

El Tiempo y Las Concesiones Administrativas (Especial Referencia a la Prórroga)

Jaime Rodríguez - Arana*

“Actualmente la prórroga en las concesiones de Servicios Públicos constituyen un tema importante y de necesario conocimiento dentro de este tipo de procedimiento. Sin embargo, su aplicación requiere de un análisis exhaustivo que debe tener en cuenta el cumplimiento de ciertas condiciones para que la misma prospere, con conocer si esta se realiza de oficio o a pedido de parte, si el interés público es elemento indispensable para su aplicación, u otras. Estas son algunas de las interrogantes que el autor resolverá en las siguientes líneas.”

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 Castan 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 también, 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 puede 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

* Catedrático de Derecho Administrativo de La Coruña y actual Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

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. Más adelante, 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 cosas¹. 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 del que hemos de contemplar la problemática de las concesiones administrativas, entonces podremos formular algunas observaciones preliminares.

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 presente 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 concreto, 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 después de la ley de 23 de mayo de 2003, contratos de concesión de obra pública.

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

1 Álvarez Cienfuegos, José María. "El Derecho y el sentido del tiempo". Actualidad Aranzadi, 2000, p. 1.

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 cuándo 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. Cuándo la Ley de Obras Públicas de 1877 postulaba la caducidad inmediata de la concesión si el contratista no cumplía el plazo dentro del cuál 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 de 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

o 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 obra a la Administración y punto. Por el contrario, cuándo se trata de obras, hoy también servicios, que van a ser destinados directamente 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, prohibiendo 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 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.

² López-Font Márquez, Ignacio. "El término en el contrato administrativo de obra", RAP N° 97, pp. 207 y ss.

3. La prórroga en las concesiones de servicios públicos (principios generales)

Las concesiones de servicios públicos son configuradas por nuestro ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la técnica contractual³, ya que se trata de una modalidad de contratos administrativos genéricamente denominada gestión de servicios públicos.

En el fondo del señalamiento legal de un plazo de duración tan largo, como acontece en las concesiones de servicios públicos, late la decisiva influencia del principio de continuidad de los servicios públicos⁴: primera nota dominante y esencial al concepto mismo del servicio público⁵. Desde esta perspectiva, el término 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 de las inversiones que deba efectuar el concesionario.

Como es sabido, las prórrogas inciden sobre la doctrina de la novación, ya que implican la modificación del término de la concesión del servicio público; es decir, la prórroga se enmarca dentro de las alteraciones que puede experimentar el contrato de concesión de servicio público durante su realización. Si dicha alteración se ha previsto en el pliego, prórroga concesional, no debe haber dificultades, puesto que, como señala ALBI, "conocida de antemano por todos los licitadores, teniendo en cuenta esas posibles modificaciones, las cuales, aceptadas por el rematante, no significan, en resumen, una novación del contrato, sino simplemente la aplicación normal de una de sus cláusulas⁶."

A juicio de Albi, la novación real⁷ no es posible en Derecho administrativo, porque daría lugar a abrir una nueva licitación "a la que podrán concurrir libremente los que acudieron a la anterior, y otros nuevos, y se efectuará una nueva adjudicación, sin tener en cuenta, para nada, la que se llevó a cabo en el trámite precedente"⁸. Por ello, para este autor, la prórroga no es más que una modificación accidental del contrato, nunca una auténtica novación⁹.

Desde otra perspectiva, la prórroga en las concesiones de servicios públicos no es más que una consecuencia del principio de continuidad de los servicios públicos

y de la necesidad de solucionar la amortización de inversiones operadas en el servicio. Es decir, mientras que en los contratos de obras la prórroga, como regla general, opera en virtud de petición del contratista, en los contratos de concesión de servicios públicos, aunque también cabe esta posibilidad, parece más lógico que sea la propia Administración quien, por exigencias del interés público, prevea su existencia en el pliego.

"(...) dicha "potestas variandi", tal y como señalaba López Pellicer es únicamente ejercitable en los casos de existencia de interés público"

También, desde la perspectiva de la potestas variandi y de la amortización de la inversión, puede calificarse la prórroga como una fórmula económica correctora. Ello, desde dos puntos de vista. Por una parte, el ejercicio de la potestas variandi normalmente da lugar a que en concesionario debe efectuar alguna inversión para dar cumplimiento a la modificación del servicio; lo que hace necesario que se amplíe el plazo en la medida mínima imprescindible para permitir la amortización de aquél. Y, de otro lado, en caso de que circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa produzcan una situación económica deficitaria, parece lógico que se prolongue la concesión por el tiempo necesario para que, dentro de las condiciones de la misma, pueda restablecerse el equilibrio económico¹⁰. Siempre, claro está, que constituya una exigencia del interés general y que opere en el marco del principio de proporcionalidad.

El Ordenamiento jurídico admite la intervención unilateral de la Administración concedente introduciendo modificaciones en el servicio. Ahora bien, dicha "potestas variandi", tal y como señalaba López Pellicer es únicamente ejercitable en los casos de existencia de interés público¹¹.

Por otra parte, incluso entre los autores que, como Villar Palasi, han denunciado que el otorgamiento de una prórroga de ampliación de plazo supone una nueva

3 Sobre la naturaleza jurídica e la concesión de servicios públicos, cfr. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, El incumplimiento en la concesión de servicios públicos, Madrid, 1981, pp. 19 y ss. y la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1979.

4 Cfr. SALA ARQUER, El principio de continuidad de los servicios públicos, Madrid, 1977, o GILLI, Le continuité des services publics, Niza, 1975. Además, VILLAR PALASÍ, La intervención administrativa en la industria, Madrid, 1961, 161, y ARIÑO ORTIZ, "El servicio público como alternativa" REDA, nº 223, pág. 551. Vid. también la S. del T.S. de 26 de noviembre de 1976, y los Dictámenes del Consejo de Estado de 19 de febrero de 1959, y de 10 de febrero de 1966.

5 DOMINGUEZ BERRUETA DE JUAN, Op. cit., pág. 444.

6 ALBI, Tratado del modo de gestión de los servicios públicos, Madrid, 1955, pág. 306. Además, este autor, en relación con este tema, trae a colación una interesante S. del T.S. de 31 de marzo de 1925 que admite como lícitas "las estipulaciones particulares del convenio que determinen la prórroga del mismo".

7 Su razonamiento se apoya en la S. del T.S. de 30 de junio de 1890. Además, la novación personal, por cambio de personas, es posible en la contratación municipal pero habrá de llevarse a cabo en condiciones particulares

8 Ibidem.

9 Cfr. la S. del T.S. de 30 de junio de 1890.

10 ALBI, Tratado...pág. 643.

11 DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, El incumplimiento en la concesión de servicios públicos, Madrid, 1981, pág. 325.

concesión¹², se aceptan las ampliaciones de plazo como una realidad necesaria e insoslayable¹³.

La jurisprudencia, ciertamente, era vacilante en la ruptura del principio de riesgo y ventura del contratista y correlativa admisión del principio del equilibrio financiero en los contratos administrativos, especialmente cuando su aplicación deriva de los supuestos surgidos de la llamada teoría de la imprevisión¹⁴. Ello, a pesar de los generosos términos en que ambos se contienen en la legislación local. No obstante, en los últimos años puede hablarse de una jurisprudencia consolidada en lo que se refiere a estos extremos. El “ius variandi” se acepta con generosa extensión cuando se refiere a contratos de gestión de servicios aunque no tanto al aplicarse en el seno del contrato de obras¹⁵.

“(...) las prórrogas establecidas por motivos de interés público se admiten sin más problemas. Sin embargo, hay que poner como límite infranqueable a ellas la desnaturalización de la causa y fin de la potestad.”

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1.979 señala respecto a un contrato de servicios:

“... la Administración tiene facultades discrecionales para reorganizar los servicios públicos en consideración a su mejoramiento y al interés general”.

Pero esta “potestas variandi” que justifica en última instancia la prórroga, insisto, ha de venir exigida por el interés general, debido a que las cuestiones relativas a la duración de la concesión e encuentran estrechamente ligadas al interés público; esto es, debe señalarse el plazo más adecuado a las peculiaridades, especialmente financieras¹⁶, del servicio, de manera que el plazo así configurado:

“...no constituye (...) un derecho subjetivo (...) del particular peticionario, sino el límite de extensión de una facultad administrativa que en tal sentido consagra un poder discrecional a modular en cada caso, según las valoraciones de interés general que la propia Administración privativamente considere; el derecho subjetivo del administrado no surge a este respecto sino del acto administrativo de concesión, en el cual, activado ese poder discrecional, la Administración fija una duración determinada al aprovechamiento de que se trate”¹⁷.

Como es lógico, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco de que la causa suficiente para que opere el “ius variandi” es el interés del servicio:

“...el derecho de modificación con que cuenta la Administración (...) no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de meras necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público...”¹⁸.

En definitiva, las prórrogas establecidas por motivos de interés público se admiten sin más problemas. Sin embargo, hay que poner como límite infranqueable a ellas la desnaturalización de la causa y fin de la potestad. Así, no pueden usarse las facultades de modalización del servicio par evitar, sin ninguna causa, un nuevo concurso al término de la concesión. Tal es el supuesto de la sentencia de 23 de mayo de 1.983, que contemplaba el caso de una concesión por seis años que a su término fue prorrogada por otros seis:

“... ya que la primitiva concesión se otorgó por un plazo de seis años sin que el artículo 21 del correspondiente pliego de condiciones hiciera alusión a prórroga alguna, de ahí que su concesión implique, tal como razona el Consejo de Estado en su correspondiente informe, una nueva adjudicación del contrato prescindiendo del procedimiento normal establecido al efecto, que es el del concurso, tanto más si se contrasta el artículo 217.7

12 Ello según el precepto general de la Ley de obras públicas de 1.877 señala en cuanto al límite máximo de la concesión.

13 Cfr. su artículo: Concesiones administrativas, NEJSEIX, Tomo IV, Barcelona, 1.952, pág. 757: “De todos modos, las cuestiones relativas a posibles ampliaciones del plazo de una concesión han de ser resueltas con criterio restrictivo por la transmisión de facultades y limitación de esferas de la Administración que la concesión supone” (Dictamen del Consejo de Estado de 25 de abril de 1.947).

14 Sobre la teoría de la imprevisión en nuestra doctrina, ARIÑO ORTIZ, La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, Madrid, 1.968, págs. 273 y ss.

15 Así, la S. del TS de 30 de abril de 1.977: “... la modificación unilateral de los contratos por la Administración, aunque admitida por nuestro Ordenamiento jurídico, tiene carácter excepcional, lo que significa que los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo ya que de no ser así se infringiría uno de los principios básicos de la contratación en nuestro Ordenamiento jurídico, el cual es recogido por el artículo 1256 del

CC relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes”.

16 Las consideraciones de naturaleza financiera inciden decisivamente sobre la duración de las concesiones de servicios públicos: Así, JEZE, Op. cit. pág. 415: “Au point de une financier explotations de services publics comportene donc des differences nombreuses, et la durée de la concession s'en ressent” Vid. también LAUBADERE, MODERNE, DEVOLVE, Traite des Contrats Administratifs, Paris, 1.984, pág. 685.

17 Dictamen del Consejo de Estado de 13 de diciembre de 1.950.

18 S. del TS de 11 de abril de 1.984.

RCCL con el artículo 78 LCE, es decir, que una vez finiquitado el plazo debería procederse a reversión y convocatoria de un nuevo concurso, por todo lo cual, la nueva prórroga, otorgada por la Administración, sin estar plasmada en el Pliego de condiciones que siguió la primitiva concesión, si bien no pudo afectar a los intereses económicos de la Administración, visto lo que al respecto le estipuló en la orden concediendo la prórroga, si puede incidir en los intereses legales de la misma, no protegiendo dichos intereses, al prescindir de la necesidad de un nuevo concurso para conceder la prórroga controvertida...”¹⁹.

Como regla general, el interés público constituye el principal fundamento originador de la concesión de prórrogas. Me refiero, claro está, a la prórroga normal concedida por la Administración como consecuencia del ejercicio de la “potestas variandi” o a instancia del concesionario en caso de que, por causas ajenas a su voluntad, se retrase en el cumplimiento, con perjuicio para el interés general.

Pues bien, también desde esta perspectiva pueden solucionarse los problemas inherentes al retraso, no imputable al concesionario, en la ejecución del servicio o en la puesta en marcha de su explotación, ya que, normalmente estas circunstancias producirán un claro desajuste en el principio del equilibrio financiero. Nos estamos refiriendo a que esas circunstancias no den lugar a imposibilidad material de continuar la prestación, sino que retrasen o den lugar a un ritmo lento de ejecución que haga necesario una prolongación del plazo inicialmente señalado en el pliego concesional. En estos casos, a mi juicio, el principio de la continuidad debe ser un elemento importante para decidir sobre la prórroga, siempre que materialmente sea posible la subsiguiente ejecución del servicio. Además, será necesario, si el concesionario es quien solicita la prórroga por este motivo, que acredite suficientemente la concurrencia del supuesto de fuerza mayor y concrete el tiempo de la misma, si bien será la Administración, a tenor del interés general, quien tenga la última palabra.

Entiendo que la prórroga o ampliación del plazo inicial puede jugar en los casos de situaciones imprevistas también como fórmula correctora del desequilibrio económico, ya que la concurrencia del riesgo imprevisible puede ocasionar al concesionario graves perjuicios patrimoniales. Que ello sea así dependerá, una vez más del interés público. Además, si tenemos en cuenta las contadísimas ocasiones en que se practica el sistema de indemnización global por las Corporaciones locales en

España, tendríamos que la única posibilidad sería la del aumento de tarifas. Sin embargo, parece indudable que el principio de equivalencia de las prestaciones exige la compensación del sacrificio que el riesgo imprevisible ocasiona al contratista, lo cual debe verificarse en atención, no sólo al incremento de las tarifas, sino también al tiempo para que se amorticen íntegramente los gastos inherentes al riesgo imprevisible sufrido por el concesionario.

Para que se de un riesgo imprevisible, de acuerdo con Ariño, deben darse cuatro condiciones:

- 1º. Que el riesgo sea esencialmente imprevisible, y, por lo tanto, inevitable²⁰.
- 2º. Que el contrato no devenga de imposible cumplimiento, en cuyo caso nos encontramos ante un caso de fuerza mayor total.
- 3º. Que se produzca un aumento grave en la onerosidad de la prestación. O, lo que es lo mismo, “no es suficiente que el contratista haya sufrido un quebranto en los beneficios esperados; es preciso que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente onerosa o, incluso, ruinosa, que la lesión resulte desproporcionada con lo que el contratista pudo prever”²¹.
- 4º. Que la modificación de las condiciones de ejecución y la onerosidad consiguiente no haya llevado al contratista (concesionario en este caso) a la no prestación del servicio, como consecuencia del capital principio de continuidad de los servicios públicos.

En otras palabras, esa excesiva onerosidad unida a la continuidad del concesionario en la prestación del servicio dan lugar a un ritmo lento de ejecución que, de seguro, imposibilitará el cumplimiento de la concesión en el plazo señalado en el pliego concesional. Entonces, para paliar el evidente desequilibrio económico que introduce el riesgo imprevisible, nos encontramos con la subvención o el aumento de las tarifas modulado por la prolongación del plazo. La elección de la técnica a emplear queda en manos de la Administración, si bien debe actuar sirviendo al interés general en todo momento.

A tenor de los requisitos enunciados por Ariño, “todo hecho que da origen a una situación de imprevisión es un verdadero “casus”, que reúne los requisitos con que esta categoría jurídica ha sido construida en la teoría general del Derecho: un terremoto, un temporal de lluvias, una brusca elevación de los

19 Sobre los límites a la “potestas variandi”, ARIÑO ORTIZ, La teoría ..., pp. 229-230.

20 Ya que, como señala ARIÑO ORTIZ, “si el riesgo estaba previsto o era previsible, se entiende que el deudor contrató asumiendo todo el riesgo, es decir, a sabiendas de la posibilidad de que ocurriera ese elemento oneroso para él, y si el acontecimiento dañoso era evitable, los riesgos habrán de ser imputados al contratista por un principio de culpabilidad o negligencia (op. cit. pág. 292).

21 ARIÑO ORTIZ, Op. cit. pág. 292.

precios, una guerra, un descubrimiento técnico, una huelga, etc.”²².

Como es sabido, la teoría de la imprevisión nace en el seno de la concesión de servicios públicos, y de allí se extendió al resto de los contratos administrativo. Su relación con el principio de continuidad avala, todavía más, la oportunidad del señalamiento de prórrogas por riesgos imprevisibles, en cuanto que lo importante es que el servicio público se realice, y para ello es preciso poner al contratista en condiciones de poderlo realizar. La doctrina de la imprevisión, por tanto, tiende precisamente a esto: “a que el contrato se lleve a feliz término.”²³.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta en estos casos el principio de continuidad, nada se opone a que en aras de la satisfacción del interés general, en interés propio del servicio público, la Administración decrete, tras el pertinente procedimiento administrativo, la prórroga con la consiguiente elevación de las tarifas. La elevación unilateral de las tarifas sin la ampliación del plazo es una posibilidad, la ajustada al Ordenamiento jurídico. Sin embargo, entiendo que el interés general puede, y debe en muchos casos, orientarse hacia la solución, no contraria, sino complementaria²⁴.

En estos casos, en los que no está prevista la prórroga en el pliego, análogamente a lo que ocurre en los contratos de obras, el concesionario debe:

- a) Solicitar la prórroga²⁵ antes de la expiración del plazo concesional²⁶. En concreto, en el momento en que se ha producido la causa que le ha ocasionado el desequilibrio financiero.
- b) El concesionario, en la solicitud de prórroga ha de acreditar fehacientemente la existencia y efectos de las causas originadoras del descenso de rentabilidad del servicio.
- c) Igualmente, en su escrito de petición de prórroga deberá concretar, justificándola, la posible duración de la prórroga y su opinión, motivada, sobre el incremento e las tarifas. Todo ello de acuerdo con la amortización de los gastos inherentes a la causa²⁷ de la prórroga y con la rentabilidad mínima del servicio. Además, también deberá comprometerse a cumplir el contrato en el plazo de la prórroga.

Una vez que el concesionario haya cumplido su papel en el procedimiento de obtención e la prórroga, la Administración, de acuerdo con la satisfacción del interés general, decidirá.

En todo caso, la duración de la prórroga o prórrogas no puede exceder del plazo máximo establecido. De todas formas, quizá, de acuerdo con el principio de proporcionalidad ajustado a la naturaleza del servicio, se puede concretar en cada caso el ámbito temporal de la prórroga.

La discrecionalidad de que goza la Administración en estos casos, al igual que para el contrato de obras, es relativa. Es claro que si el retraso se ha producido por causas inimputables a su voluntad, y si lo exige el interés general, la Administración podrá prorrogar el contrato.

Como veremos, hoy es muy difícil que se admitan las prórrogas tácitas en esta materia en el Derecho español tal y como está el derecho vigente. Sin embargo, antes eran relativamente frecuentes. En 1988 me ocupé del tema y ahora reproduzco algunos párrafos de aquella investigación en la que glosaba las posibilidades de admisión de las prórrogas tácitas. En concreto, con el derecho anterior, me preguntaba, ¿cuáles son los límites a la posibilidad de concesión de prórrogas tácitas por la Administración? Para contestar a esta pregunta hay que tener en cuenta que la concesión de servicios constituye una institución compleja integrada por elementos íntimamente relacionados entre sí, de tal modo que es imposible tratar uno aislándolo de los restantes. Precisamente, el equilibrio de unos elementos con otros es la esencia de la institución. No olvidemos que estamos en presencia de un contrato bilateral y constituye un principio de la teoría general del derecho la equivalencia y el equilibrio de las prestaciones. Ello se refuerza más en el ámbito del Derecho Administrativo, ordenamiento basado en el equilibrio entre potestades de la Administración y las garantías de los administrados.

En primer lugar, la prórroga, por constituir una excepción al principio del *contractus lex* y, sobre todo, al principio de publicidad y concurrencia, sólo es aceptable cuando venga exigida pro razones fundadas en el interés del servicio y lo exija la continuidad del mismo, por la concurrencia de circunstancias imprevisibles o por la urgencia de una remodelación de necesaria, motivadas

22 Esta afirmación se refiere, claro está, a los contratos administrativos en general. Vid. ARIÑO ORTIZ, Op. cit. pág. 293.

23 LOPEZ RODO Y GUAITA MARTORELL, Los contratos de obras públicas en España, Actas del X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Madrid, 1.956, pp. 297 y ss. O como señala ARIÑO, "... la teoría de la imprevisión ha encontrado un inmovible fundamento en las propias exigencias del fin público propio del contrato, esto es, en la necesidad de que éste se cumpla de una manera continua y regular y en la forma más adecuada a la satisfacción del interés general" (op. cit, pág. 304).

24 Como puede comprobarse siguiendo esta orientación se llega al mismo resultado que en los casos de ampliación del plazo decretado por la Administración en ejercicio de la potestas variandi. Lo que se ha pretendido, no es más que buscar una solución que combine el principio de continuidad en los casos de riesgos imprevisibles sufridos por el contratista sin perder de vista la satisfacción del interés general a la vez que buscando la mejor forma de que el concesionario amortice los gastos inherentes a dicho riesgo.

25 Para que pueda solicitar la prórroga el concesionario es claro que debe haberse distinguido por gestionar el servicio en las mejores condiciones posibles.

26 Como señala FERNÁNDEZ GARCÍA, Definición de servicio público, su aplicación al problema del suministro de gas, Pamplona, 1984, p. 115, "las concesiones del servicio e gas se otorgarán por un plazo máximo de 75 años, del que no se puede exceder aún prorrogando por Orden Ministerial oportuna la vigente concesión. La prórroga ha de solicitarse entre cinco y tres años antes de la fecha de caducidad de la misma, tiempo lo suficientemente amplio como para que pueda efectuarse un reajuste económico y actualizado de todas las condiciones de la gestión".

27 Ya sea en caso de fuerza mayor parcial, conducta responsable de la Administración, o de la doctrina de los riesgos imprevisibles.

en razones de interés público que habrán de acreditarse convenientemente.

En segundo lugar, estas prórrogas tácitas no deben ser muy desproporcionadas respecto al plazo inicial de la concesión, pues desnaturalizaría los términos del contrato al aparecer como un medio fraudulento de adjudicación directa, obviando los mecanismos de selección del contratista previstos en la ley²⁸.

Y, finalmente, en ningún caso el plazo inicial más las prórrogas tácitas podrán superar el plazo total máximo marcado por la ley para las concesiones de servicios públicos. Hoy, insisto, el régimen de las concesiones requiere de que, por obvias razones de seguridad jurídica, se contemplen las prórrogas en el pliego, y si es pertinente ampliar el plazo, habrá de hacerse a través del correspondiente procedimiento administrativo.

La doctrina civilista, al realizar la exégesis del artículo 1.566 CC, afirma que la tácita reconducción es una excepción a la regla de la extinción del contrato de arrendamiento por vencimiento del plazo y “no constituye una simple prórroga del primer contrato, sino un contrato nuevo”. Ello explica que el tiempo de duración del nuevo arrendamiento no sea el estipulado para el primitivo, sino el de los artículos 1.577 y 1.581 del Código Civil. Razón de peso que abona la tesis de prohibir las tácitas reconducciones como regla general en materia de concesiones administrativas.

La conexión existente entre la ampliación del plazo de las concesiones y la amortización de la inversión es clara²⁹. Hasta el momento se ha tratado fundamentalmente de la prórroga en relación al principio del *contractus lex* y al privilegio de la potestas *variandi*, aunque, inevitablemente, en varias ocasiones, se ha hecho referencia expresa a las relaciones prórroga-amortización de la inversión, auténtico binomio que sirve para explicar la prórroga de las concesiones de servicios.

En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.

Ordinariamente, la necesidad de efectuar nuevas inversiones viene determinada por el ejercicio de la potestas *variandi* a cargo de la Administración concedente en la medida en que el interés público aconseje modificaciones en el servicio. Si tenemos en

cuenta que la amortización de los gastos previstos por el concesionario al inicio de la concesión debe verificarse durante el plazo concesional, en caso de acometerse “nuevas inversiones”, su amortización incidirá necesariamente sobre dicho plazo.

Ya sea sobre la base del *ius variandi* o porque así lo estime conveniente el concesionario, ante la concurrencia de causas imprevisibles, el equilibrio económico debe mantenerse. Según la interpretación que en este punto efectúa ALBI³⁰, hay dos sistemas para restaurar el equilibrio financiero. Si la alteración del mismo se produce por decisión discrecional de la Administración, nos encontramos en el caso del artículo 127.2.2º.a) RSCL que, al no señalar la fórmula concreta a adoptar, deberá operarse teniendo en cuenta los diferentes factores económicos que pueden entrar en juego en la concesión, ya sean factores directos (tarifas y subvenciones), ya los indirectos (prórroga del término el contrato, reducción de las obligaciones a cargo del concesionario, disminución de las prestaciones económicas de la Administración). Sin embargo, de acuerdo con el mismo precepto, en su letra b), si la situación se ha producido a causa de eventos imprevisibles, sólo cabe actuar por vía de las tarifas y de la subvención³¹.

En cualquier caso, si la amortización de los gastos previstos para la gestión del servicio se ha calculado sobre la base del plazo previsto, en caso de “nuevas inversiones” ya sea por exigencias del *ius variandi* o por la concurrencia de supuestos imprevisibles –en definitiva, por causas ajenas a la voluntad del concesionario– no parece desproporcionado que, si así lo exige el interés público, se amorticen dichas inversiones, no sólo a través del incremento de las tarifas y del inhabitual sistema de indemnización global por la Corporación, sino también en virtud del tiempo necesario³². En definitiva, es indudable que el principio de equivalencia de las prestaciones exige la compensación de ese sacrificio, determinado por la nueva inversión no previsible a través de dos parámetros: incremento de las tarifas y tiempo para que se amortice íntegramente. Es decir, la amortización de la inversión será, entonces, la magnitud que ha de determinar la prórroga. En otras palabras, verificada una nueva inversión por exigencias del servicio³³, el plazo deberá ser prolongado en la medida mínima imprescindible para permitir la amortización de aquélla.

La funcionalidad de las inversiones en relación con el plazo de las concesiones ya estaba prevista en nuestro derecho. Así ha ocurrido en diversas ocasiones en que, con carácter general, el progreso técnico impuso cambios en la forma de prestación del servicio. Como

28 Consideración aplicable a las prórrogas expresadas igualmente.

29 Vid. el capítulo II.

30 ALBI, Tratado..., p. 571.

31 ALBI, Tratado...p. 571. Cfr. también el artículo 152.2 RSCL sobre la revisión extraordinaria de las tarifas, y el libro de ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, 1976, pp. 112 y 55.

32 Ello aunque el artículo 127.2.2º.b) se refiere sólo a las tarifas y a la subvención, ya que es posible que ambas fórmulas por sí no cumplan su objetivo sin tener en cuenta el tiempo necesario de amortización.

33 Motivadas ya sea por el ejercicio del *ius variandi* o por la doctrina de la “imprevisión”.

ejemplos paradigmáticos pueden citarse el artículo 23.2 e la ley de 5 de octubre de 1940 de transformación de líneas de tranvías en otras de autobuses, y el artículo 1.2 de la Ley de 21 de julio de 1973 de transformación de concesiones de trolebuses en otras equivalentes de autobuses.

Además, en la exposición de motivos del Decreto-Ley de 1 de junio de 1954 se hace expresa referencia a la relación inversión-plazo de amortización al señalar la necesidad de transformar las líneas de trolebuses en líneas de autobuses:

“...resultaba imprescindible el levantamiento de las instalaciones fijas, ya que éstas se encontraban en tan malas condiciones que necesitaban su completa renovación, a menos que el servicio hubiere de prestarse sin las mínimas garantías de seguridades exigibles. Renovaciones que, por un elevado coste, eran inabordables por la empresa al estar ya notablemente reducidos los plazos que faltaban para las revisiones”.

Además, el artículo 4 de este decreto-ley optó por otorgar un derecho de tanteo a los concesionarios en el concurso siguiente a la extinción de su concesión, lo cual equivalía a “prorrogar” su plazo:

“Una vez terminados los plazos de las concesiones, se sacarán estos servicios de transportes por carretera a concurso público, de acuerdo con la vigente legislación en la materia. En estos concursos tendrán derecho de tanteo las Empresas acogidas a este decreto-Ley ya hayan venido explotando los servicios hasta finalizar sus concesiones”.

Esta posibilidad también aparece recogida en las leyes citadas de 1940 y de 1973, si bien la prolongación del plazo se efectúa directamente. Así, el artículo 23.2º de la Ley de 5 de octubre de 1940 otorga como beneficio:

“...prórroga del plazo de reversión al estado o al Ayuntamiento correspondiente por otro de cinco a veinte años”.

Y, en el mismo sentido, el artículo 1.2 de la Ley 26/1973:

“...la nueva concesión (...) se extinguirá en un plazo de veinticinco años a contar desde el vencimiento del término fijado para la concesión originaria de trolebuses”.

Desde otra perspectiva, cabe pensar que la reversión gratuita de las instalaciones en favor de la Administración dificulta y llega a imposibilitar la necesaria amortización de los capitales invertidos a medida que avanza el plazo concesional³⁴. Para paliar estos inconvenientes, la Ley 21

de abril de 1949³⁵ señaló un sistema de compensaciones, sujetas a reversión, admitiéndose, en casos excepcionales, la sustitución de esta medida por una compensación en metálico en el momento de la reversión o por la garantía de un interés mínimo al capital invertido³⁶.

Así, la exposición de motivos de la citada Ley:

“La amortización de los capitales que se invierten en la ampliación y mejora se dificulta y llega a imposibilitarse totalmente a medida que la vida de la concesión se halla más avanzada, ya que, según la legislación vigente, el ferrocarril ha de entregarse al Estado sin cargar en el momento de la reversión. Para evitar que los concesionarios, cohibidos por la dificultad, se abstengan de hacer aquellas inversiones, y dado que el régimen de consorcio con el estado (...) fue abandonado a poco de establecido, el remedio fundamental se halla prorrogando la concesión, al menos por un tiempo suficiente para que la amortización pueda efectuarse. La amplia duración que nuestras leyes han otorgado a las concesiones ferroviarias permite, obviando los peligros que entrañaría la prórroga discrecional y casuística, establecer un cálculo general que conduzca a un resultado satisfactorio proporcionado a la duración de la concesión, y en función de los volúmenes de los capitales que representen la ampliación o la mejora, y el establecimiento inicial de ella, que se toman como legítimo fundamento del cálculo, porque las concesiones están equiparadas por la legislación y la doctrina al usufructo temporal de sus capitales. No constituye esta prórroga una concesión graciosa al concesionario, puesto que tiene la contrapartida de la ampliación o la mejora que a su término revertirá al Estado, ni tampoco una renuncia de éste a un derecho de adquirir, por reversión, el pleno dominio del establecimiento, ya que la prórroga es limitada en su otorgamiento. la flexibilidad de la solución, como condición para el acuerdo en cada caso, se logra admitiendo, en casos excepcionales, la sustitución de la prórroga de la concesión que, como regla general, ha de aplicarse, bien por una compensación en metálico o por garantía estatal de un interés mínimo para las inversiones que se realicen, reservándose además el estado la facultad discrecional de no reconocer como compensable en cualquiera de sus formas la ampliación o la mejora cuando la coyuntura de la economía nacional, o alguna otra causa que afecte al interés general, así lo aconseje”.

En definitiva, ex lege o ex contracto, el Ordenamiento arbitra fórmulas de compensación al esfuerzo inversor que pasan necesariamente por la suficiencia del plazo

34 ARIMANY LAMOGLIA, Op. cit., p. 21.

35 Ley que regula la compensación de ampliaciones, mejoras y saneamiento financiero en materia de explotación deficitaria de ferrocarriles y tranvías.

36 ARIMANY LAMOGLIA, Op. cit., p. 21.

de amortización aun cuando éste haya e sobrepasar al pactado.

4. 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 de 2000, de 16 de junio, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, 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 este 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 plazos 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, pues, 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 cuándo 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 hayamos 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, como nó, que el interés público así lo aconseje. Ahora, 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 cuándo 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 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 cuándo 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 hayamos

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 riegos 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 pidiere 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 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.

“(...) la amortización de las inversiones, insisto, es un factor central para la vida del contrato que modula necesariamente su régimen jurídico (...)”

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 Bedoya³⁷, 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 párrafo 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 titulización (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 en 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 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 paga unos dividendos cada año y que al final del período de concesión tiene

37 M.D. RIPOLL MARTINEZ DE BEDOYA Comentarios a la nueva Ley de 23 de mayo de 2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas, Madrid, 2004, página 313

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 de 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 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 en relación con el 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, igualmente, someterse a lo dispuesto en el artículo 157 a) de la Ley de Contratos pues se refiere a “los contratos que 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 cuándo 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, tras establecer 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, que 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 puesto que en estos supuestos se juega en el marco de plazos amplios, en los que la prórroga se contempla cómo 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 se 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 Santamaria 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 la-s prórroga-s 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, parágrafo 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 Albi, en su libro de 1944 sobre los contratos municipales enseñando 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 127.1º.1ª.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 cómo 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, 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 Delgado³⁸, 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 establece 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.

5. 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 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 ciudadano 