de titulización de los derechos de crédito del concesionario. Aun cuando sea ésta una cuestión que queda fuera de la regulación de los derechos de garantía en sentido estricto, una breve referencia resulta justificada por el hecho de que el Proyecto hace extensivas a los tenedores de estos títulos buena parte de las facultades que corresponden al acreedor hipotecario.

##### 4.1. La hipoteca de la concesión

En la actualidad, la posibilidad de constituir una hipoteca sobre una concesión de obras públicas está expresamente prevista en el artículo 107.6.º de la Ley Hipotecaria. Pero al margen de esta previsión, son pocas las disposiciones que se ocupan de la hipoteca de la concesión de obras públicas, y muchas las incertidumbres que surgen en relación con esta institución, y que van, desde las dudas que la doctrina se plantea sobre si su constitución exige o no la autorización de la Administración concesionaria, hasta el contenido y extensión de los derechos del acreedor hipotecario. El Proyecto intenta dar solución a un buen número de estas dudas, y lo hace desde un planteamiento realista, que asume que la ejecución de la hipoteca no es sino una solución extrema, y se centra en una serie de mecanismos previos y alternativos de satisfacción de los intereses del acreedor hipotecario (artículos 255 a 258 PLCAP).

El Proyecto prevé la posibilidad de hipotecar la concesión junto con los bienes y derechos que lleve incorporados, si bien admite la constitución de este derecho sólo y exclusivamente para garantizar deudas relacionadas con la concesión hipotecada. La aprobación de esta iniciativa legislativa pondría fin, por otro lado, a la polémica doctrinal, que se arrastra desde hace décadas, sobre si resulta o no precisa la autorización del órgano de contratación para la constitución de la hipoteca, puesto que el Proyecto exige expresamente la previa autorización de la Administración concesionaria (artículo 255 PLCAP).

El correcto funcionamiento de la concesión tiene un doble interés para el acreedor hipotecario: garan-

tiza la generación del suficiente flujo de caja para el reintegro de su crédito y conserva el valor del derecho hipotecado. Para garantizar este doble objetivo, el Proyecto prevé, en primer lugar, la posibilidad de que el acreedor, con la conformidad del órgano de contratación, se subrogue en el lugar del concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones, con el fin de evitar la resolución de la concesión por incumplimiento del concesionario y, en segundo lugar, lo que cabría calificar como una acción administrativa de devastación. Así, sin excluir *a priori* la posibilidad de que el acreedor ejerza la acción de devastación contemplada en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria para evitar los daños que la conducta dolosa o culposa del concesionario pueda causar en el inmueble hipotecado (de difícil aplicación en relación con un buen número de las obras públicas), el Proyecto faculta al acreedor a dirigirse a la Administración para que ordene al concesionario la adopción de las medidas necesarias para evitar el daño de la concesión.

Especial interés tienen los mecanismos de satisfacción del crédito alternativos a la ejecución propiamente dicha de la hipoteca previstos en el Proyecto. En ellos se manifiesta un rasgo de la hipoteca de las concesiones de obras públicas que ha sido puesto de relieve por algún autor: la configuración de esta hipoteca como un derecho *ad fructus*. Es decir, un derecho que recae en buena medida sobre los rendimientos o frutos de la concesión, y no sólo sobre el derecho hipotecado. En este sentido, el Proyecto contempla que, siempre que se establezca expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca, el acreedor hipotecario podrá, en caso de falta de pago, solicitar a la Administración concedente la satisfacción de su crédito a cargo de los ingresos del concesionario, ya sea mediante (i) la asignación a estos efectos de parte de los ingresos de explotación de la concesión o de las cantidades que la Administración deba hacer efectivas al concesionario, o (ii) el otorgamiento del derecho a explotar durante un período de tiempo determinado las zonas complementarias de explotación comercial a que nos hemos referido en su momento (artículo 255 del PLCAP).

El hecho de que la concesión pueda extinguirse anticipadamente, obliga al Proyecto a atender a los intereses del acreedor hipotecario que en el momen-

to de la resolución anticipada aún no haya recuperado su crédito. Generalizando las previsiones contenidas hoy de un modo un tanto impreciso e incompleto en el Pliego de Cláusulas Generales para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión (aprobado por Decreto de 25 de enero de 1973), el Proyecto atribuye al acreedor hipotecario el derecho sobre la indemnización que deba recibir el concesionario como consecuencia de la resolución. Para asegurar la efectividad de este derecho, el Proyecto obliga a la Administración concedente a notificar al acreedor hipotecario (en general de cualquier titular de derechos o cargas sobre la concesión anotados en el Registro de la Propiedad) la incoación de cualquier procedimiento destinado a declarar la resolución anticipada de la concesión, y condiciona la cancelación de la hipoteca (y de los demás asientos en favor de los titulares de cargas y derechos sobre la concesión) a que se haya puesto a disposición del acreedor hipotecario la indemnización que correspondería al concesionario.

Puesto que, en cualquier supuesto de resolución, el concesionario tendrá derecho al abono del valor de los bienes que revierten a la Administración como consecuencia de la resolución, teniendo en cuenta su grado de amortización (en función del tiempo que restara para el término de la concesión y de lo previsto en el plan económico-financiero de ésta), el acreedor hipotecario contará, en principio, con el valor de reversión de esos bienes como una garantía mínima de su inversión.

A pesar de su rúbrica (*«Ejecución de la hipoteca»*), el artículo 257 del PLCAP se ocupa tan sólo de los aspectos jurídico-administrativos de la ejecución hipotecaria. En efecto, aunque el Proyecto no sea explícito en este sentido, en él se contempla una ejecución judicial del derecho de garantía que, en principio, habría de regirse por lo dispuesto en los artículos 634 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*«LEC»*), disposiciones que, por ser el derecho hipotecado una concesión de obra pública, deberían completarse con lo dispuesto en el Proyecto.

La iniciativa legislativa enviada al Congreso prevé la necesidad de que todos los participantes en el procedimiento de ejecución hipotecaria reciban la previa autorización administrativa, habida cuenta de

que el adjudicatario quedará subrogado en el lugar del concesionario. Se ocupa también el Proyecto del supuesto de que el procedimiento de ejecución quede desierto, o ningún sujeto haya sido autorizado por la Administración a participar en él. En este caso, y siempre que el acreedor no opte por pedir la adjudicación de la concesión según lo dispuesto en el artículo 671 de la LEC (para lo que sería precisa la previa autorización administrativa), se concede a la Administración contratante la posibilidad de optar por las siguientes soluciones:

a) Acordar la resolución de la concesión, fijando la cuantía de la deuda aún no amortizada y las condiciones de amortización de acuerdo con el acreedor. Aun cuando no se prevea expresamente en el artículo 257 PLCAP, una interpretación sistemática del Proyecto conduciría a la conclusión de que el pago por parte de la Administración de la deuda no amortizada se haría con cargo a la indemnización que como consecuencia de la resolución debería recibir el concesionario, sin perjuicio de la posibilidad de que la cantidad abonada por la Administración pudiera ser superior al montante de esa indemnización. De hecho, el citado precepto prevé que, en caso de falta de acuerdo entre la Administración y el acreedor hipotecario, la Administración pondrá a disposición de aquél la indemnización que corresponda al concesionario.

b) Acordar el secuestro de la concesión y dar trámite de audiencia para que el acreedor hipotecario proponga un nuevo concesionario, que habrá de contar con la autorización de la Administración. En el caso de que el acreedor no designase un nuevo concesionario, o el designado no cumpliera, a juicio de la Administración, los requisitos necesarios para subrogarse en el lugar del primitivo concesionario, se procederá a la licitación de la concesión.

#### **4.2. Los derechos de los tenedores de títulos resultantes de la titulización de los derechos de crédito del concesionario**

El artículo 254 del PLCAP contempla expresamente la posibilidad de que se titulicen uno o varios de los derechos de crédito del concesionario: (i) el derecho al cobro de las tarifas; (ii) los ingresos que pueda obtener de la explotación de las eventuales zonas complementarias de explotación comercial; o (iii) los correspondientes a las aportaciones que, en su

caso, debe realizar la Administración. En un intento de potenciar este mecanismo de financiación, el Proyecto procura fortalecer la posición de los tenedores de estos títulos valores negociables.

En primer lugar, otorga a los créditos titulizados el carácter de separables en caso de quiebra del concesionario, y concede a los tenedores de los títulos valores, con respecto a los créditos incorporados, el mismo lugar en la prelación de créditos que corresponde al acreedor hipotecario, incluso en el supuesto de que la Administración asuma la deuda correspondiente.

En segundo lugar, atribuye a los tenedores de los títulos las facultades que el artículo 256 del PLCAP confiere al acreedor hipotecario, si bien es condición previa para ello que los tenedores de los títulos valores designen una persona física o jurídica que actúe como su representante único ante la Administración. Así pues, los tenedores, a través de su representante único, podrían (i) ejercer la acción administrativa de devastación comentada en el apartado anterior; (ii) subrogarse, con la conformidad de la Administración, en el cumplimiento de las obligaciones del concesionario; (iii) solicitar de la Administración concedente que se asignase a la amortización de su crédito una parte de la recaudación obtenida por el concesionario por la explotación de la obra, o de las cantidades que la Administración hubiera de hacer efectivas al concesionario; e incluso (iv) solicitar de la Administración la explotación temporal de las zonas complementarias de explotación comercial. El artículo 254 PLCAP no condiciona expresamente las facultades enumeradas en tercer y cuarto lugar a su expresa previsión en la operación de titulización, pero su remisión en bloque al artículo 256 permitiría argumentar que, al igual que en el caso del acreedor hipotecario esas facultades han de estar previstas en la escritura de constitución de la hipoteca, su previsión expresa se exige también en el caso de los tenedores de títulos que representen derechos de crédito del concesionario.

En tercer lugar, el Proyecto incluye una serie de previsiones dirigidas a velar por los derechos de los tenedores de los títulos en los casos de extinción anticipada de la concesión, que difieren en función de si la causa de resolución que se verifique es o no imputable al concesionario.

En el supuesto de que se constate una causa de resolución imputable al concesionario, el Proyecto faculta a la Administración para:

a) Ordenar el secuestro de la concesión a los solos efectos de satisfacer los derechos de los tenedores de los títulos, siempre que la causa de resolución no consista en la declaración de quiebra, de concurso de acreedores o de insolvente fallido del concesionario, o en el establecimiento de un acuerdo de quita y espera; o

b) Resolver la concesión, acordando con el representante de los acreedores, si aquél ha sido designado, la cuantía de la deuda no pagada y las condiciones en que debe ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración pondrá a disposición de los tenedores la menor de las siguientes cantidades:

el importe de la indemnización que deba recibir el concesionario como consecuencia de la resolución, o la diferencia entre el valor nominal de los títulos y las cantidades percibidas por los acreedores hasta el momento de la resolución de la concesión.

En el supuesto de que la extinción anticipada de la concesión respondiera a causas no imputables al concesionario, la Administración tendría las mismas opciones que se acaban de dejar expuestas, con la diferencia de que, si opta por la resolución de la concesión y no se llega a un acuerdo con el eventual representante único de los tenedores sobre la deuda pendiente, la Administración deberá poner a disposición de los acreedores la diferencia entre el valor nominal de los títulos y las cantidades percibidas hasta el momento de la resolución.

