

LA DESVINCULACIÓN DEL CONCESIONARIO Y EL TRASPASO DEL RIESGO OPERACIONAL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JOSÉ FRANCISCO FERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad de Oviedo

Cómo citar/Citation

Fernández García, J. F. (2024).
La desvinculación del concesionario y el traspaso del riesgo operacional a la Administración pública.
Revista de Administración Pública, 224, 243-269.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.224.09>

Resumen

Cuando la concesión de una obra pública se extingue por renuncia unilateral o insolvencia del contratista, opera una consecuencia que el concesionario no siempre acostumbra a considerar, y es que el riesgo operacional que asume cuando resulta adjudicatario puede constituir para él un serio quebranto si aquel se hace recaer, finalmente, en la propia Administración pública. El objeto de este trabajo es analizar de qué forma el traspaso de ese riesgo operacional, al frustrarse las expectativas del estudio económico del contrato, incide sobre la imputabilidad de las causas de resolución de la concesión de obra pública y, especialmente, sobre los efectos que se pueden derivar de ese hecho en relación con los daños y perjuicios que se irrogan al órgano de contratación.

Palabras clave

Contratación; riesgo operacional; indemnización.

Abstract

When the concession of a public works is terminated due to unilateral resignation or insolvency of the contractor, there is a consequence that the concessionaire does not always consider, and that is that the operational risk that he assumes when he is awarded the contract, can constitute a serious loss for him if it ultimately made to fall on the public administration itself. The purpose of this work is to analyze how the transfer of this operational risk, when the expectations of the economic study of the contract are frustrated, affects the imputability of the causes of resolution of the public works concession and, especially, on the effects that may be derived from that fact in relation to the damages and losses incurred by the contracting body.

Keywords

Contracting; operational risk; compensation for damages.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. EL «RIESGO OPERACIONAL» Y LA DOCTRINA DE LA «BAJA DEMANDA» EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA POR CAUSAS «IMPUTABLES» AL CONTRATISTA: 1. La imputabilidad al concesionario de la resolución del contrato cuando esta se produce al encontrarse aquel en situación de concurso. 2. La imputabilidad a las adjudicatarias de la resolución del contrato por la renuncia unilateral del concesionario. IV. LA DECLARACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: 1. La falta de operatividad automática de la insolvencia como causa de resolución del contrato. 2. La declaración de la resolución del contrato por renuncia. 3. La imprescriptibilidad del derecho de la Administración a que se dé cumplimiento al contrato por el concesionario. V. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS «IMPUTABLES» AL CONTRATISTA: EL TRASPASO DEL «RIESGO OPERACIONAL» A LA ADMINISTRACIÓN: 1. Los efectos que acarrea la resolución del contrato: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia de 17 de abril de 2019. 2. La necesidad de abrir un procedimiento previo de liquidación del contrato. 3. La cuantificación del valor de reversión de la obra que corresponde al contratista y la indemnización que ha de percibir la Administración pública: 3.1. *El valor de reversión de la obra.* 3.2. *Los daños y perjuicios que se irrogan a la Administración: el traspaso a esta del riesgo operacional y la incautación de la garantía del contrato.* VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Durante tiempo ha podido trasladarse la idea de que el contrato de concesión de obra pública constituía una inversión asegurada (o incluso, blindada) desde la propia ley, en favor del contratista¹.

Conforme a la normativa anterior (por la que se rigen, aún, muchos de estos contratos, debido a la amplitud del plazo de vigencia de estos), si la

¹ Véase Dictamen 549/2012, de 29 de agosto, del Consejo Consultivo de Castilla y León (la Ley 3592/2012).

explotación de la obra pública resultaba exitosa, los beneficios obtenidos por el contratista vendrían a corresponderse con la proyección recogida en el estudio económico de la oferta e, incluso, podrían mejorarla. Por el contrario, si la evolución y los resultados de la concesión no respondían a las expectativas inicialmente fijadas, el contratista, al menos, veía asegurado el coste o valor de la obra no amortizada, en el caso de que se optase por la resolución del contrato².

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha matizado ese segundo aspecto, de modo que el rédito obtenido por la ejecución de la obra se ve sensiblemente modulado, con gran alivio para las arcas públicas³.

Ahora bien, en estos casos en los que la concesión acaba por extinguirse prematuramente, opera una segunda consecuencia o efecto, que el contratista no siempre acostumbra a considerar a la hora de concurrir a la licitación, y es que el «riesgo operacional» que asume, una vez que resulta adjudicatario, puede constituir para él un serio quebranto, por su severo impacto económico, al traspasarse aquel a la Administración pública.

² En su redacción inicial, heredada de las leyes anteriores, disponía al respecto el art. 271 del 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), que: «1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

³ El propio TRLCSP había mudado dicho régimen, a través de la modificación que llevó a cabo la disposición final 9.8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, introduciendo un nuevo art. 271 *bis*, cuya literalidad se reproduce en la vigente Ley 9/2017. Conforme indica su art. 281: «1. En el supuesto de resolución por causas no imputables a la Administración, el órgano de contratación deberá licitar nuevamente la concesión, siendo el tipo de licitación el que resulte del artículo siguiente. La licitación se realizará mediante subasta al alza siendo el único criterio de adjudicación el precio. En el caso que quedara desierta la primera licitación, se convocará una nueva licitación en el plazo máximo de un mes, siendo el tipo de licitación el 50 por ciento de la primera [...] 2. El valor de la concesión, en el supuesto de que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, será el que resulte de la adjudicación de las licitaciones a las que se refiere el apartado anterior. En el caso de que la segunda licitación quedara desierta, el valor de la concesión será el tipo de esta, sin perjuicio de la posibilidad de presentar por el concesionario originario o acreedores titulares al menos de un 5 por ciento del pasivo exigible de la concesionaria, en el plazo máximo de tres meses a contar desde que quedó desierta, un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación, en cuyo caso el valor de la concesión será el importe abonado por el nuevo comprador».

En ese agravamiento de la posición jurídica del concesionario tras las últimas reformas normativas, abunda otra nueva circunstancia y es que la idea tradicional de «culpa», como elemento determinante del deber de indemnización del contratista, se ve superada por el concepto de «imputabilidad» de la causa, que opera, por ejemplo, cuando el concesionario renuncia unilateralmente a la explotación de la obra pública o cuando el contrato se extingue por la situación concursal en la que se encuentra este, aunque ello no derive de un hecho punible.

Ambos motivos de resolución del contrato se dan, frecuentemente, por una «baja demanda» de la obra pública, que mengua notablemente los ingresos derivados de su explotación y puede abocar a una difícil situación económico-financiera al adjudicatario del contrato. Ante la concurrencia de esa circunstancia, el contratista busca por todos los medios desvincularse de la concesión, evitando que su viabilidad como empresa pueda llegar a verse comprometida.

La Administración pública, por su parte, que confió en la amortización progresiva del coste de esa obra, buscará, a su vez, que los efectos de la resolución del contrato no golpeen súbitamente sus cuentas, por lo que articulará los mecanismos precisos para su oportuno resarcimiento, toda vez que el estado de la cuestión parece experimentar un giro relevante, que ha provocado que el interés general, en el que ha de centrarse el foco de atención, salga debidamente fortalecido.

Veremos, por tanto, hasta qué punto el traspaso del riesgo operacional, fruto del incumplimiento de las previsiones del estudio económico del contrato, incide sobre la imputabilidad de las causas de resolución de la concesión de obra pública y, especialmente, sobre los efectos que se pueden derivar de ese hecho en relación con los daños y perjuicios que se irrogan al órgano de contratación⁴.

⁴ Aunque desde otras perspectivas, sobre el traspaso del riesgo operacional, autores como R. Sahún Pacheco (2018): *La distribución de riesgos en la concesión de servicios: crítica del riesgo operacional* (tesis doctoral dirigida por J. M. Baño León y T. Cano Campos), han venido a indicar que «el riesgo nunca debe transmitirse con el objetivo de desentenderse del mismo sino que debe hacerse solo en base a la capacidad de gestión que tengan las partes, pues, de lo contrario, la transferencia acabará revirtiendo negativamente en la Administración y en los ciudadanos bien a través del precio, bien a través de la formalización de contratos inviables». El trabajo de esta autora constituye una crítica al encumbramiento del riesgo operacional como elemento clave de las concesiones en la medida en que «su incorporación a nuestro ordenamiento no solo resultaba absolutamente innecesaria para el cumplimiento de las exigencias de las Directivas sino que, además, no es inocua pues desmantela toda la dogmática consolidada en materia de contratos que ha venido sirviendo eficazmente durante años en la práctica y, además, puede dar lugar a grandes ineficiencias desde el punto de vista económico con la consecuente repercusión en las cuentas de la Administración pública».

II. EL «RIESGO OPERACIONAL» Y LA DOCTRINA DE LA «BAJA DEMANDA» EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El cambio de paradigma al que nos estamos refiriendo se puede advertir en los pronunciamientos dictados por los tribunales de justicia en los últimos años, así como en la doctrina emitida por algunos órganos consultivos y de contratación administrativa.

Al respecto, resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2017, en la que se avala con meridiana claridad la imposibilidad de trasladar a la Administración el «*alea*» asumido por el contratista en aquellos supuestos en los que, precisamente, las previsiones sobre el cálculo de una determinada demanda de un servicio público se alejan de forma significativa de la realidad; rechazándose, incluso, atribuir cualquier responsabilidad a la Administración cuando esta incorpora sus propias estimaciones o estudios en los documentos preparatorios de la licitación y los mismos devienen, igualmente, erróneos⁵.

Esta doctrina judicial se encuentra extendida en los pronunciamientos de la Audiencia Nacional, siendo ejemplo de ello la sentencia de 15 de febrero de 2017⁶; o en los de algunos tribunales superiores de justicia, que ya han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, como la sentencia de 8 de junio de 2017 del TSJ de la Comunidad Valenciana, que sigue idéntica estela, en relación con las obras públicas cuya explotación se encuentra vinculada con el flujo de vehículos⁷.

El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de febrero de 2014, ya dejó indicado que la conclusión anterior no se ve alterada siquiera cuando la desviación que se produce en la demanda es ciertamente alta (un 78% en el supuesto

⁵ Véase FD 3º [ECLI: ES:TS:2017:4636], conforme indica esta sentencia: «Lo cierto es que la demandante efectuó los cálculos de tráfico —como admite expresamente—, y lo hizo en base a los factores que estimó oportunos, sobreponderando, posiblemente, un crecimiento poblacional y de demanda de los servicios propios de este tipo de infraestructura, que la situación de crisis económica desvirtuó, al menos temporalmente. Pues bien, ese error de previsión sobre la evolución del tráfico es imputable a la recurrente y entra dentro del riesgo y ventura que todo contrato comporta, la previsión de ganancias o pérdidas, como en cualquier negocio jurídico, sin que quepa trasladar a la Administración el “alea” asumido por la contratista».

⁶ Véase FD 6º [ECLI:ES:AN:2017:803], en donde se viene a reiterar lo siguiente: «Ninguna duda ofrece que la merma de flujos de vehículos, bien por crisis económica bien por remodelación de una vía de acceso libre, no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar al participar en el concurso [...]. Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción».

⁷ Véase FD 2º [ECLI:ES:TSJCV:2017:3458].

examinado) respecto de las previsiones planteadas en el estudio económico-financiero aportado por el adjudicatario⁸.

Del mismo modo, resulta significativa la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo, de 8 de junio de 2012, en la que se analiza un supuesto en el que las circunstancias que influyeron en la rentabilidad de un aparcamiento subterráneo (con un 7% de ocupación de plazas) no fueron valoradas adecuadamente en el momento de la formulación de la oferta por parte del licitador⁹.

Con frecuencia, concurre, a su vez, otra circunstancia singular, y es que la empresa concesionaria intenta argumentar que, ya desde el arranque de la explotación de la obra pública, la demanda era muy inferior a la estimada en su estudio económico. Como ha venido a señalar la Junta Consultiva de Aragón, en su informe de 19 de septiembre de 2012¹⁰, en estos supuestos no es posible, en modo alguno, entender que estemos ante circunstancias imposibles de prever sobre las necesidades existentes en una determinada zona de influencia, sino que lo que realmente sucede es que «la demanda efectiva no se ajusta a la prevista, porque las necesidades reales no fueron debidamente identificadas».

Esta doctrina judicial y de los órganos consultivos, que proclama como únicamente imputable al concesionario la merma en el *flujo de vehículos*, podemos engazarla directamente con el principio del «riesgo operacional», alumbrado en el derecho comunitario¹¹.

⁸ Véase FD 11 [ECLI:ES:TS:2014:952].

⁹ Véase FD 6º [ECLI:ES:JCA:2012:2919]: «Una cosa es que acontezca efectivamente un riesgo imprevisible, entendido este como un acontecimiento que no podía entrar dentro de los parámetros o elementos de juicio que pudieran ser tomados en consideración, y otra bien distinta es el que un determinado riesgo tomado en cuenta no hubiera sido correctamente evaluado o que se hubiera evaluado de forma equivocada [...] a tenor de las circunstancias enumeradas en la demanda como causantes de la irrentabilidad del negocio, ninguna se puede considerar como imprevista, ya que cualquiera de ellas era perfectamente sopesable en aquel momento, al igual que han sido detectadas en la actualidad. Lo que sucedió fue sencillamente que los recurrentes no las valoraron adecuadamente y esto cae directamente dentro del principio de riesgo de ventura recogido en la Ley».

¹⁰ Véase el informe 18/2012, de 19 de septiembre: «La imprevisibilidad de la que habla el art. 278 RBASO y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda, que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga, tras un periodo más o menos largo acorde con las previsiones, sino que ya, desde el principio, es notablemente inferior a la prevista. Pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado».

¹¹ Tal como advierte F. L. Hernández González (2018), «El riesgo operacional en los contratos públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, 12, págs. 129-164: «La nueva Ley de

Recordemos que la Directiva 23/2014 entiende como tal, el «riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado», que puede consistir, tanto en un «riesgo de demanda», como en un «riesgo de suministro», o en ambos simultáneamente¹².

Esa norma jurídica codifica principios preexistentes del Derecho Comunitario¹³, de modo que el concepto de riesgo operacional o de explotación del servicio, ya había sido utilizado previamente por la jurisprudencia comunitaria¹⁴, entre otros pronunciamientos, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-206/08, *Eurawasser*)¹⁵ o, más tarde, en la de 10 de marzo de 2011, dictada por ese mismo órgano judicial (en el Asunto C-274/09, *Privater*)¹⁶.

contratos del sector público introduce el concepto de “riesgo operacional” como elemento de diferenciación de las concesiones frente a los contratos de obras y de servicios. Esta medida lleva consigo la desaparición del tradicional contrato de gestión de servicios públicos, lo que tiene un enorme impacto en la contratación de las entidades locales». Véase, igualmente, I. Aliaga Moreno (2015), «La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, págs. 260-311.

¹² Conforme a esta Directiva: «El riesgo de demanda es aquél que afecta a la *demanda real* de las obras o servicios objeto del contrato»; mientras que el «riesgo de oferta es el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular, el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda».

¹³ De hecho, la ciencia administrativista viene haciéndose eco de esta cuestión desde hace ya algún tiempo, pudiendo citarse a título de ejemplo el análisis de la doctrina del TJUE sobre esta materia, recogido en el trabajo de M. Fuertes (2012), «Los riesgos del riesgo de explotación», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 197-239.

¹⁴ Así lo reconoce expresamente la propia Directiva 2014/23 al señalar que: «[l]as dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de “concesión”, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional» (considerando 18).

¹⁵ En efecto, entre los referidos pronunciamientos cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 260), donde viene a recordarse que: «59. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido, las sentencias *Parking Brixen* [TJCE 2005, 295], apdo. 40; de 18 de julio de 2007 [TJCE 2007, 209], *Comisión/Italia*, apdo. 34, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, apdo. 29, antes citadas)».

¹⁶ En el mismo sentido, cabe traer a este lugar la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2011 (TJCE 2011, 52), en la que igualmente se recogen pronunciamientos judiciales anteriores a la vigente Ley de Contratos: «37. A este respecto, procede

III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA POR CAUSAS «IMPUTABLES» AL CONTRATISTA

La doctrina a la que acabamos de hacer mención ha quedado, en parte, incorporada, a nivel normativo, en el art. 270.2.b) de la vigente Ley de Contratos 9/2017, en el que se viene a indicar que no existirá derecho al reequilibrio por la simple razón de no verse satisfechas las previsiones de la demanda recogidas en el estudio económico, independientemente de que el mismo haya sido elaborado por el concesionario o por la propia Administración contratante¹⁷.

Siendo la baja demanda de un servicio u obra pública ajenas al *alea* de responsabilidad de la Administración, debe concluirse que si, finalmente, tiene lugar la resolución del contrato por circunstancias tales como entrar el concesionario en concurso de acreedores, o bien porque este renuncie de forma unilateral a proseguir con la explotación de la obra pública, estaríamos ante un hecho que le resultaría claramente *imputable*, con las consecuencias o efectos que ello debe conllevar al haber asumido en su momento el riesgo operacional de la concesión.

1. LA IMPUTABILIDAD AL CONCESIONARIO DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO CUANDO ESTA SE PRODUCE AL ENCONTRARSE AQUEL EN SITUACIÓN DE CONCURSO

Tal como aclara la vigente Ley 9/2017 de Contratos del sector público, no resultan imputables a la Administración (y por tanto sí al contratista), cualquiera de las causas de resolución previstas en los apdos. a), b) y f) del art. 211 de dicha norma jurídica¹⁸; refiriéndose, precisamente, el apdo. b) de este

señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser* [TJCE 2009, 260], antes citada, apdos. 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

¹⁷ Concretamente, señala este precepto, 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».

¹⁸ Conforme establece el art. 280 de la LCSP («Efectos de la resolución»): «En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna de las causas previstas en las letras a), b) y f) del art. 211, así como en las letras a) y f) del art. 27».

precepto a aquellos supuestos en los que la resolución del contrato se produce en virtud de la declaración de concurso e insolvencia del contratista¹⁹.

Sobre la distinción entre la idea de «culpa» a la hora de calificar la insolvencia en la que incurre una sociedad y el carácter «imputable» o no de la resolución de un contrato administrativo por dicha causa, ya señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de marzo de 2021 que la declaración de concurso de acreedores como causa de resolución, «aunque no sea culpable», es una causa de resolución contractual que «no puede ser imputable a la Administración»²⁰.

Esta afirmación descansa en que la naturaleza que se atribuye al concurso atiende a razones distintas y específicas, que se sitúan fuera de la órbita estrictamente contractual, en la que lo trascendente, a tenor de lo que establece el legislador (que alude en sentido amplio a los «supuestos de resolución», sin realizar mayor precisión), es que el ámbito en el que se produce es el del contratista.

Por tanto, la calificación del concurso como culpable o fortuito y la resolución contractual figuran en dos ámbitos separados que no pueden confundirse, de modo que una cosa es que el concurso sea fortuito y otra diferente que la resolución no sea imputable al contratista²¹.

2. LA IMPUTABILIDAD A LAS ADJUDICATARIAS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR LA RENUNCIA UNILATERAL DEL CONCESIONARIO

Como ya avanzamos, lo mismo debe ocurrir en los casos en los que la resolución del contrato se produce por la renuncia unilateral del contratista, que abandona la concesión al no resultarle rentable la explotación de la obra pública previamente ejecutada.

Al respecto, hay que insistir en que el riesgo empresarial asumido por el concesionario implica, necesariamente, la posibilidad de que la explotación no sea rentable económicamente, por lo que la causa de la finalización del contrato no puede ser entendida «sino en el ámbito de la voluntad unilateral del concesionario». A ello, solo cabría oponer que las estipulaciones del

¹⁹ Dispone este precepto, en su apdo. 1, que: «Son causas de resolución del contrato: [...] b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento». Y el apdo. 2 del art. 280 de la vigente LCSP tiene una redacción idéntica al art. 247.4 de la LCSP del año 2007, al disponer que: «2. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada».

²⁰ Véase Sentencia 399/2021, de 22 de marzo de 2021 (rec. 4095/2019).

²¹ Siguiendo esa misma línea doctrinal, véase la Sentencia de 20 de diciembre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Toledo.

contrato incorporasen la garantía de un determinado nivel de ingresos para proseguir en la explotación de la obra pública y atendiendo sus obligaciones como concesionaria, pues, de lo contrario, el cumplimiento de las expectativas del estudio económico aportado con la oferta vendría a constituir una mera expectativa que no pasó a formar parte del contenido del contrato como una de sus determinaciones.

Conforme señala la doctrina judicial²², al margen de que «el principio de la eficacia vinculante del contrato» y de la inalterabilidad de sus cláusulas es la regla que comúnmente opera en nuestro ordenamiento, la contratación pública se significa, a su vez, por llevar implícito un elemento de «aleatoriedad de los resultados económicos del contrato», al estar asentado en la norma el principio de riesgo y ventura del contratista. Tal circunstancia conduce a que el incumplimiento de las expectativas económicas que el contratista albergó al suscribir el contrato no le exime en absoluto de satisfacer lo estrictamente pactado ni tampoco le permite apartarse del vínculo contractual o instar su modificación²³.

Como ya antes indicamos, la merma de flujos en la demanda de un servicio no se integra dentro del concepto de riesgo imprevisible, sino que resulta encuadrable bajo el principio de riesgo y ventura que rige la contratación pública y el contratista debió tener presente cuando decidió concurrir a la licitación para resultar adjudicatario de la concesión de la obra pública.

²² Véase la Sentencia 330/2019, de 17 de abril de 2019, del TSJ de la Comunidad de Valencia, Rec. 1154/2017 [ECLI: ES:TSJCV:2019:2195], en la que se recuerda que «... El hecho del descenso en la demanda y la falta de rentabilidad ha sido objeto ya de múltiples pronunciamientos por esta misma Sala y Sección» (STSJCV, 5ª, 44/2018, rec. 687/2015 [ECLI: ES:TSJCV:2018:993]).

²³ Como señala la STS de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:269): «[...] en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Es decir, no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis”, y fuerza mayor o riesgo imprevisible. Más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

IV. LA DECLARACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

1. LA FALTA DE OPERATIVIDAD AUTOMÁTICA DE LA INSOLVENCIA COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El concesionario, en sus prisas por desvincularse de un contrato fallido, puede llegar a considerar que este queda resuelto con la mera apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores; o, incluso, creer que se encuentran prescritas tanto la posibilidad de que la Administración pueda exigirle que atienda a sus obligaciones contractuales como el ejercicio de la acción pertinente, a fin de que responda por el incumplimiento de las mismas.

Pues bien, cierto es que el inicio de la fase de liquidación en el procedimiento concursal origina la resolución forzosa del contrato, pero lo que no cabe entender es que esa consecuencia opere «automáticamente» tras el acuerdo que al efecto adopte el juzgado mercantil. Será preciso, en todo caso, que así se determine mediante resolución de la Administración pública, y tras la tramitación del pertinente procedimiento administrativo.

La apertura de un expediente administrativo resulta imprescindible tanto para la resolución forzosa del contrato como para la de carácter facultativo. Y es que ninguna causa de resolución opera por sí misma, especialmente, en casos como los que aquí estudiamos, en los que frecuentemente existe una controversia abierta entre las partes acerca de los graves efectos que acarrea la resolución del contrato (indemnizaciones, pérdida de la garantía, etc.)²⁴.

Al no operar automáticamente dicha causa de resolución, si las adjudicatarias entienden que han perdido la solvencia exigible para continuar con la ejecución del contrato, deben instar la apertura del correspondiente procedimiento en el que acreditar tal extremo. Incluso, a efectos dialécticos, cabría entender que ese expediente tiene que incoarse de oficio; en cuyo caso, de no haber sucedido así, el concesionario debería dirigir un requerimiento previo en tal sentido, reclamando de la Administración el cumplimiento de esa obligación legal.

Ya prevalezca una interpretación o la otra, lo cierto es que, cualquier eventual impugnación que se pretenda plantear en vía judicial, entendemos que debería de articularse a través del cauce establecido en el art. 29.1 de la LJCA (por inactividad de la Administración) y no por medio de la vía ordinaria de recurso, que es, ciertamente, inadecuado para el ejercicio de la acción.

²⁴ Al respecto, la doctrina judicial distingue entre dos tipos de causas de resolución: «[...]las potestativas —esto es, aquellas que, aunque concurran pueden no dar lugar a la resolución del contrato si la parte que tiene el derecho a invocar esa causa instando la resolución no lo hace— frente a las obligatorias, en las que no hay ese margen de elección y siempre originan la resolución del contrato». Véase la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Ourense de 21 de abril de 2017 [ECLI:ES:JCA:2017:933].

2. LA DECLARACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR RENUNCIA

De la misma manera, cabe indicar que la renuncia tampoco opera como una causa de resolución automática del contrato, sino que requiere el previo pronunciamiento por parte de la Administración contratante, tal como ha puesto de manifiesto una reiterada doctrina judicial²⁵. Ello es así a consecuencia de la regla general según la cual «el cumplimiento y efectos de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes»; lo que, lógicamente, no excluye que la concesionaria pueda ejercitar las acciones oportunas ante una eventual resolución administrativa en que se reconozca su imputabilidad en el sentido de culpabilidad subjetiva necesaria para que proceda, entre otras consecuencias, la incautación de la garantía.

Igualmente, cabe afirmar que la solicitud de renuncia planteada por las adjudicatarias puede ser correctamente desestimada por la Administración en el procedimiento administrativo abierto a su instancia.

En efecto, dado que la renuncia unilateral del contratista constituye una causa inequívocamente imputable a este, solo la Administración puede ejercitarla potestativamente. Esta cuestión formal conlleva que una solicitud de este tipo puede ser desestimada, si bien la Administración podría verse abocada, en su caso, a tener que iniciar de oficio un procedimiento con ese mismo objeto.

Mediante la renuncia unilateral a la concesión manifestada por el contratista, surge jurídicamente tal causa resolutoria, si bien solo la Administración tiene derecho a «ejercitar» dicha causa con el fin de lograr la resolución contractual, por lo que, tratándose de un derecho de ejercicio facultativo para la misma, la respuesta que ha de dar frente a la solicitud del contratista debe ser de carácter desestimatorio por carecer este de la correspondiente legitimación, tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo²⁶.

²⁵ Véase, entre otras, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 1012/2018, de 21 de noviembre.

²⁶ Al respecto, el art. 245 de la LCSP establece, en efecto, que la renuncia es una de las posibles causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas: «j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales. Ahora bien, acerca de la aplicación de dicha causa de resolución, dispone el art. 246 LCSP, que su aceptación por la Administración pública tiene carácter “potestativo” al no serle imputable la misma: 1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos. 2. La declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, así como las causas de resolución previstas en los párrafos e), g), h) e i) del artículo anterior originarán siempre la resolución del contrato. En los restantes casos, será potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa instar la resolución».

Cuestión distinta —como avanzamos— es si la Administración goza de discrecionalidad para no iniciar de oficio un procedimiento dirigido a declarar la resolución del contrato por renuncia unilateral de la concesionaria.

Según han sostenido algunos órganos consultivos, el que la norma otorgue a la Administración la facultad de iniciar de oficio un procedimiento con tal fin, no significa que en el ejercicio de esa potestad sea totalmente libre, pues la postura que finalmente adopte se encuentra determinada o limitada, por lo que su margen de actuación en este punto está condicionado, bien específicamente por algunas normas jurídicas, bien, en general, por la necesidad de que su actuación debe quedar orientada a la satisfacción del interés público en relación con el mantenimiento o no del contrato, en atención a impedir el abandono de este por el concesionario o impedir cualquier otra circunstancia o situación que pudiera dañar derechos o intereses legítimos de terceros, ya sean estos públicos o de carácter privado²⁷.

Dicho de otro modo, la potestad de la Administración para tramitar de oficio el procedimiento conducente a la resolución del contrato goza de un limitado carácter discrecional, de modo que su ejercicio debe entenderse constreñido por los límites y fines referidos en el presente apartado.

3. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A QUE SE DÉ CUMPLIMIENTO AL CONTRATO POR EL CONCESIONARIO

A todo lo anterior se une el que, no estando resuelto el contrato, la Administración conserva la facultad de ejercitar las prerrogativas que le reconoce el legislador para interpretar el contrato, supervisar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, restablecer el equilibrio económico de la concesión o imponer al concesionario penalidades.

El ejercicio de esas prerrogativas se somete exclusivamente a las determinaciones de la propia Ley de Contratos y a la regulación específica que pudiera resultar de aplicación, sin que, en absoluto, opera aquí de forma supletoria el art. 1964 del Código Civil, pues el mencionado régimen administrativo no está sujeto a plazo de prescripción alguno, de ahí que nos encontremos ante un conjunto de facultades (exorbitantes) que, conforme a su naturaleza, resultan indisponibles al encontrarse vivo el contrato²⁸.

²⁷ Véase el Dictamen 201/2017, 31 de julio, emitido por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

²⁸ Conforme indica F. J. Escrihuela Morales (2012): *Los contratos del Sector Público*, Ed. La Ley: «[...] así como en los contratos privados los contratantes se rigen por el principio de igualdad, en los contratos del sector público la Administración actúa con prerrogativas que presuponen una desigualdad, aceptada por las partes con el único fundamento en los intereses que ambas representan. Una vez que el contratista decide concurrir a la contratación pública, queda sometido a la normativa especial y a las condiciones unilateralmente fijadas

V. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS «IMPUTABLES» AL CONTRATISTA: EL TRASPASO DEL «RIESGO OPERACIONAL» A LA ADMINISTRACIÓN

1. LOS EFECTOS QUE ACARREA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD DE VALENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2019

En los contratos administrativos, con carácter general, y frente a lo que ocurre en los contratos cuyos efectos y extinción se rigen por el derecho privado (art. 1.101 C.c.), no existe el deber de indemnizar los daños y perjuicios si en el incumplimiento no ha concurrido *culpa* del contratista²⁹.

Al mismo tiempo, el incumplimiento por el contratista no siempre lleva anudada una nota de *culpabilidad*, tal como ha señalado el Consejo de Estado³⁰ y la propia jurisprudencia³¹. Y lo que es más decisivo aún, no cabe imponer la incautación de la garantía y la obligación de indemnizar daños y perjuicios con el único fundamento de que los motivos que llevan al incumplimiento se encuadran dentro del ámbito de riesgo contractual.

Por el contrario, no han de operar tales consecuencias si el adjudicatario acredita que las causas que acarrearán el incumplimiento de las obligaciones contractuales son ajenas a su esfera de control, pese a haber actuado con la diligencia debida. Así pues, puede no haber culpa incluso cuando se trate de un riesgo que haya sido contractualmente asumido por el contratista, y por tanto imputable a este. En tales casos, tratándose de contratos administrativos no habrá responsabilidad³².

por la Administración en los pliegos que han de regir el contrato; por eso se ha hablado de la inexistencia de un verdadero contrato, para calificarlo como contrato de adhesión».

²⁹ Conforme destaca J. Torres Silva (2015), *Indemnización de daños y perjuicios en los expedientes de resolución de concesiones administrativas*, Aranzadi: «Se trata de un requisito adicional que no existe en la responsabilidad por incumplimiento de contratos sometidos a Derecho privado, en los que se responde de cualquier incumplimiento salvo caso fortuito».

³⁰ Véase el Dictamen 46.155, de 29 de marzo de 1984.

³¹ Véase, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 24 de febrero de 1982.

³² Véase J. Torres Silva (2015), *Indemnización de daños y perjuicios en los expedientes de resolución de concesiones administrativas*, Aranzadi: «De *lege ferenda* sería aconsejable que la incautación de la garantía definitiva requiriera culpa, pero en cambio la obligación de indemnizar daños y perjuicios no exigiera la concurrencia de culpa. Lo lógico es que si el contratista asume contractualmente un riesgo deba responder por él e indemnizar los perjuicios que la Administración sufra. Una de las dos partes (el contratista o la Administración) debe soportar el daño o perjuicio, y lo correcto es que ese daño o perjuicio no se quede allí donde caiga, sino que se atribuya a la parte que contractualmente hubiera asumido el riesgo correspondiente, con o sin culpa. Esa parte sería aquella a la que el

Sin embargo, la propia LCSP excepciona la regla general que establece en su art. 213, y ni siquiera exige *culpa* del contratista para que este deba responder por incumplimiento en las concesiones de obras. De este modo, establece en su art. 280 que si bien la Administración debe reembolsar al concesionario las inversiones realizadas por razón de «la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra», también añade que, si el contrato se resuelva por «causa imputable al concesionario», le será «incautada la fianza» y deberá, además, «indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada».

Esto es, son dos los conceptos que operan en este punto: el importe de las inversiones no amortizadas y los daños y perjuicios que la resolución del contrato por causas imputables al contratista producen a la Administración pública.

En este sentido, debemos traer a este lugar la reseña de la doctrina contenida en la Sentencia de 17 de abril de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Esta sentencia aporta argumentos de especial interés en orden a la fijación de los daños y perjuicios que la Administración puede reclamar al concesionario en estos casos en los que la resolución del contrato es imputable a aquel, al obedecer a una circunstancia ajena al *alea* de responsabilidad de la Administración, y conllevar aquella —al mismo tiempo— el traspaso del *riesgo operacional* a las arcas públicas³³.

Esos daños y perjuicios se plasman en el déficit de explotación que tendrá que sobrellevar la Administración contratante por la explotación de la obra o

incumplimiento resultara imputable, conforme a las reglas de imputación de riesgos del contrato. Pero ello requeriría una reforma legal, al menos por lo que respecta al art. 225.3 TRLCSP (...).

³³ Véase la Sentencia 330/2019, de 17 de abril de 2019, rec. 1154/2017 [ECLI: ES:TSJ-CV:2019:2195]. Constituye el objeto del recurso la Sentencia 334/2017, de 5 de septiembre, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante ha dictado en el proceso 151/2016. La resolución judicial desestima la pretensión de invalidez jurídica y de reconocimiento de una situación personal individualizada que el apelante planteó contra un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig de 21 diciembre de 2015. El acuerdo liquida un contrato de construcción de nuevo equipamiento municipal y concesión de obra pública de un aparcamiento subterráneo de vehículos, pactado entre los litigantes el 11 de noviembre de 2005. Dice así la sentencia: «Respecto a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al concesionario por la rescisión unilateral del contrato y a la luz del art. 266.4 TRLCAP y 113 RGLCAP [...] Para su cálculo se parte en el informe pericial externo de los gastos e ingresos que se generan a la Administración centrados en el importe que tendrá que asumir el Ayuntamiento para mantener el funcionamiento del parking en el tiempo que restaba de la concesión y teniendo en consideración el Plan económico-financiero de la misma [...] Así, es nota definitiva de dicho contrato la transferencia del riesgo operacional [...] La renuncia unilateral del contratista obligó al Ayuntamiento tener que asumir los riesgos de explotación que por contrato correspondían al concesionario renunciante».

servicio hasta la fecha en la que debía de concluir la concesión, y cuyo importe, en muchos casos, supera con creces el propio valor de reversión de la obra no amortizada, que ha de percibir el contratista.

Ese importe en modo alguno responde a meras expectativas o a supuestos perjuicios futuros ajenos a la resolución del contrato. Asumir la explotación de una obra pública durante el tiempo en el que estaba previsto que rigiese la concesión, está íntimamente unido a la resolución del contrato por renuncia o abandono unilateral del concesionario; de modo que los efectos económicos que la ruptura del vínculo comporta tienen su contrapunto en ese hecho, que es únicamente imputable al concesionario, el cual ha entendido que no le resulta rentable iniciar o proseguir la explotación de la obra pública.

A causa de esa decisión unilateral del contratista, es la Administración la que queda encargada de gestionar el uso o explotación de dicha obra, y a la que se le transfiere el riesgo de los perjuicios que puede generar la explotación de la obra pública. Esto es, como ya apuntamos, la Administración se ve en la obligación de asumir unos riesgos de explotación que, en virtud de la adjudicación del contrato, debía soportar el concesionario renunciante³⁴.

2. LA NECESIDAD DE ABRIR UN PROCEDIMIENTO PREVIO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Como vemos, la resolución del contrato por incumplimiento inmutable al contratista da lugar a otros dos actos administrativos que discurren de forma independiente: el de liquidación de la obra efectivamente realizada por el concesionario y el que determina los daños y perjuicios que ese hecho causa a la Administración pública.

Como actos independientes se adoptan en procedimientos separados, cada uno de los cuales tiene sus propias reglas procedimentales. El de liquidación, cabe entender que se rige por lo establecido en el art. 246.1 de la Ley 9/2017 y el de determinación de los daños y perjuicios por lo dispuesto en el art. 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas³⁵.

³⁴ Conforme indica la referida sentencia: «[...] Es el cálculo que debería realizar cualquier nuevo posible concesionario/gestor del servicio para conocer la rentabilidad de su inversión en la explotación de dicho negocio y la vía de su recuperación a través de precios y/o subvenciones en su caso [...] Dado que se trata de un servicio público/negocio que con los datos actuales no es rentable [...] la única posibilidad de que una empresa “de mercado” pueda arriesgarse a gestionarlo es alcanzando una rentabilidad estimada razonable y si a través únicamente de precios no es posible la misma, se precisaría de una aportación presupuestaria por parte de la Administración que gestiona el servicio de forma indirecta por la cuantía estimada para alcanzar dicha rentabilidad».

³⁵ Véase la Sentencia 48/2019 del TSJ de Extremadura.

Se ha venido así entendiendo como improcedente determinar el importe de esos daños en el propio expediente de resolución del contrato, defiriéndose habitualmente el cálculo del importe de la indemnización a un momento ulterior y por medio de un expediente cuya tramitación ha de producirse *ad hoc*. La causa de ello se encuentra en la necesidad de fijar con la mayor exactitud posible el importe de esa indemnización, incluyendo todos los daños generados hasta el momento mismo de la resolución del contrato.

En el primero de esos expedientes podrá incautarse la garantía definitiva, que ha de cubrir la responsabilidad del contratista, y cuyo importe, una vez fijado se hará efectivo sobre aquella, sin perjuicio de que persista la responsabilidad del contratista en cuanto al importe que exceda de la propia garantía incautada.

A este respecto, el Consejo de Estado ya ha estudiado en diversas ocasiones el alcance del art. 225 del anteriormente vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, señalando que, dada la literalidad del citado precepto, «no cabe una incautación automática de la garantía definitiva en todos los casos en que el contrato se resuelve por causa imputable al contratista», sino que esa incautación «automática y completa» solo cabe si así estuviera establecido en los pliegos de cláusulas del propio contrato administrativo³⁶.

Esto no ocurre, sin embargo, cuando el pliego del contrato establezca, simplemente, que las garantías definitivas responderán del cumplimiento de las obligaciones y de los conceptos especificados en la propia ley³⁷, pues en ese caso las

³⁶ Véanse los Dictámenes 705/2021, de 9 de septiembre, 418/2012 y 519/2012, de 7 de junio, y 652/2012, de 28 de junio (https://www.boe.es/buscar/consejo_estado.php). Algunos autores, en cambio, consideran que el art. 225.4 del TRLCSP imponía, en todo caso, la incautación de la garantía. Al respecto, véase Tomás Cano Campos (2013), «La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», *Revista española de derecho administrativo*, 159, págs. 185-212; ibidem (2014), *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor J. A. Santamaría Pastor* / coord. por M. E. Montero y J. E. Soriano García (dir.), Santamaría Pastor, J. A. (hom.), vol. 2, (*Garantías del ciudadano en el régimen administrativo*), págs. 1801-1824. Conforme ya indicaba este precepto: «3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada. 4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida».

³⁷ Disponía el art. 100 del TRLCSP, que la garantía responderá de los siguientes conceptos: «a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212. b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o

garantías deberán devolverse tras la aprobación de la liquidación del contrato, siempre que no queden pendientes por cubrir responsabilidades que hayan de ejecutarse sobre la garantía, una vez que haya discurrido el plazo correspondiente en el que estaba llamada a operar.

Por otra parte, y como ya advertimos, el contratista tiene derecho a que se le abone la obra que ha venido a ejecutar, a cuyo fin deberán realizarse los correspondientes actos de recepción y liquidación del contrato, con la pertinente verificación por parte de los servicios técnicos administrativos.

En último término, tras realizarse dichas actuaciones, podrá compensarse, en su caso, la cantidad que ha de percibir el concesionario por los trabajos ejecutados, con el importe que este haya de abonar a la Administración contratante como indemnización por los daños y perjuicios causados³⁸.

Al respecto, dispone el art. 111.5 de la LCSP que, transcurrido un año tras la terminación del contrato, y superado el plazo de garantía, sin que se hubiese producido la recepción formal y la liquidación de aquel por causas no imputables al contratista, tendrá que procederse, inmediatamente, a la devolución de la fianza o cancelación de las garantías, tras depurarse las responsabilidades en las que pudiera haber incurrido la concesionaria.

La ley fija así un plazo de prescripción respecto de aquellos importes o saldos resultantes que puedan ser favorables a la Administración, pues, si en ese período hubiese vencido también el plazo de garantía del contrato, quedará liberado su importe con carácter definitivo, y deberá reintegrarse este al contratista³⁹.

A partir de ese momento parece querer anudarse un efecto preclusivo, que penalizaría a la Administración si esa demora no obedece a causas que pudieran serle imputables, y por el contrario beneficia al contratista, que vería así depuradas las responsabilidades en las que hubiese podido incurrir, al quedar el órgano de contratación sin la posibilidad del ejercicio de la acción pertinente para exigir las por haber transcurrido el plazo legalmente establecido⁴⁰.

por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución. c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido. d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato».

³⁸ Véase Dictamen del Consejo de Estado 408/2013.

³⁹ Véase Sentencia 699/2010 de 29 de marzo de 2010 (rec. 802/2003), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª [ECLI: ES:TSJAND:2010:3765] y Sentencia 116/2019 de 26 de abril de 2019 (rec. 32/2019), del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª ECLI: ES:TSJCL:2019:2019].

⁴⁰ Véase la Sentencia 180/2022, de 6 de julio de 2022 (Rec. 122/2021), del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Santander [ECLI: ES:JCA:2022:1208]. Recuérdese que, conforme dispone el art. 110 LCSP, la garantía definitiva responde, entre otros conceptos: «b) De las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 192 de la

3. LA CUANTIFICACIÓN DEL VALOR DE REVERSIÓN DE LA OBRA QUE CORRESPONDE AL CONTRATISTA Y LA INDEMNIZACIÓN QUE HA DE PERCIBIR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.1. *El valor de reversión de la obra*

Tratándose de contratos de concesión de obra pública adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 40/2015, o posteriores a esa fecha que se hayan resuelto por causa imputable a la Administración, el importe estimado del valor no amortizado de las inversiones realizadas para el caso de que se produzca la reversión, debe estar basado en los registros contables de la sociedad, y ha de coincidir, a su vez, con la valoración de la masa activa realizada por la administración concursal, en el caso de que la causa de la resolución del contrato derive del hecho de que la sociedad adjudicataria hubiese sido declarada en concurso de acreedores.

En este punto, la praxis administrativa evidencia ciertos desajustes que la concesionaria incorpora a sus cálculos, entre otros, la adición a la masa pasiva recogida por la administración concursal en sus textos definitivos de importes que no se encuentran reflejados en la contabilidad de la sociedad o que ni tan siquiera han sido comunicados a la administración concursal.

En estas operaciones es preciso partir del importe de las inversiones realizadas en inmovilizado material y de los desembolsos de las inversiones realizadas en inmovilizado inmaterial, al objeto de determinar la inversión contabilizada en la construcción de la obra pública. Igualmente, deberá calcularse la amortización aplicable a estas inversiones conforme a los criterios establecidos en virtud de las condiciones específicas del período concesional.

El punto inicial de amortización a tener en cuenta puede ser, o bien el momento de la notificación de la adjudicación de la concesión, o la fecha del acta de entrada en funcionamiento de los activos materiales. Con esos valores y estos criterios se podrá proceder al cálculo de la amortización del inmovilizado material recogiendo fielmente los criterios de amortización contenidos en el estudio financiero presentado en el concurso por los distintos elementos del inmovilizado.

En definitiva, la valoración del importe no amortizado de las inversiones realizadas que han de cuantificarse deben de estar basadas en criterios objetivos, como son: el valor contable de los activos, coincidente con el valor estimado por

presente Ley; c) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato incluidas las mejoras que ofertadas por el contratista hayan sido aceptadas por el órgano de contratación, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución; y d) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido».

la administración concursal en su inventario de bienes y derechos que componen la masa activa del concurso; y los parámetros obtenidos del estudio económico financiero aportado por los propios adjudicatarios de la concesión en el momento de presentar su oferta.

Como decíamos al principio de este trabajo, en el caso de los contratos de concesión de obra pública adjudicados tras la reforma de 2015, el importe a abonar al concesionario cuando la causa de resolución del contrato no resulte imputable a la Administración pública será el que resulte de la nueva adjudicación de la concesión, fijándose los tipos de la licitación (o sucesivas licitaciones) conforme a lo establecido en los arts. 281 y 282 de la LCSP⁴¹.

3.2. Los daños y perjuicios que se irrogan a la Administración: el traspaso a esta del riesgo operacional y la incautación de la garantía del contrato

El segundo de los conceptos, es decir, los daños y perjuicios que se causan a la Administración, suele ser directamente obviado por el concesionario en sus reclamaciones en la vía administrativa y, posteriormente, en los recursos judiciales interpuestos, pese a no ser cuestión menor y derivar nítidamente este concepto del citado art. 280.2 de la LCSP y de la doctrina judicial que hemos dejado expuesta anteriormente.

Esta omisión interesada nos lleva a recordar los reproches que la sentencia de 15 de junio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valencia, contiene en relación con aquellos contratistas que, pese a asumir el riesgo de la explotación de una concesión, renuncian finalmente a la misma, sin haber intentado, incluso, el previo reequilibrio económico-financiero, pretendiendo obtener únicamente el reintegro del desembolso de la obra ejecutada, causando un grave quebranto al interés público⁴².

⁴¹ Este procedimiento es análogo al establecido en el art. 137 del RSCL para el caso de las concesiones declaradas «caducadas», en donde ya se indicaba que la forma de retribuir las inversiones realizadas por el concesionario sería a través del producto obtenido con la nueva licitación de esta.

⁴² Dice al respecto el juzgador: «Es de reiterar lo que ya declaró esta Sala en litigio similar al presente en la sentencia de 4 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1852) (casación 486/2011) sobre que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y la recurrente hubo de considerar cuando participó en el concurso que finalizó con la adjudicación de su concesión [...]. Pero, además, la parte actora no ha intentado siquiera la revisión de las condiciones de la concesión, con el fin de alcanzar el pretendido reequilibrio, consistente en revisar las tarifas, modificar las condiciones, pero en ningún caso la resolución. Otra cuestión sería que se acreditara estar incurso en causa de desequilibrio, y negada la revisión de las condiciones por la concédeme, procediera la resolución; pero este paso ni se ha intentado, sino que la actora pretende convertir el contrato de concesión de obra pública, cuyo beneficio debe alcanzar a lo largo del periodo de amortización —75

Sobre esta cuestión ya hemos tenido ocasión de expresarnos en su momento⁴³, pues, a pesar de que la modificación introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, modificó parcialmente esos efectos, al fijar un nuevo régimen aplicable al resarcimiento que ha de tener lugar en el caso de resolución de este tipo de contratos, son muchas las concesiones que han resultado adjudicadas a la luz de las anteriores normas de contratación pública, con amplios plazos de vigencia que pueden alcanzar los cincuenta años, ante las que la Administración adolece de idéntica capacidad de respuesta.

El concesionario no puede obviar el carácter sinalagmático de la relación contractual, que le obliga de forma directa al cumplimiento de sus obligaciones con la Administración pública. Igualmente, ha de tener en cuenta que la ejecución del contrato corre «a riesgo y ventura» del contratista y de acuerdo, además, con el referido principio de asunción del «riesgo operacional», más allá de lo que, en su caso, se haya establecido respecto del reparto de ese riesgo en los contratos llamados de colaboración público-privada.

En efecto, el principio de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista también encuentra una singular manifestación en el contrato de concesión de obra pública, tal como acredita la referencia expresa al mismo que efectúa el art. 254 de la LCSP⁴⁴ respecto de la primera fase del contrato (la

años— en un contrato de obra, obteniendo los beneficios inherentes sin riesgo alguno, que traslada al municipio en fraude de los derechos de los licitadores, y del interés público».

⁴³ Véase J. F. Fernández García (2019), «Las sociedades concesionarias de carácter instrumental y su insolvencia», *Revista de Administración Pública*, 208, págs. 51-99. Decíamos entonces que «una de las lagunas que la legislación contractual viene arrastrando se produce en el caso de la formulación de ofertas conjuntas por varios licitadores que, finalmente, constituyen una nueva sociedad que actúa como pantalla, tratando así de blindarse frente a las consecuencias que pudieran derivarse de la mejor o peor suerte que, en su caso, pudiera correr la explotación de la concesión administrativa. La incertidumbre del régimen jurídico aplicable a estos supuestos viene abonada en ocasiones por una cierta confusión o ambigüedad a la hora de formular las ofertas, que obliga al órgano de contratación a reaccionar a través de fórmulas que, aunque inicialmente son admitidas por los contratistas, su alcance real es discutido más tarde ante los tribunales de justicia, con un riesgo evidente para el interés general. Esta problemática se produce, en particular, en los contratos de concesión de obras en los que, si la explotación no obtiene el resultado económico esperado, la entrada en concurso de la sociedad instrumental, puede permitir a las antiguas adjudicatarias obtener, al menos, el coste de la obra ejecutada, obligando a la Administración a reintegrar un importe que, inicialmente, estaba previsto que pudiese ser amortizado por el concesionario con el paso del tiempo y sin desembolso alguno para las arcas públicas. Este tipo de prácticas pervierten el sistema de contratación, en cuanto eliminan el riesgo y ventura operacional, que ha de asumir la empresa concesionaria, sustituyendo este por la garantía económica que comporta la retribución de dichas obras».

⁴⁴ Conforme se establece en este precepto: «1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de

de ejecución o construcción, propiamente, de la obra pública), especialmente siempre que no concurra alguna circunstancia de fuerza mayor que pudiera, al menos, limitar el riesgo del contratista, de conformidad con lo establecido en el art. 239 de la ley, en donde la acción de un tercero no exime de responsabilidad al concesionario.

Tal como venimos sosteniendo, no ha de existir duda en estos casos de que la resolución del contrato es imputable al contratista, por lo que el acuerdo de resolución deberá pronunciarse (*ex* art. 225.4 de la LCSP), sobre la incautación o no de la garantía definitiva depositada por el concesionario.

En tal sentido, el art. 100.b) de la LCSP establece que la garantía definitiva responderá, entre otros conceptos, de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato «de acuerdo con lo que en él o en esta ley esté establecido».

Asimismo, el art. 101 de la citada ley, al ocuparse de la garantía que ha de prestarse en los contratos administrativos, dispone que *esta* no será devuelta o cancelada hasta que se declare la resolución del contrato sin culpa del contratista, y en todo caso condiciona la devolución de la garantía a que una vez efectuada la liquidación del contrato «no resultaren responsabilidades» pendientes aún de ser atendidas.

El carácter de «pena convencional» que se atribuye a la incautación de la garantía, cuando la resolución del contrato se produce por causa imputable al contratista, permite a la Administración enjutar el perjuicio que produce al interés público la falta de ejecución del contrato en sus estrictos términos, más allá de que si el importe de los daños sufridos superase al de la garantía constituida, sea posible imponer una indemnización superior para el debido resarcimiento de la Administración pública⁴⁵.

Dicha solución se encuentra contemplada, a su vez, en la regulación específica del contrato de concesión de obra pública, que, tal como hemos indicado, impone el deber de indemnización de daños y perjuicios como algo adicional a la simple incautación de la garantía, cuando el motivo de la resolución del contrato

acuerdo con lo dispuesto en los arts. 197 y 239, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apdo. 2 del art. 252, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras. 2. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros».

⁴⁵ En este sentido se han pronunciado diversos consejos consultivos autonómicos, como el de Extremadura, en el Dictamen 85/2011, de 17 de febrero, o el de Castilla-La Mancha, en el dictamen 75/2011, de 30 de marzo. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 2002, RC 3008/1997.

resulte achacable al concesionario y los perjuicios que se producen superen el importe de aquélla⁴⁶.

En este planeamiento abunda la doctrina *ius privatista* del denominado «interés contractual positivo», cuyo objeto es situar al acreedor en idéntica situación y con los mismos efectos económicos ante los que se encontraría si el derecho de crédito fuese regular y perfectamente cumplido⁴⁷.

Conforme a esta doctrina el contratante cumplidor tiene derecho a ser resarcido en la medida necesaria para tener la misma situación patrimonial que tendría de haberse cumplido el contrato en sentido estricto, lo que de ordinario supone que la indemnización debe abarcar la diferencia entre el valor de la prestación omitida y el precio pactado, esto es, la prestación a que el cumplidor se obligó, pues dicha diferencia representa el lucro real que este último obtendría del contrato y del que no debe ser privado por el incumplimiento⁴⁸.

En otros casos, ese importe ha venido a cifrarse en el mayor coste que haya de satisfacer el cumplidor para obtener el mismo bien o servicio a la fecha de la resolución: esto es, con un criterio más subjetivo-concreto, el coste para él del negocio sustitutivo⁴⁹.

De todos modos, el daño o perjuicio reclamado debe ser real y efectivo y producirse dentro de la órbita del contrato (art. 1.107 CC), pues quedan fuera del mismo los perjuicios no predecibles al tiempo de nacer la obligación y que no sean consecuencia necesaria del incumplimiento (art. 1.107 CC), además de, obviamente, probados, lo que corresponde a quien reclama (art. 217 LEC)⁵⁰.

De modo similar a lo que ocurre con la valoración del importe no amortizado de las inversiones realizadas, la cuantificación de los daños y perjuicios que sufre la Administración pública ante la resolución del contrato de concesión por causa imputable al contratista, debe basarse en criterios objetivos, que se han de

⁴⁶ Véase en tal sentido el Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid 243/2012, de 18 de abril, para el que la incautación total de la garantía constituye una decisión acorde con la doctrina que este órgano ha venido asentando por medio de sus pronunciamientos.

⁴⁷ Véase la Sentencia 1810/2010 de la Audiencia Provincial de Sevilla [ECLI: ES:AP-SE:2010:1810]: «Segundo. —La reclamación de la parte actora se basa en la comparación entre la situación real producida con lo que hubiera ocurrido si el contrato no se hubiese celebrado, es decir, lo que doctrinalmente se denomina daño al interés contractual negativo, por oposición al positivo, que sería el resultado de comparar la situación real con la que se habría producido de haberse cumplido el contrato. Se trataría por tanto de colocar a la parte cumplidora en la situación anterior del contrato, y evitar con ello que sufra un perjuicio por haber celebrado un contrato que ha quedado resuelto por causa imputable a la otra parte. En definitiva, se trataría de daños que no habrían tenido lugar si el contrato no se hubiese celebrado».

⁴⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 octubre 1985.

⁴⁹ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000 y 30 julio de 2009.

⁵⁰ Véase la Sentencia 1836/2015 de la Audiencia Provincial de Santander [ECLI: ES:APS:2015:836].

obtener de: las bases establecidas en el PCAP del concurso; el estudio económico financiero presentado por los licitadores para la cuantificación de la *demanda captable*; y de las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en la elaboración de una cuenta de resultados⁵¹.

Al respecto, se puede señalar que, para la obtención del valor de los daños y perjuicios que se transfieren al órgano de contratación, el parámetro más objetivo sería el resultado antes de impuestos, cuyo valor agregado durante el período considerado arrojará, previsiblemente, unas pérdidas determinadas en euros corrientes⁵². No obstante, para la actualización del referido importe, ese valor de euros corrientes debe convertirse a un valor de «euros constantes», utilizando una «tasa de actualización», que es el único elemento del cálculo susceptible de subjetividad, y para su selección se deberá tener en cuenta el dilatado período en el que estaba llamada a discurrir la concesión⁵³.

Dicho análisis, en el que los datos económicos y justificación deben aparecer exhaustivamente explicitados, ha de acreditar, no solo la realidad, sino también la efectividad del daño sufrido a consecuencia de la resolución prematura de la concesión, pero también la relación de causa-efecto existente entre las provisiones fallidas del estudio económico financiero y los gastos en los que se obliga a incurrir el órgano de contratación al asumir la explotación de la obra pública.

⁵¹ A través de esos datos debe obtenerse dicha cuenta de resultados, que incluirá, entre otros conceptos: el margen de explotación (ingresos de explotación – gastos de explotación), el resultado de explotación (descontando del margen de explotación la amortización de los activos inmaterial y material), el resultado antes de impuestos (restando los gastos financieros al resultado de explotación) y el resultado después de impuestos (incorporando el crédito fiscal al resultado antes de impuesto).

⁵² Cuando se trata del cálculo del Impuesto de Sociedades sobre una pérdida, lo que se recoge como tal impuesto es un «crédito» frente a la Hacienda Pública, correspondiéndose con unas bases imponibles negativas a compensar con bases imponibles positivas en ejercicios futuros. Por ello, en la cuenta de resultados obtenida en el período concesional contemplado se recogen cuotas de Impuesto de Sociedades por una determinada cantidad en euros corrientes, que se corresponden al importe de las cuotas devengadas frente a la Hacienda Pública por bases imponibles negativas. Se concluye, por tanto, que con esa proyección de resultados correspondientes al período concesional es difícilmente imaginable que se pueda llegar a disfrutar de tal «compensación fiscal», razón por la cual se debe de optar por considerar como importe valorativo de los daños y perjuicios que se trasladan a la Administración el resultado antes de impuestos, que arroja la referida pérdida.

⁵³ Como tasa de actualización cabría emplear la «tasa de rentabilidad de las Obligaciones y Bonos del Estado Español», que periódicamente publica el Banco de España y que ha de coincidir con la fecha de cierre del estudio, y para el período máximo publicado de 30 años. Esa rentabilidad que se corresponde con un determinado porcentaje es la que un inversor exigiría para la suscripción de unas obligaciones en el referido período de treinta años. Y el resultado a considerar como valor de daños y perjuicios que se trasladan a la Administración supondrá —como decimos— una pérdida determinada expresada en euros constantes.

Al mismo tiempo, ese análisis debe acreditar el importe económico reclamado en atención a los parámetros del daño emergente y el lucro cesante, porque, evidentemente, y conforme a lo ya dicho, asumir la explotación de la obra pública durante el tiempo de vigencia previsto de la concesión está directamente relacionado con la insolvencia o, en su caso, la renuncia unilateral de la sociedad concesionaria. Así pues, el daño económico que la ruptura del vínculo contractual tiene para la Administración pública, encuentra su contrapunto en el traspaso del riesgo operacional, y ello por una circunstancia imputable a las recurrentes, a quienes no les resulta rentable proseguir con la explotación de dicha obra pública⁵⁴.

VI. CONCLUSIONES

De cuanto hemos dejado dicho a lo largo de este trabajo, cabe, pues, llegar a las siguientes conclusiones:

- 1) Es nota definitiva de los contratos de concesión de obra pública la transferencia al contratista del riesgo operacional, de ahí que la *baja demanda* del servicio que la misma presta constituye una circunstancia ajena al *alea* de responsabilidad de la Administración pública u órgano de contratación. Si esa baja demanda provoca la insolvencia del contratista o la renuncia unilateral de este a seguir explotando la concesión, estaríamos ante una causa de resolución del contrato que, si bien puede no ser *culpable*, sí resulta, en todo caso, *imputable* al concesionario.
- 2) La resolución de la concesión por tal motivo hace que la Administración tenga que asumir los *riesgos de explotación* que en virtud de la adjudicación del contrato correspondían al contratista, lo cual genera una serie de *daños y perjuicios* susceptibles de indemnización, ya que ese deber de resarcimiento en modo alguno responde a meras expectativas o a supuestos perjuicios futuros, ajenos a la resolución del contrato. En efecto, asumir la explotación de una obra pública durante el tiempo en el que estaba previsto que rigiese la concesión deriva de forma directa de la renuncia o abandono del concesionario y de la consiguiente resolución del contrato; de modo que, el daño patrimonial que la extinción del vínculo comporta tiene su contrapunto en ese hecho, que es únicamente imputable al concesionario, el cual ha entendido que no le resulta rentable iniciar o proseguir la explotación de la obra pública.
- 3) Para el cálculo de esos daños y perjuicios se debe partir de los gastos e ingresos que tendrá la Administración para mantener el funcionamiento de dicha obra pública por el tiempo que hubiese restado de vida a la concesión, aten-

⁵⁴ Véase la ya referida Sentencia 330/2019, de 17 de abril de 2019, Rec. 1154/2017 [ECLI: ES:TSJCV:2019:2195].

- diendo al estudio o plan económico-financiero que aportó la entidad adjudicataria al concurrir a la licitación del contrato. En definitiva, el montante de dicha indemnización equivale al *déficit de explotación* que ha de soportar esta Administración pública, pues se le estaría revirtiendo el *riesgo de los perjuicios* que puede generar la puesta en servicio de esa obra pública.
- 4) De todo lo anterior se desprende que el *traspaso del riesgo operacional a la Administración*, fruto del incumplimiento de las previsiones del estudio económico del contrato, incide claramente sobre la *imputabilidad* de las causas de resolución de la concesión de obra pública y, especialmente, sobre los efectos que se pueden derivar de ese hecho en relación con los *daños y perjuicios* que se irrogan a la Administración contratante.
 - 5) Aunque las últimas reformas han modulado la idea tradicional de que el contrato de concesión de obra pública constituía una inversión asegurada (o incluso, blindada) desde la propia ley, en favor del contratista, ese cambio de paradigma aún precisa de un mayor asentamiento en nuestro ordenamiento y en la propia jurisprudencia, toda vez que la quiebra de las expectativas que el concesionario tomó en cuenta a la hora de concurrir a la licitación y suscribir el contrato no le exime del deber de dar cumplimiento a lo estrictamente pactado ni, por tanto, le habilita para apartarse, sin más, del contrato sin compensar, previamente, los daños que esa circunstancia causa a las arcas públicas.
 - 6) En suma, bajo estos postulados cabrá evitar que los adjudicatarios traten de convertir el contrato de concesión de obra pública, cuyo beneficio debe alcanzar a lo largo del periodo de amortización, en un contrato de obra, obteniendo los beneficios inherentes sin riesgo alguno, que se traslada a la Administración, en fraude de los derechos de los licitadores y del interés público.

