

# El reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios y el nuevo derecho de desistimiento del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público del 2017

## Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo  
Consejera académica de GA\_P

## Irene Fernández Puyol

Abogada senior del Área  
de Derecho Público de GA\_P

---

*Son muchas y muy importantes las novedades que introduce la nueva Ley de Contratos del Sector Público en los contratos de concesión de obras y de servicios, siendo esta última una nueva categoría contractual creada por la ley que viene a sustituir al extinto contrato de gestión de servicios públicos. En este segundo análisis se abordan las importantes novedades introducidas en el derecho del concesionario al reequilibrio de la concesión y el nuevo derecho del concesionario a desistir del contrato cuando éste resulte extraordinariamente oneroso para él como consecuencia de la concurrencia de dos circunstancias que precisa la ley.*

### 1. Régimen de reequilibrio económico de la concesión

Como se expuso en un análisis anterior, si bien el concepto del riesgo operacional introducido por la Ley de Contratos del Sector Público recuerda, atendiendo a su regulación, al de «riesgo y ventura» que ya se aplicaba con carácter general a los contratos administrativos, se ha reducido en cambio de forma notable el derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión tal como lo regulaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y lo reconocía la jurisprudencia.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La primera novedad en la regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público para el reequilibrio económico de la concesión de obras (art. 270) y de la concesión de servicios (art. 290) radica en que el reequilibrio económico de la concesión ya no se configura sólo como un derecho del concesionario —si bien éste seguirá siendo el caso más frecuente—, pues se prevé también la posibilidad de que sea la Administración la que proceda a reestablecer el equilibrio cuando la aplicación de las circunstancias previstas en estos preceptos diera lugar a beneficios extraordinarios del concesionario que fueran más allá de las previsiones del plan económico-financiero del contrato.

En segundo lugar, llama la atención que la citada ley ya no prevea como uno de los supuestos de reequilibrio económico el que «se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión», como decía el texto refundido (art. 258). Ello no impide, sin embargo, que en el pliego se aluda a supuestos de revisión que permitan, directa o indirectamente, reequilibrar el contrato, siempre que se respeten las condiciones y los límites establecidos por el artículo 204, que sólo permite modificaciones de hasta un máximo del 20 % del precio inicial y mediante el cumplimiento de los requisitos formales (precisión y claridad) y de contenido que precisa el precepto. Estas previsiones no podrán nunca suponer, como es obvio, que se elimine el riesgo operacional, al ser éste una condición *sine qua non* para que el contrato pueda calificarse de concesión de obras o de servicios.

De acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, los supuestos que necesariamente dan lugar al reequilibrio económico de la concesión son únicamente los dos que pasamos a exponer:

- a) Primero, que la Administración efectúe una modificación del contrato de obras de las señaladas en el artículo 262 de la citada ley o bien que introduzca en el contrato de servicios cualquiera de las modificaciones llevadas a cabo en el servicio contratado o cualquiera de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios por concurrir las circunstancias previstas con carácter general para la modificación de los contratos administrativos en los artículos 203 a 207 de la ley.

En este supuesto de equilibrio económico por el ejercicio por parte de la Administración del *ius variandi*— que ya reconocía la legislación anterior—, destaca que el derecho al reequilibrio en la concesión de obras ya no se prevea para cualquier modificación introducida por la Administración en el contrato, como hacía el texto refundido, sino únicamente respecto de las previstas en el artículo 262 de la Ley de Contratos del Sector Público, que se limitan a la «modificación de las obras», cuando lo cierto es que, tanto o más que las modificaciones de las obras, pueden afectar al equilibrio económico de la concesión las modificaciones unilaterales introducidas por la Administración por motivos de interés público que afecten a su explotación (previstas con carácter general en el art. 261b LCSP).

Para el contrato de concesión de servicios, en cambio, cualquiera de las modificaciones del contrato que puede introducir la Administración puede dar lugar al reequilibrio de la concesión, sin que aparezca justificada esta desigualdad de tratamiento entre la concesión de obras y la de servicios.

- b) Segundo, que «las actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato».

Como vemos, la Ley de Contratos del Sector Público precisa que el *factum principis* que da lugar al reequilibrio económico de la concesión es el que resulta de las actuaciones de la «Administración concedente» (el texto refundido se refería de forma genérica a «actuaciones de la Administración»), con lo se excluyen los supuestos en que las actuaciones de otras Administraciones alteran las condiciones económicas inicialmente pactadas. Así lo confirma el que, como expondremos a continuación, se prevea como uno de los supuestos que habilitan al concesionario para desistir de la concesión, sin indemnización para ninguna de las partes, «la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato».

Fuera de estos casos tasados, la ley dispone, tanto para la concesión de obras como para la de servicios, que «únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239».

Además, la ley establece expresamente que «en todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario».

Ante estas últimas precisiones, cabe preguntarse si tras la Ley de Contratos del Sector Público es posible el reequilibrio económico de la concesión en supuestos de riesgo imprevisible.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no mencionaba el riesgo imprevisible como una de las causas que permitía el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero esta posibilidad había sido reconocida por la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen 54.700, aprobado el 5 de diciembre de 1990) y había sido aplicada por la jurisprudencia en algún caso en que, por un hecho extraordinario e imprevisible, la posición jurídica del concesionario en el seno del contrato de concesión resultaba alterada y el cumplimiento de las prestaciones a que se había obligado se hacía excesivamente onerosa (vide STS de 16 de mayo del 2011, rec. n.º 566/2008).

La ley únicamente prevé el riesgo imprevisible, en su artículo 205.2b, como una de las causas que permiten a la Administración modificar cualquier contrato administrativo sin necesidad de una nueva licitación. En concreto, se trata del supuesto de que «la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato», siempre y cuando se cumplan las tres condiciones previstas en este precepto: que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever, que la modificación no altere la naturaleza global del contrato y que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 % de su precio inicial, impuesto sobre el valor añadido excluido.

Ahora bien, este riesgo imprevisible se incardina como un supuesto de modificación contractual que la Administración podrá introducir y no como un derecho del contratista al reequilibrio económico del contrato. Por tanto, para que se acuerde la modificación —cuyo supuesto podrá poner de manifiesto el contratista—, la Administración habrá de atender a su «necesidad» y a que sea «indispensable para responder a la circunstancia imprevisible acaecida». La Ley de Contratos del Sector Público no precisa el concepto de ‘necesidad’, pero teniendo en cuenta la interpretación estricta de los supuestos de modificación (de acuerdo con el carácter excepcional que revisten las modificaciones del contrato y que confirma la exigencia legal de que la modificación sea «estrictamente indispensable»), entendemos que se refiere a que la modificación resulte necesaria para que pueda seguir ejecutándose el contrato como originariamente estaba previsto.

En relación con el equilibrio económico de la concesión, interesa asimismo señalar que la alteración del equilibrio «en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial» se considerará una «modificación sustancial» y, por consiguiente, no podrá llevarse a cabo en aplicación del supuesto del artículo 205.2c, que permite modificaciones —cualquiera que sea su origen— que no sean sustanciales. En todo caso, añade el artículo, se considerará que se da este supuesto cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introduzcan unidades de obra nuevas cuyo importe represente más del 50 % del presupuesto inicial del contrato.

En los casos en que proceda el reconocimiento a la Administración o al concesionario del derecho al restablecimiento del equilibrio económico, la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 270.3 y 290.5) dispone que «se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan», pero a continuación enumera algunas posibles, tales como las siguientes:

- la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras en la concesión de obras o de las tarifas que habrán de abonar los usuarios o la retribución que habrá de abonar la Administración concedente en el de servicios;

- la modificación en la retribución que deba abonar la Administración concedente;
- la reducción del plazo de la concesión;
- y, en general, «cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato».

Sin embargo, tras esta cláusula abierta, la ley, al igual que el texto refundido, contiene restricciones en cuanto a la posibilidad de prorrogar el plazo de la concesión para el restablecimiento del equilibrio económico, y ello en un doble sentido:

- a) Esta posibilidad únicamente procederá en los casos de restablecimiento del equilibrio económico por actuaciones de la Administración Pública concedente de carácter obligatorio para el concesionario y en el caso de causas de fuerza mayor que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

En la concesión de servicios se exige además que la retribución del concesionario provenga en más de un 50 % de tarifas abonadas por los usuarios.

- b) El periodo por el que se prorrogue la concesión no podrá exceder de un 15 % de su duración inicial.

En esta regulación se observa que la Ley de Contratos del Sector Público ha suprimido el derecho que se reconocía al concesionario de obras a que, en el supuesto de fuerza mayor que no impidiera por completo la realización de aquéllas o la continuidad de su explotación, la Administración concedente le asegurase los rendimientos mínimos acordados en el contrato.

## **2. El nuevo derecho de desistimiento del contrato de concesión**

Como novedad, justificada sin duda por la drástica reducción que ha experimentado el derecho al equilibrio económico de la concesión, la Ley de Contratos del Sector Público (art. 270.2 y 290.6) reconoce el derecho del concesionario a desistir del contrato, sin indemnización para ninguna de las partes, cuando éste resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las dos circunstancias siguientes:

- a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente

y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

A efectos de la aplicación de este derecho, la ley precisa que se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene «extraordinariamente oneroso para el concesionario» cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el periodo que reste hasta que ésta concluya. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.