

Sobre los concursos de los concesionarios de autopistas

Por **María Luisa Sánchez Paredes**

Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo

I. La configuración jurídica de los contratos de concesión de autopistas

Estos contratos de concesión de obras públicas se originan en la necesidad de colaboración entre el sector público y el sector privado para ejecutar, mantener y operar infraestructuras de transporte. En cuanto contratos del sector público, están sujetos a una regulación especial contenida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Ahora bien, a pesar de las diferencias existentes entre estos contratos y los privados, puede apreciarse una identidad sustancial en las reglas jurídicas fundamentales comunes a toda clase de contratos que derivan de la Teoría General del Derecho y que permitiría la aplicación supletoria de las normas de Derecho privado relativas a las obligaciones y contratos. De ahí su configuración como contratos con causa onerosa y de naturaleza recíproca, dirigidos a la financiación de infraestructuras públicas susceptibles de explotación económica en los que el concesionario se compromete a la realización, ejecución, restauración, reparación, conservación o mantenimiento de una obra pública a cambio del derecho a explotarla acompañado o no de la contrapartida del pago de un precio por la explotación. Al mismo tiempo, son contratos que se perfeccionan con su «formalización» a través del correspondiente «expediente administrativo de contratación» y que, si bien con arreglo al principio de libertad de pactos podrían incluir cualesquiera cláusulas o condiciones que no sean contrarias al interés público, al Ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (art. 25.1 TRLCSP), no podrán contener estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los «pliegos de cláusulas administrativas», por lo que se consideran esencialmente como contratos de adhesión.

En este tipo de contratos, el principio de sujeción de las partes a lo pactado (art. 209 TRLCSP) y el de riesgo y ventura del contratista-concesionario (art. 215 TRLCSP), unidos al hecho de que se trata de contratos de plazo fijo y larga duración en los que la contraprestación en favor del concesionario consiste en la explotación de su propia prestación y en los que existe una fuerte vinculación entre el

objeto del contrato y la satisfacción de intereses públicos, aconsejan establecer fórmulas que permitan la mutabilidad del contrato perfeccionado, con el fin de evitar que una excesiva rigidez acabe frustrando la realización de los intereses públicos perseguidos. Ello justifica las prerrogativas atribuidas a la Administración para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público -*ius variandi*- (arts. 210 y 249.1-b TRLCSP), si bien, al mismo tiempo, se trata de garantizar al concesionario una remuneración suficiente que se completa con su «derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión» (art. 245-b TRLCSP).

El concesionario de autopistas asume los riesgos de tráfico y de expropiación, en los cuales se concreta la construcción y explotación de la obra, y tiene derecho al reequilibrio económico del contrato en tres supuestos: cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra -*ius variandi*-; cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración -*factum principis*- determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión; y cuando se produzcan los supuestos establecidos en el propio contrato para su revisión (art. 258.2 TRLCSP). A estas causas legitimadoras del reequilibrio previstas en la normativa, se une por obra de la jurisprudencia la relativa al «riesgo imprevisible» v. STS 16.5.2011 (R. 566/2008). Ante la concurrencia de tales circunstancias, surgiría para la Administración el deber de restaurar el equilibrio económico del contrato, para lo que habrán de tenerse en cuenta las bases que determinaron su adjudicación.

II. La influencia de la crisis económica en los concesionarios de autopistas

La crisis ha tenido un fuerte impacto en estas concesiones, especialmente sobre su principal fuente de ingresos, el tráfico. Diferentes estudios económicos han puesto de manifiesto las desviaciones producidas en el tráfico real y el estimado cuando los concesionarios acudieron a los concursos de licitación, y revelan que los concesionarios sobrestimaron mucho los niveles de tráfico para todas sus concesiones (v., entre otros, BAEZA MUÑOZ, M. A., ORTEGA

HORTELANO, A., y VASSALLO MAGRO, J. M., «La crisis económica en las concesiones de autopistas de peaje», en Actas del XVI Congreso AECA, 21.9.2011-23.9.2011, ed. AECA, Granada, 2011, 18 págs.). Ello se ha visto agravado con el sobrecoste de las expropiaciones de terrenos afectados por la construcción. Ante esta situación, la intervención Administrativa, dirigida a evitar el concurso de las sociedades concesionarias, ya que las consecuencias derivadas de la resolución del contrato obligarían a la Administración a hacerse cargo de las inversiones realizadas por razón de la expropiación, la ejecución de las obras y la explotación de la concesión, ha conducido a la modificación de las concesiones para prorrogar los plazos de concesión o permitir el incremento de tarifas, así como a la compensación a las sociedades concesionarias por la reducción del peaje, mediante la posibilidad de crear una cuenta de compensación por la cual el Estado pagará a dichas sociedades la diferencia entre un porcentaje de los ingresos previstos y los ingresos reales durante un periodo de tiempo determinado. Al mismo tiempo, la medida de actuación estatal más importante ha consistido en la adjudicación de préstamos participativos, cuya devolución depende de los ingresos generados. Estas previsiones, contenidas en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2010, 2011, 2012 y 2013, y en la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, se han visto como una aplicación concreta de la técnica del «riesgo imprevisible». Ahora bien, al tratarse de medidas de reequilibrio que vienen reconocidas en normas con rango de Ley, no parece que pueda admitirse la generalización del «riesgo imprevisible» como causa determinante del reequilibrio económico del contrato más allá de los supuestos reconocidos en la Ley o resueltos por la jurisprudencia, entre los que no se encuentra el concurso de acreedores -v. ARIMANY LAMOGLIA, E., «El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo “Autopista Madrid-Toledo (AP-41)», en Actualidad Jurídica Uría-Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Barcelona, 2011, págs... 93 a 100, en especial, pg. 96-.

III. Los efectos del concurso del concesionario sobre el contrato de concesión de autopistas

Desde el punto de vista concursal, los contratos con Administraciones públicas están sujetos al artículo 67 de la Ley Concursal, que distingue en materia de efectos de la declaración de concurso entre: los contratos de carácter administrativo y los contratos de carácter privado. Los

primeros se regirán por lo establecido en su legislación especial, el Real Decreto Legislativo 3/2011. A los segundos se aplicarán las normas generales previstas en la Ley Concursal que regulan los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 LC).

En relación con el ámbito de aplicación del artículo 67.1 de la Ley Concursal, estaremos ante un contrato de carácter administrativo sujeto a la normativa especial cuando concurren dos requisitos: que el contrato haya sido suscrito por el deudor con alguno de los sujetos que forman parte del sector público (art. 3.1 TRLCSP) y que el contrato aparezca en el elenco de contratos administrativos recogido en la normativa (art. 19.1-a TRLCSP). Por tanto, los contratos de concesión de autopistas son contratos administrativos sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo en la materia relativa a la financiación privada, atribuida expresamente a la jurisdicción civil en los términos previstos ley (art. 21 en relación con los arts. 259 a 264 TRLCSP).

Ahora bien, el concurso del concesionario tiene distinta trascendencia en el contrato. En principio, la solicitud de declaración de concurso voluntario y la declaración de concurso necesario se recogen como causas de prohibición para contratar con el sector público, si bien la ley permite la contratación si en el concurso ha adquirido eficacia el convenio (art. 60.1-b TRLCSP). Por otro lado, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la contratación propio de los concesionarios no puede conducir a equiparar el desequilibrio concesional con la insolvencia, como presupuesto de apertura del concurso de acreedores. En este sentido, puede que concorra un desequilibrio concesional sin insolvencia y una insolvencia sin desequilibrio concesional, como puede ser que el desequilibrio concesional sea la causa de la insolvencia.

Con el fin de determinar los efectos del concurso sobre el contrato pendiente de cumplimiento, es preciso tener en cuenta que la legislación especial contiene unas reglas generales para la resolución de los contratos administrativos (arts. 223 a 225 TRLCSP) y unas reglas particulares para la extinción de las concesiones (arts. 266 a 272 TRLCSP). A partir de estos preceptos puede entenderse que el concurso no constituye causa de resolución automática de los contratos administrativos en general, y del contrato de concesión de obra pública en particular, esto sólo ocurrirá cuando dentro del procedimiento se produzca la apertura de la fase de liquidación (v. EMBID IRUJO, A., «Contratos con administraciones públicas», en Beltrán, E y García-Cruces, J.A., (dirs): Enciclopedia de Derecho Concursal, t. I, Thomson

Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, págs.. 697 y ss, en especial, pg. 708). La declaración de concurso de acreedores parece atribuir a la Administración la facultad discrecional de continuar con el contrato o resolverlo. No obstante, la normativa es imprecisa, ya que «en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración “potestativamente” continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución» (art. 224.5 TRLCSP). Por tanto, parece que la Administración sólo podrá continuar el contrato si el contratista prestare garantías suficientes, sin embargo el criterio literal en la interpretación de la norma no permite deducir con claridad si la potestad administrativa se limita a la apreciación de la «suficiencia» de la garantía, de modo que si la garantía es suficiente el contrato continúa; si alcanza a la decisión sobre la continuación del contrato, de modo que cuando concurren garantías suficientes la Administración podrá continuar o no con la contratación y, en otro caso, habrá de resolverlo; o si alcanza a la decisión administrativa entre la continuación o la resolución del contrato. Al mismo tiempo, esa potestad vendrá limitada también por el hecho de que la norma contenida en el artículo 224.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos con el Sector Público no constituye legislación básica (disp. final 2ª-3 TRLCSP), de tal manera que las Comunidades Autónomas podrían establecer una regulación diferente.

En relación con los créditos derivados del contrato, los autores han mantenido que se trata de créditos de naturaleza pública que gozarían de privilegio especial o general, de acuerdo con los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal (v., DEL AGUAYO CASTIELLA, I., «Contratos del sector público y concurso de acreedores», Monográfico 14, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley, Madrid, 2011, pg. 89). No obstante, la legislación especial establece una preferencia para el cobro de la garantía prestada por el contratista sobre cualquier otro acreedor (art. 101.1 LCSP), y habría que excluir de esta clasificación los

intereses devengados en caso de extinción del contrato y determinación del saldo de la cuenta de compensación, que habrían de subordinarse (art. 92.3º LC). Asimismo, no parece clara la clasificación de los créditos derivados de los préstamos participativos, los cuales conforme a su regulación específica «en orden a la prelación de créditos, se situaran después de los acreedores comunes». Junto a ello, será preciso determinar la calificación dentro del concurso de créditos que, en principio, no pueden considerarse de naturaleza pública, aunque deriven del contrato, como son los créditos de los expropiados.

Por último, habría que plantearse si en un escenario de continuación, el contrato se vería sujeto a las reglas generales aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas tanto con respecto a la clasificación de los créditos derivados del contrato, que serían créditos contra la masa (art. 61.2-I LC), cuanto en relación con las facultades contractuales de las partes, es decir, la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento de cualquiera de los contratantes (art. 62 LC). Más dudosa nos parece, en cambio, la posibilidad de resolver el contrato en interés del concurso (facultad atribuida al concursado intervenido o a la administración concursal en caso de suspensión, art. 61.2-II LC), o la eficacia de la facultad atribuida al juez del concurso de mantenerlo, atendiendo a ese mismo interés, aun cuando concurra causa de resolución (art. 62.3 LC). A nuestro modo de ver, la normativa especial en esta materia se dirige a primar el interés público sobre el interés del concurso, de modo que el «interés del concurso», en cuanto criterio funcional que habrá de dirigir la actuación de los órganos concursales en torno al contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, se ve supeditado al interés general que debe regir la actuación de la Administración pública (v., TIRADO, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», ADC, t. LXII, 2009, págs.. 1055 y ss., en especial, pg. 1107).