

EL TIEMPO Y LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS (ESPECIAL REFERENCIA A LA PRÓRROGA)*

Jaime Rodríguez-Arana**

Sumario

1. Introducción
2. El tiempo en el derecho administrativo
3. La prórroga de las concesiones de servicios, de obras públicas y de los contratos de obra pública
4. Reflexión conclusiva

* Conferencia de clausura de las Jornadas Internacionales de derecho administrativo de la Universidad Austral, celebradas el 9 de septiembre de 2005 en Buenos Aires, en presencia del profesor Julio Comadira, recientemente fallecido, y a quien se dedica este trabajo.

** Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de A Coruña y actual presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1. Introducción

El derecho, como alguna vez se ha dicho, consiste en la ordenación de las relaciones sociales con arreglo a la justicia. Definición del profesor Castán que no por breve deja de expresar la esencia del derecho: su referencia a la justicia, a esa perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo, lo que le es debido, lo que le corresponde, según la célebre máxima de Ulpiano.

En efecto, el derecho, sea privado o público, surge de la justicia y encuentra su acomodo en la constitución, en las leyes, en la legislación en sentido más administrativo, hoy ciertamente en exceso frecuente, motorizada según el decir de Fhorsthoff. Todo ello, claro está, sin olvidar, evidentemente, que la jurisprudencia, la ciencia de la solución justa a los conflictos, y los principios generales también son fuentes del derecho en general y, además, del derecho administrativo en particular.

El derecho se elabora, se aplica, se dirime en un determinado espacio y en un concreto tiempo. Sin espacio y sin tiempo, el derecho no es derecho. Siendo, como es, la dimensión espacial tan relevante en la historia y en la actualidad del derecho, vamos a tratar en este trabajo sobre la incidencia del tiempo en las concesiones administrativas. Es decir, vamos a intentar, si es posible, demostrar que en el derecho administrativo las cuestiones relativas al tiempo son tan importantes que, en alguna medida, la realización del interés público —esencia de la construcción científica del derecho administrativo— depende de que, en efecto, se proyecte en el momento adecuado, en el tiempo idóneo. Ello supone, como veremos, que las instituciones y categorías del derecho administrativo, que incorporan, como es lógico, derechos y obligaciones, se cumplan en el término establecido, unas veces convenido, otras, las más, impuesto por la propia Administración pública.

La introducción de las denominadas nuevas tecnologías está revolucionando, por lo que se refiere al derecho administrativo, algunas instituciones como pueden ser, por ejemplo, el procedimiento administrativo en general y los procedimientos administrativos particulares referidos al acceso de los administrados, particulares o ciudadanos a determinados procesos competitivos en los que las administraciones públicas buscan el mejor postor para prestar determinados servicios de interés general o para determinadas utilidades o usos del dominio público. Son supuestos, como sabemos bien, de contratos administrativos o de actos administrativos necesitados de aceptación por los particulares, por seguir la doctrina mayoritaria que asimila las concesiones de dominio público a los actos administrativos precisados de aceptación por el particular.

Pues bien, en las páginas que siguen espero poder analizar con algún detalle la incidencia del tiempo en los contratos de concesión de servicios públicos. Para ello es menester formular alguna consideración sobre la funcionalidad del tiempo, del término, del cumplimiento de los plazos en estas instituciones para luego analizar los específicos problemas de las prórrogas. La prórroga juega un papel básico y fundamental en el derecho público, sustancialmente distinto del que opera en el derecho privado. Con ello quiero

llamar la atención sobre algo que metodológicamente me parece relevante incluso para caracterizar algunas diferencias sustanciales entre el derecho público y el privado. En el mismo sentido, la teoría de los contratos administrativos cobra especial relevancia al comprobar el diferente juego de la prórroga en los contratos de obra pública y en los contratos de concesión de servicios públicos.

Si mal no recuerdo, me inicié en el estudio y la investigación del derecho administrativo con un tema en el que el tiempo jugaba un papel central: la suspensión del acto administrativo; es decir, el estudio de las posibilidades de paralización temporal de la ejecutividad del acto administrativo cuando este dogma clásico de nuestra disciplina pudiera dar lugar a situaciones irreversibles en relación con los particulares afectados por el acto. Más adelante, mi trabajo para el concurso de profesor titular de derecho administrativo versó precisamente sobre la prórroga de los contratos administrativos. Con posterioridad, realicé un estudio titulado “La caducidad en el derecho administrativo”. Ahora, pues, tengo la ocasión de volver sobre investigaciones pasadas para comprobar sus resultados en el marco de un derecho vigente sustancialmente distinto.

El tiempo, como ha señalado el magistrado del Tribunal Supremo español José María Álvarez Cienfuegos, es fundamental para el derecho. Los derechos y obligaciones de las diferentes partes de un negocio jurídico, sea público o privado, son y deben ser cumplidos en un espacio y en un tiempo determinados. Es decir, el tiempo es determinante del ser de las cosas.¹ Así, en materia de contratos administrativos el plazo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, y también de la Administración, están, como comprobaremos, muy relacionados con el concepto central de nuestra disciplina: el interés público.

2. El tiempo en el derecho administrativo

Siendo, como es, el interés público el concepto sobre el que bascula la misma esencia y singularidad del derecho administrativo y de todas sus instituciones, hemos de cuestionarnos ahora la relevancia que tiene, en efecto, el tiempo, para el caso que nos ocupa, que es el de las concesiones administrativas.

Pero antes, es menester interrogarnos sobre la incidencia del tiempo en el derecho administrativo. Si partimos de la aproximación que plantea nuestra disciplina como el derecho del poder para la libertad y nos situamos en la perspectiva de los contratos y de los actos necesitados de aceptación o, si se quiere, en el planteamiento de la participación del ciudadano, particular o administrado en la configuración de los intereses públicos –punto de vista desde el que hemos de contemplar la problemática de las concesiones administrativas–, entonces podremos formular algunas observaciones preliminares.

¹ José María Álvarez Cienfuegos, “El Derecho y el sentido del tiempo”, *Actualidad Aranzadi*, 5 de octubre de 2000, p. 1.

Los intereses públicos que están en juego en el mundo de las concesiones de obra pública o de servicios públicos están vinculados en relación con el tiempo; están vinculados, obviamente, a la funcionalidad del término en los contratos administrativos. Cuestión que sabemos se establece unilateralmente por la Administración pública en los pliegos en función precisamente del interés público. No es lo mismo que un hospital o una escuela se termine en un momento u otro, pues normalmente el término de estas obras públicas está vinculado a una determinada planificación educativa u hospitalaria que habrá tenido bien presentes razones de interés público tan evidentes como la satisfacción del derecho a la educación o del derecho a la salud en concretos entornos territoriales. Espacio y tiempo, pues, se nos presentan como dos componentes muy importantes para la definición, en cada caso y en particular, de los intereses públicos.

Desde este punto de vista se puede entender el sentido de la prórroga, de la declaración de caducidad, de la rehabilitación de concesiones de servicios públicos. En el ámbito de las concesiones de dominio público, su distinta naturaleza jurídica tendrá diferentes consecuencias en relación con las vicisitudes que acompañan al tiempo en su régimen jurídico.

En este trabajo me voy a centrar fundamentalmente en las concesiones de servicio público; es decir, en los contratos de gestión de servicio público, modalidad concesión, y también en los llamados contratos de concesión de obra pública después de la Ley de 23 de mayo de 2003.

Para ello hay que partir del presupuesto de la teoría de los contratos administrativos en cuya virtud la determinación de un plazo, de un término, obedece, ya lo hemos indicado, a razones de interés público. Sin embargo, en el ámbito de la contratación privada, como bien sabemos, reina la autonomía de la voluntad y, por tanto, las cosas suceden de manera muy distinta, pues ordinariamente existe la posibilidad de pactar las cláusulas del contrato, en las que el tiempo, lógicamente, es una de las más importantes. En los contratos administrativos será la Administración pública, como queda dicho, quien unilateralmente va a establecer el plazo o término del contrato en función del interés público que ella misma debe servir, como dice la Constitución, con objetividad. Que ello sea así no quiere decir que sea imposible que la Administración fije plazos fuera de la realidad.

Así las cosas, si existe algún problema en relación con la ampliación del plazo, el mundo del derecho privado, dada la regla de la autonomía de la voluntad, no ofrece especiales problemas. En la contratación pública, las cosas acontecen de otro modo, pues el interés público es el elemento conformador de los contratos administrativos, por lo que la propia Administración dispone de los poderes necesarios para velar por la preservación del interés público durante toda la vida del contrato de que se trate. En materia de concesiones de dominio, en materia de actos administrativos, la funcionalidad de las potestades administrativas va a ser mayor, sobre todo desde el punto de vista del procedimiento administrativo para la declaración de caducidad, más que por transcurso del tiempo, por incumplimiento de obligaciones esenciales por parte del concesionario.

Los contratos administrativos de obra pública, de concesión de obra pública y de concesión de servicio público son negocios jurídicos de término esencial; es decir, negocios jurídicos denominados fijos, en los que el transcurso del plazo extingue el contrato. Siendo esto así, como es evidentemente, el tiempo, el plazo en estos supuestos, va a permitir modular el régimen jurídico de la prórroga en el contrato de obras y en el de concesión de servicios públicos.

La razón es bien sencilla y tiene mucho que ver con la naturaleza y esencia de estos contratos administrativos. En el caso de los contratos de obra pública en sentido estricto, como ha reconocido la jurisprudencia española a partir del dispar tratamiento que la legislación local otorgaba a la prórroga en una y otra institución, resulta que la obra pública, aunque sirva de infraestructura a un servicio público, se contrae, al no ser de tracto sucesivo, como la concesión, a unas realizaciones materiales *inter partes* de breve duración acotadas a priori; mientras que la concesión suele ser de larga duración, por lo que debe tenerse presente el principio del equivalente económico, existiendo cuestiones bien relevantes relativas a la amortización de las inversiones y, sobre todo, nos encontramos ante los principios de continuidad y regularidad de la prestación (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1982 y de 13 de abril de 1981).

Esta diferente funcionalidad del plazo en los contratos de obra y en los de concesión de servicios trae su causa, como no podía ser de otra manera, en nuestro derecho administrativo, de la propia historia de ambas instituciones. Así, por ejemplo, lo ha puesto de relieve López-Font Márquez² cuando señala que la concepción del plazo y la propia concepción global del vínculo contractual entre la Administración y el particular ha sido muy distinta en el caso de la contrata de obras y en el caso de la concesión de obra pública. Cuando la Ley de obras públicas de 1877 postulaba la caducidad inmediata de la concesión si el contratista no cumplía el plazo dentro del cual tenía que realizar una obra determinada, está subyacente la idea de que esa obra pública va a ser explotada por un particular; de suerte que la búsqueda de otro particular en condiciones de continuar la obra y proceder a su explotación puede no ser tan difícil ni condicionar tanto la temática del plazo de ejecución como en el caso de la realización de una obra que va a pasar inmediatamente a la posesión de la Administración para utilizarla de modo directo indirecto en la realización de sus propios servicios. Por el contrario, en el caso de la concesión de obra pública, tras su ejecución, lo que existe es el interés del particular que se va a conseguir a través de la explotación de la obra.

Desde esta perspectiva nos encontramos con que ciertamente el interés público va a matizar la problemática del plazo, de forma que la idea referida anteriormente del negocio fijo o de término esencial tendrá sentido en la medida en que quien no cumple con el plazo de ejecución pierde la facultad de explotar la obra que no ha terminado, circunstancia que a todas luces no concurre en el contrato de obra. en el que lo determinante es la entrega de la

² Ignacio López-Font Márquez, "El término en el contrato administrativo de obra", RAP, nº 97, p. 207 y ss.

obra a la Administración y punto. Por el contrario, cuando se trata de obras – hoy también servicios– que van a ser destinados directa o indirectamente a intereses públicos debe modularse el efecto del incumplimiento introduciendo otras alternativas como la prórroga.

Es decir, en los contratos de obra nos encontraremos con una aproximación más rigurosa, si se puede decir así, del plazo que en las concesiones de obra o de servicio por las razones apuntadas. Esto va a tener determinadas consecuencias como el tratamiento más flexible, si así lo aconseja el interés público, del plazo y la mayor facilidad de las prórrogas, si bien las últimas leyes dictadas en España –especialmente la ya citada de 2003 sobre régimen de las concesiones de obra pública– prohíben las denominadas tácitas reconducciones o prórrogas tácitas, demasiado utilizadas en el marco de la anterior legislación.

En este sentido es muy significativa una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1978 en la que se dice que en esta materia la doctrina no se ha mostrado inflexible y dogmática, puesto que ha procurado adaptarse a las singularidades de ciertos supuestos excepcionales mediante las pertinentes matizaciones, atendiendo a la naturaleza del contrato y a las circunstancias concurrentes en su desenvolvimiento.

En mi opinión, la proyección del tiempo sobre las instituciones jurídicas, especialmente en el campo del derecho administrativo, ayuda a entender la relevancia de la aplicación de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario sobre nuestra disciplina. Es más, el tiempo, en su análisis sobre diferentes modalidades contractuales, va a facilitar una afirmación sobre la que llevo algún tiempo trabajando. Cada contrato administrativo, si bien participa de un conjunto de patrones comunes, dispone, sin embargo, de un régimen jurídico singular producto de la historia y también de su naturaleza propia que anima a que, más que de teoría del contrato administrativo, hablemos de teoría de los contratos administrativos. Así, la propia Ley de contratos establece unas normas comunes para, a continuación, regular las diferentes peculiaridades de cada modalidad contractual.

3. La prórroga en los contratos de obra, en los de concesión de obra pública y en los de concesión de servicio público

El texto refundido de la legislación de contratos públicos, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que constituye, junto a su reglamento de desarrollo, el derecho vigente en España en materia de contratos públicos, señala con toda claridad que “el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva” (artículo 95). Se proclama el principio del contrato de obras como negocio fijo o de término esencial como es patente.

Por lo que se refiere a la prórroga de los contratos administrativos en general, se establecen dos supuestos: que el retraso en la ejecución sea

imputable o no al contratista. En el primer caso, la Administración, de acuerdo con el artículo 96, puede acordar la resolución del contrato o la imposición de determinadas penalidades diarias. Es decir, la Administración dispone de discrecionalidad para seguir un camino –la resolución– u otro: la imposición de penalidades diarias, que supone necesariamente la ampliación del plazo con esta consecuencia. En este caso, el artículo 98 del Reglamento de contratación pública, de 12 de octubre de 2001, dispone que “cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación de plazo que estime resulte necesario para la terminación del contrato”.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 96.2, “si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciese cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”. En este caso, como señala el artículo 100 del Reglamento, “la petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo perdido”. Por otra parte, con la nueva regulación de los contratos administrativos, los supuestos de petición de prórroga del contrato habrán de ajustarse al procedimiento diseñado en el artículo 97 del Reglamento, titulado “resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos”. Así, en los casos de prórrogas, bien sea a petición del contratista o por decisión administrativa, será necesario: propuesta de la Administración o petición del contratista, audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles; informe, en su caso, de la asesoría jurídica y de la intervención a evacuar en el mismo plazo anterior, y, finalmente, resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista. De acuerdo, pues, con el derecho vigente, el régimen jurídico de las prórrogas ha sido objeto de una mejor regulación en la medida en que se establece un procedimiento sencillo, contradictorio, que culmina con la decisión motivada de la Administración. En realidad, por lo tanto, sólo se prevé la prórroga *stricto sensu* como entendía la regulación de contratos de los entes locales: por causa justificada no imputable al contratista que impida realizarlas dentro del plazo previsto, ya que en los supuestos de demora por causa imputable al contratista lo que procede, si no se resuelve el contrato, es la imposición de las penalidades diarias que, aunque lleva consigo la ampliación del plazo, quizás no se pueda considerar prórroga.

Por tanto, a falta de preceptos específicos que regulen la prórroga en los contratos de obra pública, en estos contratos la prórroga es excepcional, pues corresponde a la esfera discrecional de la Administración, previa petición del contratista en caso de que la demora se haya producido por causas justificadas

no imputables al particular. Por eso, la decisión habrá de ser motivada en el marco del procedimiento esbozado anteriormente.

¿Qué criterios debe tener en cuenta la Administración para resolver sobre las prórrogas planteadas por los contratistas en estos casos? Es una buena pregunta. Otra se podría formular en estos términos: ¿cuál es el alcance y funcionalidad de la discrecionalidad administrativa en esta materia? La jurisprudencia que, *mutatis mutandis*, podemos citar se refiere, por razones obvias, al régimen anterior que, como es igual en este punto al actual, resulta de interés. Así, por ejemplo, una sentencia del Tribunal de Supremo de 31 de mayo de 1986, en materia de contratos de obra pública, dispuso que la prórroga de los contratos de obra es un derecho del contratista y su concesión es preceptiva para la Administración cuando concurren los dos requisitos de que el retraso se produzca por motivos no imputables al contratista y el ofrecimiento de éste de cumplir el compromiso. Los problemas surgen cuando se discute jurídicamente si la Administración valora correctamente su potestad para decidir sobre la concurrencia o no de estos dos requisitos, en cuyo caso nos hallamos en el proceloso mundo de las técnicas jurídicas de control de la discrecionalidad administrativa. Ahora, sin embargo, los procedimientos de concesión o resolución de prórrogas terminan con un acto discrecional de la Administración, que habrá de ser motivado.

Debe consignarse en este momento que, con anterioridad a la legislación de 1965, regía el Pliego general de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 13 de marzo de 1903, conforme al cual la prórroga era una facultad discrecional no sometida a mayores condicionantes. Lo que sí ocurre tras la Ley de 1965 es que la prórroga se configura como un derecho subjetivo que desencadena su eficacia en caso de que se produzcan los dos requisitos conocidos: retraso inimputable al contratista y ofrecimiento de cumplir el contrato en tiempo establecido. A estos requisitos generales debemos añadir, obviamente, que se haya solicitado por el contratista; también, que éste esté cumpliendo sus obligaciones contractuales de buena fe y, cómo no, que el interés público así lo aconseje. Así pues, me parece que la regulación del artículo 100 del Reglamento no deja demasiadas dudas sobre la naturaleza discrecional de la concesión de la prórroga.

En principio, dada la redacción de los artículos 95 y 96 de la actual Ley de contratos, pareciera que la prórroga, en los contratos de obras, como debe ser solicitada por el contratista, tendrá carácter expreso. De acuerdo con la legislación anterior, resultaba que el Tribunal Supremo, a propósito de un contrato de obras, señaló el 13 de junio de 1986 que no existía obligación de solicitar la prórroga cuando la no ejecución de las obras dentro del plazo convenido no se debe a causa imputable al contratista y resulta que se había producido una prórroga tácita por parte del Ayuntamiento correspondiente a favor del contratista al haberse aceptado el cumplimiento tardío de sus obligaciones.

Ahora, sin embargo, los términos del párrafo segundo del artículo 100 del Reglamento son bien claros y terminantes: “En el caso de que el contratista no solicitare prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que

renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 95.3 de la Ley o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación para proceder a la resolución del contrato". Se entiende, pues, que se termina la posibilidad de la tácita reconducción, de las prórrogas tácitas en caso de que sin mediar petición del contratista la Administración tolerara la continuidad del contrato.

En los supuestos de contratos de obras públicas, pues, la prórroga se puede conceder por la Administración cuando la demora sea inimputable al contratista y éste hubiera ofrecido cumplir sus obligaciones. Si la demora se produce por causa de la voluntad del contratista, entonces, además de la resolución, la Administración puede optar por la imposición de penalidades diarias, lo que se puede calificar de supuesto de prórroga penal o de prórroga forzosa con cláusula penal.

Por lo que se refiere al requisito de que el retraso no haya sido ocasionado por causas imputables al contratista, debemos señalar que, en estos casos, nos hallamos ante casos fortuitos, de fuerza mayor, dificultades imprevistas y, sobre todo, supuestos de retraso por actos propios de la Administración. Esto es lo que demuestra la jurisprudencia recaída en los muy numerosos casos en los que la Administración provoca el retraso por una actuación poco diligente.

Los supuestos de fuerza mayor, huelga decirlo, son extraordinarios y, además, en ellos es frecuente que se produzca la destrucción del objeto contractual, perdiendo la prórroga todo sentido. Son más frecuentes los supuestos de prórroga del contrato de obras a causa de riesgos imprevistos que se ciernen sobre las empresas, especialmente en momentos de crisis económicas.

Por lo que se refiere a supuestos de prórroga a causa de actos propios de la Administración, del examen de la jurisprudencia podemos seleccionar algún caso digno de mención. Es el supuesto de retrasos en la ejecución de un contrato de obras debido al comportamiento de la Administración (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1967), a demoras debidas a incumplimiento de las obligaciones técnicas que corresponden a la Administración (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1982). Otro caso bien patente es el que nos cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1985 relativo a una prórroga concedida en un contrato de construcción de colegios públicos a causa de determinadas incidencias constructivas ocasionadas en la mayor parte de los casos por defectos e imprevisiones de los proyectos de obra que sirvieron de base al contrato, con resultado de retraso debido tanto a la imperfección de los correspondientes proyectos de obra como al defectuoso funcionamiento en los órganos encargados de la supervisión, replanteo y posterior dirección de las obras.

El tiempo de duración de la prórroga, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley actual, “será por lo menos igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiera otro menor”, precepto suficientemente claro que nos exime de mayores comentarios. Por lo que se refiere al día a partir del cuál comienza a caminar el plazo, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1984, en la que se inclina por entender que el plazo ha de computarse, no desde el momento en el que el contratista conozca la existencia de la causa de la prórroga, sino desde el momento en que, removidos los obstáculos que dificultaban la normal ejecución de la obra, el contratista pueda realizar éstas sin traba o limitación alguna.

En algún momento se ha planteado si la revisión de precios juega en estos casos de prórroga. En mi opinión, la revisión de precios sólo jugará en los casos de prórroga siempre que no sea por causa imputable al contratista.

En materia de contratos de obra pública, el legislador incluye una sección bien parca dedicada a la concesión de obra pública. Es verdad, como ya hemos señalado, que el 23 de mayo de 2003 se aprobó una ley dedicada a esta modalidad de contrato de obras que tiene, también en esta materia, singularidades que la acercan más, como es lógico y dada su naturaleza, a las concesiones de servicios. En estos casos, nos referimos a que la contraprestación al adjudicatario, en lugar de ser el pago del precio estipulado, consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio, tal y como dispone el artículo 130 de la actual Ley de contratos de las administraciones públicas. En dicha Ley nada se dice en relación con la duración y las prórrogas en este caso, por lo que habría que aplicar la doctrina general establecida en los artículos 95 y 96 y concordantes del Reglamento de contratación. Sin embargo, en la Ley de 2003 lo encontramos con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 263.

Para la determinación del plazo, la Ley de 2003 parte de la distinción en concesión de construcción y explotación de obra pública y concesión de explotación de obra pública. En el primer caso, el artículo 263.1, después de señalar que el plazo será el que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, establece que, en ningún caso, el plazo podrá exceder de cuarenta años. Para las otras concesiones, el párrafo segundo de este precepto señala que se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares teniendo en cuenta la naturaleza de la obra y la inversión a realizar sin que en ningún caso pueda exceder de veinte años, si bien el establecimiento de un plazo superior a quince años debe ser objeto de justificación expresa.

Me parece del mayor interés que se vincule la cuestión del plazo en estas concesiones a la naturaleza de la obra y a la inversión a realizar. Lo señalo porque en materia de concesiones administrativas, a diferencia de lo que ocurre en los contratos de obra pública, la amortización de las inversiones es una cuestión esencial de la naturaleza de la concesión. Es más, si partimos del dogma del equilibrio financiero, tendríamos seguramente que convenir que, en estos casos, tantas veces el equilibrio financiero, como dispuso la memoria del proyecto de Ley que vería la luz en 2003, “deberá restablecerse tanto si se

ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera como tolerable o deseable para la credibilidad de la institución y del interés público [...]. Por todo ello, el restablecimiento del equilibrio económico no puede, en ningún caso, suponer una alteración del contrato que altere su significado inicial". De ahí que, como ha señalado Ripoll Martínez de Bedoya,³ en el caso de que para restablecer el equilibrio económico del contrato sea necesario conceder prórrogas cuyo cómputo total exceda de los límites fijados por la Ley, la propia Ley permite esta posibilidad, pero sin que ello pueda suponer una alteración sustantiva del contrato, una de cuyas condiciones objetivas hay que recordar nuevamente que es el plazo, de carácter temporal, razón por la cuál se establece un nuevo límite, el de sesenta o veinticinco años respectivamente.

En las concesiones administrativas, lo veremos con más detalle más adelante, la amortización de las inversiones, insisto, es un factor central para la vida del contrato que modula necesariamente su régimen jurídico y permite que la cuestión del plazo y las eventuales prórrogas que pudieran concederse constituyan una cuestión medular.

Así, en el caso de que los pliegos de condiciones particulares hubiesen fijado plazos menores a los respectivamente marcados, el parágrafo 3 del citado artículo 263 de la Ley de 2003 permite prórrogas sucesivas hasta el límite de los cuarenta o veinte años anteriormente marcados. La prórroga, señala el precepto, podrá ser pactada de forma expresa, lo que implica que o bien se contempla en el pliego o, más adelante, podrá ser objeto de acuerdo entre las partes a partir del procedimiento establecido con carácter general y adaptado a este supuesto.

También se permite en la Ley de 2003 que los plazos fijados en el pliego de condiciones administrativas particulares se prorroguen, como antes se adelantó, más allá de los límites establecidos: concretamente hasta los sesenta y los veinticinco años, respectivamente, lo que podrá ser acordado potestativamente por el órgano de contratación exclusivamente en dos supuestos: para reestablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en caso de que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulación (artículo 263.4).

Estas consideraciones ponen de manifiesto que la relación existente entre el plazo de la concesión y la tarifa es fundamental para entender el sentido y la funcionalidad de las concesiones de obra pública, pues el período concesional es una variable fundamental del precio de la tarifa del mismo modo que el precio de un bono tiene relación con su duración. En este sentido, me parece de interés transcribir una parte de la comparecencia del presidente de la Asociación Española de Autopistas de Peaje en el la comisión competente del Congreso de los Diputados en la que se tramitaba el proyecto de la Ley de 2003: "Al fin y al cabo, la inversión en una autopista es como invertir en un bono a muy largo plazo, en un bono con un vencimiento a cuarenta años, que

³ M. D. Ripoll Martínez de Bedoya, *Comentarios a la nueva Ley de 23 de mayo de 2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2004, p. 313.

paga unos dividendos cada año y que al final del período de concesión tiene que devolver el principal. La inversión en autopistas es exactamente igual que la inversión en un bono; a diferencia de los bonos públicos, evidentemente, aquí el dividendo es incierto y está sujeto a las oscilaciones de la vida económica y la devolución del principal hasta cierto punto también es incierta porque está sujeta a las incertidumbres de la vida económica. Pero en condiciones normales la equivalencia financiera es adecuada, por tanto, qué duda cabe que una de las variables que determina el precio, en este caso el peaje, es el período concesional”.

En España, debido a las dificultades orográficas, a los trayectos cortos – otro factor que incide en el precio–, que requieren múltiples salidas y entradas a las autopistas, por seguir con el ejemplo anterior, y a causa de la existencia de autovías, que son gratuitas y la gran competidora de las autopistas, los plazos de las concesiones son más largos que en otros países de Europa. Hay quien piensa que acortando los plazos de estas concesiones se podría mejorar la competencia, pues al ser tan amplios, el concesionario puede estar en una cierta posición de monopolio. Por ello, como recuerda Ripoll Martínez Bedoya citando al profesor Sánchez Soliño, se podrían acortar los plazos utilizando un mecanismo que está en la Ley mediante el pago de un valor residual por la utilización de la infraestructura al término de la concesión. Cuando se extingue puede volver a ser objeto otra vez de concesión la explotación, de manera que la Administración no tuviera que hacer desembolso alguno, sino que sería el siguiente concesionario el que se hiciera cargo de ese valor residual. Así, es posible que aumentara la rentabilidad de la empresa concesionaria sin mayor coste para la Administración y en beneficio del usuario final, que es quien tendría que pagar un peaje, en este caso menor.

El sistema de plazos que fija la Ley trae consigo una apertura de los mercados de obras concesionales, una mayor competencia; todo ello en el marco del interés general y buscando el mejor servicio al usuario en las mejores condiciones económicas posibles.

A pesar de ello, los efectos positivos de las prórrogas que contempla la ley pueden hacer que los plazos alcancen los sesenta años en las concesiones de explotación y construcción porque, entre otras razones, tratan de proteger al inversor último en los casos de titulación de activos, separando la responsabilidad del concesionario de la responsabilidad de los inversores.

En materia de prórrogas de concesiones de servicios públicos tenemos que ir al artículo 157 de la Ley de contratos, que se refiere al régimen general de los contratos de gestión de servicios públicos, una de cuyas modalidades más destacadas, sino la que más, es, en efecto, la concesión. Pues bien, este precepto establece lo siguiente:

“El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de las obras y la explotación del servicio público.

b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendido en la letra a.”

Con independencia de lo que más adelante trataremos en relación con el régimen de la prórroga en los contratos de concesión de servicios públicos a propósito de lo dispuesto en este precepto, en este momento es menester hacer alguna glosa sobre lo previsto en la letra a del artículo anteriormente transcrito en relación con lo comentado respecto al plazo y las prórrogas en materia de contratos de obras con explotación del servicio incluida. Es decir, la concesión de obra, cuando lleva aparejada la explotación de un servicio público, además de tener en cuenta lo señalado en el artículo 263 de la Ley de 2003 debe someterse igualmente a lo dispuesto en el artículo 157.a de la Ley de contratos, pues se refiere a “los contratos de comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público”.

Pues bien, para articular la regulación de este tipo de contratos con la regulación del contrato de concesión de obra pública debe tenerse presente el criterio del Consejo Estado evacuado con ocasión del dictamen del alto órgano consultivo relativo al proyecto de Ley de concesiones de obra pública, en el que se señaló que el párrafo 4 del artículo 263 de la Ley de 2003 altera o modifica el artículo 157.a de la Ley de contratos de las administraciones públicas, homologando la duración referida a los contratos que comprendan ejecución de obras y explotación de servicio cuando sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedades de economía mixta municipal al plazo máximo de duración de los contratos de concesión de obra pública (sesenta años), atendiendo a las dificultades que afrontan este tipo de contratos para mantener el equilibrio económico de sus explotaciones. Ahora bien, los sesenta años sólo se aplican a este único caso; en los demás contratos que comprendan ejecución de obras y explotación de servicio público regirá como plazo máximo el de los cincuenta años del artículo 157.a de la Ley de contratos.

Veamos, siguiendo a Ripoll Martínez de Bedoya, qué pasa en relación con otros plazos concesionales marcados por la legislación sectorial. También tiene un plazo especial de duración el contrato de concesión de obras hidráulicas regulado por la Ley de aguas (texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio). En concreto, la Ley de 2003 modifica los artículos 133, 134 y 135, ya que el artículo 134 señalaba un plazo para las concesiones para construcción y explotación o sólo de explotación de obras hidráulicas de setenta y cinco años. En el marco del sector eléctrico, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, señala en su artículo 22 que cuando el establecimiento de unidades de producción eléctrica requiera concesión administrativa conforme a lo dispuesto en la Ley de aguas, se estará a lo establecido en dicha ley; es decir, setenta y cinco años. Un plazo diferente es

el contemplado por la Ley de costas, de 28 de julio de 1998, pues el artículo 66 dispone que el plazo de las concesiones será el que se determine en el título correspondiente y que reglamentariamente se establecerán los plazos máximos de duración; en ningún caso estos plazos podrán exceder de treinta años. Este mismo plazo de treinta años lo encontramos en las concesiones que se otorguen en el dominio público portuario por expresa remisión del artículo 63 de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante, de 24 de noviembre de 1992.

Por otra parte, frente a la extinción de las concesiones de obra pública una vez transcurrido el plazo inicialmente establecido o el ampliado de acuerdo con las prórrogas acordadas, la Ley contempla la posibilidad, ciertamente singular, de que también se puedan extinguir estas concesiones de obra pública una vez terminado el plazo reducido que se haya acordado. Esta posibilidad de reducción de plazo a que alude el artículo 262 de la Ley de concesiones de obra pública se reitera en el 263, en el apartado tercero, al disponer que “los plazos fijados en los pliegos de concesiones podrán ser prorrogados de forma expresa hasta el límite establecido respectivamente en los apartados anteriores y reducidos de acuerdo con lo previsto en esta Ley”.

De entrada, hemos de mostrar nuestra perplejidad ante la posibilidad de que se reduzca el plazo inicialmente acordado en el pliego ya que en estos supuestos se juega en el marco de plazos amplios, en los que la prórroga está prevista como una opción de la que se puede echar mano si razonablemente se producen incidencias que el equilibrio económico debe asegurar. En todo caso, frente a la prórroga aparece la reducción, circunstancia que afecta al plazo de duración de estas concesiones que contempla la ley y que quizás deba entenderse desde ese deseo, no sé si demasiado teórico, del legislador por evitar que en este proceloso mundo de las concesiones de obra pública se reproduzcan situaciones de monopolio que la propia concesión, como fórmula indirecta de gestión de servicios públicos, procura evitar.

Una vez analizado el régimen de las concesiones de obra pública que, como hemos visto, la Ley de contratos regula en sede de contratos de obra pública –ubicación un tanto censurable, pues es probable que estos contratos de concesión de obra pública estén más cerca de las concesiones de servicio público que de los contratos de obra pública–, es momento de analizar el régimen de la prórroga en las concesiones de servicio público.

En esta cuestión, en la que ya hemos adelantado algunas consideraciones para distinguir netamente el juego del tiempo en ellas y en los contratos de obra pública, debemos comentar que, como es lógico, los principios de continuidad y regularidad y la propia naturaleza de este negocio jurídico administrativo señalan un marco y un contexto en el que el plazo está, igualmente, muy relacionado con el equilibrio financiero así como, lógicamente, con las amortizaciones de las inversiones.

Así, mientras que en materia de contratos de obra pública la prórroga es realmente una institución excepcional, en materia de concesiones las cosas

suceden de otro modo debido precisamente al diferente régimen de la concesión de servicio público.

Conviene recordar que en España la concesión surge vinculada a la obra pública tal y como han comentado algunos de nuestros más insignes maestros como Colmeiro, Posada Herrera o Santamaría de Paredes. Así, Colmeiro escribiría en su *Derecho administrativo español* de 1858, en la segunda edición, que el efecto de toda concesión es imponer a un particular o compañía la obligación de construir y conservar a su cuenta y riesgo tal obra pública, otorgándole por un tiempo determinado cierto privilegio relativo al uso general, que comúnmente consiste en la cobranza de los derechos de tránsito, con cuyo producto reembolsa el capital y percibe sus intereses”.

Hoy el precepto al que hay que atender es el artículo 157 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, en el que, como ya sabemos, a diferencia de la prórroga en los contratos de obra pública en que ordinariamente se solicita por el contratista, en materia de concesión de servicios públicos se establece expresamente en el pliego. El artículo prohíbe la duración perpetua o indefinida de las concesiones, aludiendo quizás a que siendo los plazos de estas concesiones bien amplios, no pueden serlo tanto que supongan, de hecho, una posición permanente o indefinida pues, de ser así, el concesionario se convertiría en beneficiario de una posición de monopolio, hoy proscrita por el ordenamiento jurídico y por el sentido común.

Quiero llamar la atención sobre el hecho de que el legislador establece que las prórroga o prórrogas han de fijarse necesariamente en el pliego, dicción que permite deducir que a partir de 2000 las llamadas prórrogas tácitas o tácitas reconducciones, según terminología civilista, perderán toda funcionalidad pues, lisa y llanamente, están prohibidas. Esta consideración la hará suya, como hemos analizado con carácter general, el artículo 100, párrafo 2 del Reglamento de contratación actualmente vigente. Han de fijarse, pues, necesariamente en el pliego, por lo que la interpretación literal es bien sencilla y no ofrece dudas sobre la pérdida de sentido, en este precepto, de las prórrogas tácitas, pues éstas son prórrogas no fijadas en el pliego.

El principio de temporalidad, insisto, domina todo el régimen de la concesión de servicios públicos. En el fondo del señalamiento de plazos largos –ahora, sin embargo, un poco más cortos que de acuerdo con la legislación de 1965– late la decisiva influencia del principio de continuidad de los servicios públicos: primera nota dominante y esencial al concepto de servicio público. Desde esta perspectiva, el término en las concesiones de servicios públicos ha de ser entendido no tanto físicamente sino de acuerdo con la naturaleza de cada servicio, como regularidad en la prestación y en función de las amortizaciones que deba efectuar el concesionario. Esta exigencia de continuidad o regularidad del servicio influye, es claro, en la duración del contrato y, por ello, en su eventual prórroga.

Un problema clásico que se suele plantear en sede de prórroga de concesiones de servicio público, y que se puede predicar de la materia contractual en general, es si esta institución –la prórroga– supone una novación

del contrato o, por el contrario, no es más que una manifestación de la *potestas variandi* de la Administración por razones de interés público. En la polémica terció hace algunos años uno de los mejores administrativistas españoles, Emilio Albí, en cuyo libro de 1944 sobre los contratos municipales enseñaba que, en efecto, la novación real no es posible en derecho administrativo porque si así se calificara la prórroga, ello supondría abrir una nueva licitación a la que podrán concurrir libremente quienes lo hicieron a la anterior así como otros licitadores nuevos, sin tener en cuenta para nada la concesión anterior.

Por lo que se refiere a las causas de prórrogas de concesiones de servicios públicos, debe señalarse que los artículos 95 y 96 de la Ley de contratos de las administraciones públicas son el derecho común en la materia, pues la concesión es un contrato, si bien, claro está, las exigencias de la continuidad, de la regularidad, de la naturaleza del servicio y de la amortización de inversiones modulen un tanto el régimen de las prórrogas en estos casos. La prórroga puede ser concedida de oficio o a instancia de parte, que será lo ordinario, siempre por razones de interés público. En caso de que se solicite la prórroga, el retraso deberá ser por causas ajenas a la voluntad del concesionario y éste habrá de ofrecer el cumplimiento de sus compromisos en el plazo que se establezca. Aquí también es de aplicación lo dispuesto en materia de fuerza mayor, caso fortuito, riesgos imprevisibles y retrasos por conducta imputable a la propia Administración. En estos casos, si se producen estas circunstancias —y, evidentemente, la continuidad es posible y conveniente—, entonces quizás la prórroga sea una buena solución para garantizar el interés público.

En materia de concesiones locales, el artículo 127.1.1.a del famoso reglamento de servicios de las corporaciones locales, una de las piezas maestras del derecho administrativo español, atribuye a la entidad local la potestad de variar la cantidad, calidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, configurando lo que he denominado, en mi libro sobre la prórroga de los contratos administrativos, “prórroga consecuencia de la *potestas variandi* de la Administración local”, potestad que como ha señalado el Tribunal Supremo en una sentencia de 11 de abril de 1984 “no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público”.

De acuerdo con el artículo 157 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, las concesiones de servicios públicos podrán ser prorrogadas según sea la naturaleza de las concesiones. Si se trata, como ya hemos visto, de concesiones de obra pública con explotación del servicio público, el plazo máximo es de cincuenta años. Veinticinco años para concesiones de servicios públicos no sanitarios y diez años para las concesiones que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios no incluidos en el primer caso. Los plazos son obviamente inferiores a los noventa y nueve años del artículo 64 de la Ley de contratos del Estado de 1965.

De acuerdo con Mestre Delgado,⁴ en el régimen jurídico de cada servicio debe regularse la cuestión de la prórroga al tratar del plazo concesional. Ante el silencio de la norma regirán las determinaciones del pliego, también en este tema. Existe, como señala este autor, un amplio margen de disponibilidad para que en el pliego se prevea o no la posibilidad de prórrogas, si no se contempla ello no quiere decir que estén prohibidas porque siempre quedará la posibilidad o bien de que se soliciten jugando la discrecionalidad de la Administración, o bien que se impongan desde la perspectiva de la poder de modificación de las condiciones del contrato del que es titular la Administración pública. Ciertamente, las decisiones de la Administración sobre las prórrogas deben siempre estar amparadas en razones de interés público y adoptar la forma de acuerdos motivados. Además, desde la concepción general de la prórroga en los contratos administrativos a que hicimos referencia con anterioridad, la funcionalidad de la prórroga que solicita el concesionario juega siempre que no medie razón imputable del retraso al propio contratista.

Tras la redacción del artículo 157 de la Ley de contratos de las administraciones públicas resulta francamente difícil admitir las prórrogas tácitas pues éstas (las prórrogas) han de fijarse necesariamente en el pliego de condiciones administrativas particulares, por lo que parece que la tácita reconducción en sede de prórroga desaparece de las concesiones de servicios públicos.

Es evidente que las prórrogas que puedan concederse nunca podrán superar el tope temporal máximo previsto en la Ley de contratos. Para ello habrá de atenderse a las previsiones del pliego y si en él nada se dice, la prórroga deberá concederse por el mismo plazo inicial, siempre que no supere el plazo máximo total de vigencia de la concesión.

En materia de prórrogas consecuencia del *ius variandi* de que goza la Administración encontramos algunos supuestos dignos de reseñar. El artículo 72 de la Ley de 30 de julio de 1987, de ordenación de los transportes terrestres, señala en su artículo 3 que la duración de las concesiones debe establecerse en el título concesional, respetando las previsiones allí contenidas. Y añade que cuando finalice el plazo concesional sin que haya concluido el procedimiento tendente a determinar la subsiguiente prestación del concesionario, el concesionario prolongará su gestión hasta la finalización de dicho procedimiento, sin que en ningún caso esté obligado a continuar dicha gestión durante un plazo superior a doce meses.

4. Reflexión conclusiva

El tiempo juega en la contratación administrativa un papel sustancialmente distinto al que juega en la contratación privada. Por una razón fundamental: porque el interés público, criterio medular del derecho administrativo, modula de manera relevante las instituciones, categorías y conceptos de nuestra disciplina. En el derecho civil, la autonomía de la voluntad de las partes explica

⁴ J. F. Mestre Delgado, "La extinción de la concesión de servicio público", Madrid, 1992, p. 210.

la funcionalidad del tiempo y de los plazos, factor que en la contratación administrativa reside en el interés público que, como hemos señalado, justifica el ejercicio del *ius variandi*.

El diferente régimen de la prórroga en los contratos de obra pública y en los contratos de concesiones –sean de obra o de servicio– justifican la tesis de la conveniencia de tratar de los contratos administrativos, no de la teoría del contrato administrativo. Esta orientación doctrinal no se sostiene solamente al analizar cuestiones concretas, como el tiempo, que afectan a la vida de cada contrato administrativo, sino desde la perspectiva de la Ley de contratos de las administraciones públicas, en la medida en que, en efecto, se dedican unos preceptos a los principios comunes, para luego establecer el régimen concreto de cada uno de ellos.

La prórroga se nos presenta, lógicamente, como una institución de excepción porque lo propio y natural es el cumplimiento de las obligaciones al término del contrato. Su justificación, insisto, reside en el interés público. En los contratos de obra pública, me parece que ordinariamente la prórroga procederá en los supuestos de retrasos no imputables al contratista, sobre todo debido a la propia naturaleza de la prestación en que consiste la ejecución de una obra pública, caso distinto de la concesión de obra con explotación del servicio dónde la prórroga admite nuevas perspectivas.

El legislador de 2000 y, sobre todo, el Reglamento de 2001 prohíben las prórrogas tácitas, práctica especialmente ordinaria en materia de concesiones de servicios públicos. Ahora, por evidentes razones de transparencia, se exige que las prórrogas sean expresas.

Si se dan los requisitos establecidos en los artículos 95 y 96 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, entonces la Administración debe conceder la prórroga solicitada por el contratista.

En las concesiones de servicio y obra pública, la naturaleza y objeto del contrato y la proyección de los principios de continuidad y regularidad unidos a la cuestión de la amortización de las inversiones, permiten construir una nueva funcionalidad de la prórroga que se convierte así en un elemento estratégico para la consecución de los fines de interés público ínsitos en cualquier concesión administrativa.

En fin, el tiempo, como hemos comentado modula el sentido del interés público como elemento central de los contratos administrativos. El tiempo, como ha señalado González Navarro en el tomo III de su *Derecho administrativo español*, editado por la Universidad de Navarra en 1997, es junto al espacio, la coordenada o parámetro en el que nace, vive y se desarrolla el interés general, concepto medular que nos enseña, una vez más, que las categorías, instituciones y conceptos todos del derecho administrativo están concebidos para que el poder se justifique permanente en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.