

CONFLICTOS CON CONCESIONARIOS: POTESTAD DE INTERPRETACIÓN Y CENSURA DE SUS CUENTAS. A PROPÓSITO DE LA RECIENTE DOCTRINA CASACIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

MERCEDES FUERTES
Universidad de León

Cómo citar/Citation

Fuertes, M. (2020).

Conflictos con concesionarios: potestad de interpretación y censura de sus cuentas.

A propósito de la reciente doctrina casacional del Tribunal Supremo.

Revista de Administración Pública, 212, 181-200.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.06>

Resumen

La larga vida de las concesiones de autopistas y las expectativas de rentabilidad son causa de frecuentes conflictos judiciales. Recientes sentencias del Tribunal Supremo han tratado de iluminar el ámbito de las facultades de interpretación y supervisión de los contratos administrativos, así como otros aspectos relacionados con la petición de cuantiosas compensaciones por una empresa concesionaria. Una doctrina casacional que proyecta algunas sombras, como señala la autora de este comentario.

Palabras clave

Principio de riesgo y ventura; concesiones de autopistas; interpretación de los contratos; impugnación de la censura de cuentas.

Abstract

The long life of highway concessions contracts and the expectations of profitability are the cause of frequent legal disputes. Recent Supreme Court rulings have sought to shed light on the scope of the powers of interpretation and supervision of administrative contracts, as well as other aspects related to the request for substantial compensation by a concessionaire. A casational doctrine that casts some shadows as the author of this commentary points out

Keywords

Principle of risk and chance; highway concessions; contract interpretation; contesting the censorship of accounts.

SUMARIO

I. LOS ANTECEDENTES. II. COMIENZAN A ADVERTIRSE BACHES Y AGUJEROS. III. LAS ESTRATEGIAS SE BIFURCAN. IV. LA SENTENCIA DEL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2019. V. LA SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2020. VI. SE REITERA LA DOCTRINA: LA SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2020. VII. NUEVOS TIEMPOS PARA REFLEXIONAR SOBRE LOS RIESGOS.

Hay sentencias que son como capítulos de una novela extensa. Contienen unas decisiones razonadas y singulares aun a sabiendas de que las desavenencias subsisten y que el tiempo podrá traer pronunciamientos judiciales que sigan o maten el anterior criterio fijado. La trama novelesca continuará, pero debe enfatizarse la relevancia de los sucesivos capítulos que vamos viviendo.

Tal es el punto de partida de las siguientes consideraciones. Dar noticia de dos sentencias del Tribunal Supremo —tienen fecha de 4 de junio de 2019 y 12 de febrero de 2020¹— advirtiendo que constituyen hitos que jalonan la larga disputa que mantiene una empresa concesionaria con el Ministerio de Fomento. Las discrepancias persisten y en los próximos meses se suscitará una descomunal batalla judicial. Está en juego el reconocimiento de una elevada indemnización cuya cuantía puede alcanzar varios miles de millones de euros. A fuer de esa futura contienda, resulta oportuno realizar algunas consideraciones sobre esta doctrina jurisprudencial.

I. LOS ANTECEDENTES

La vigorosa planta del conflicto brotó de la semilla de un convenio suscrito entre el Ministerio de Fomento y la sociedad concesionaria. Tal acuerdo mostraba el resultado de las negociaciones para realizar ciertas obras de ampliación de la

¹ Las referencias a tales sentencias del identificador europeo de jurisprudencia, ECLI, son TS:2019:1793, con relación a la de 4 de junio, y TS:2020:275, la de 12 de febrero de 2020. Con el fin de no extender las largas citas que genera este sistema, he optado por suprimir los primeros acrónimos (esto es ECLI:ES:) al ser idénticos en todas las resoluciones que mencionaré en este estudio.

autopista A-7 y nuevos enlaces en otros diversos tramos. Eran tiempos en los que el tráfico viario se incrementaba y se auguraba una pronta congestión. Circulábamos por el año 2005.

Antes de que el Consejo de Ministros aprobara el convenio se elaboraron informes favorables por varias dependencias administrativas (direcciones generales, Delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas, secretarías generales técnicas, abogacía del Estado, informe del Ministerio de Economía y Hacienda...), así como por el Consejo de Estado que, como sabemos, es preceptivo en estos casos (art. 25 de la Ley de autopistas).

En ese dictamen —cuyo número de referencia es 512/2006, de 30 de marzo— el órgano consultivo no formuló objeción a la firma de la novación de la concesión. No obstante, consignó un par de comentarios relevantes sobre algunas cláusulas. La primera, sobre la renuncia de la empresa a reclamar indemnizaciones en el caso de que se desdoblaran determinadas carreteras nacionales. Tal renuncia resultaba admisible y se asentaba en la convicción de que los beneficios derivados del incremento del tráfico con los nuevos enlaces y las ampliaciones superarían al impacto de tales obras. Sin embargo, el órgano consultivo apuntó que la redacción parecía dar a entender que cualquier obra de desdoblamiento generaba de manera automática el derecho a una indemnización. Precisión relevante porque, como sabemos, el derecho del concesionario a una compensación requiere de la concurrencia de presupuestos que acrediten la ruptura de la ecuación financiera por un riesgo ciertamente imprevisible o por otras decisiones que puedan calificarse como *factum principis*².

Una segunda consideración constituía una notable llamada de atención. A saber, advirtió que los cálculos establecidos para precisar una compensación final con el fin de mantener el equilibrio financiero de la concesión parecían excluir un principio esencial de las concesiones, a saber, el de riesgo y ventura. Por un lado, el convenio incluía las cantidades aproximadas del coste de las obras y de las expropiaciones. Alrededor de 471 millones de euros, aunque la Administración se comprometía a admitir un incremento hasta 506 millones de euros. Por otro, garantizaba el mantenimiento del equilibrio económico con el incremento anual de los peajes e, incluso, con una compensación que recibiría la empresa al expirar la concesión en el año 2021. Para su cálculo se diseñó una fórmula matemática que atendía a varios aspectos: inversiones realizadas, descuentos comerciales, margen de explotación... e, incluso, una tasa de capitalización del 6,5%. Todo ello permitía confiar en la obtención de un significativo nivel anual de ingresos.

El Consejo de Estado declaró que no estaban acreditadas en el expediente remitido las razones que justificaran tal compensación. Sin embargo, no procedía «objectarlas desde la estricta legalidad» porque «las razones de oportunidad que las

² El Tribunal Supremo ha insistido en esta idea con relación a las autopistas en sus sentencias de 16 de mayo de 2011 (TS:2011:3125), en las de 19 de diciembre de 2011 (TS:2011:9063) o de 28 de enero de 2015 (TS:2015:956).

ampan han sido ponderadas por los servicios preinformantes y están bajo su garantía técnica».

Es sobre esa fórmula para determinar la compensación sobre la que se multiplicarán, como veremos más adelante, los enfrentamientos jurídicos.

A pesar de las consideraciones del Consejo de Estado, la ministra de Fomento impulsó la firma del convenio de novación de la concesión que aprobó el Consejo de Ministros (Real Decreto 457/2006, de 7 de abril).

Con tales expectativas de ganancias —unas obras garantizadas prácticamente por el Estado mediante una compensación que, además, se incrementaría con un sustancioso interés del 6,5%— la empresa concesionaria desarrolló una notable actividad: presentación de los proyectos de obras, tramitación de las declaraciones de evaluación de impacto ambiental y otras autorizaciones; expropiación de las fincas necesarias, etc. Las ampliaciones y nuevos enlaces, sin perjuicio de algún retraso en la ejecución, se ultimaron e inauguraron con solemnidad.

Durante esos años de obras el tiempo también nos trajo la explosión de una crisis económica y el descenso del tráfico por esa autopista de tal modo que las previsiones e ingresos del convenio no se alcanzaron. Conviene insistir en que la crisis económica no ha sido la única causa de que los pronósticos de tráfico no se cumplieran ni, a mi juicio, la determinante. Las experiencias de las quiebras de otras concesionarias de autopistas han puesto sobre la mesa los enormes defectos en que se ha estado incurriendo a la hora de realizar las predicciones sobre el tráfico futuro³.

II. COMIENZAN A ADVERTIRSE BACHES Y AGUJEROS

Los estragos de la crisis económica llevan a buscar financiación a la sociedad concesionaria. Del resumen de ciertos antecedentes de una de las sentencias que han motivado estas líneas conocemos que la mercantil negoció con una entidad financiera la cesión de parte de los derechos de cobro de la futura indemnización, unos 2 000 millones de euros. La necesidad de obtener la autorización administrativa para tal cesión fue probablemente lo que hizo encender las alarmas en el Ministerio.

¿De dónde salían tales cifras? De como estaba aplicando la concesionaria la fórmula que determinaría la compensación en el año 2021. Pero ¿cómo era posible que lo que se había diseñado para calcular la diferencia de la falta de amortización de las obras y del beneficio esperado, recordemos que se había presupuestado el coste máximo de las obras en 506 millones de euros, estuviera ya en

³ Entre otros trabajos puede leerse María de los Ángeles Baeza Muñoz (2008), «Planificación económico-financiera de las concesiones de autopista de peaje. Un estudio empírico del caso español», tesis doctoral, Granada (acceso abierto a través de Dialnet).

esos momentos generando una deuda cuatro veces mayor? La razón: la aritmética de los números negativos.

Recordemos: se había partido de la convicción de que el tráfico de la autopista se incrementaría cada año. Al haberse reducido, aparecía una cifra negativa que la concesionaria pretendía también tener en cuenta y que utilizaba siguiendo las reglas de juego de las operaciones aritméticas, así como también de algunos idiomas. Esto es, que dos negaciones mudan a un sentido positivo. Los beneficios por el tráfico viario, que se esperaba disminuyeran la indemnización, eran utilizados por la concesionaria, no para restar, sino para sumar nuevos ingredientes de indemnización.

El resultado arrojaba una colosal cifra muy superior a los gastos de las obras. Los cálculos de la concesionaria apuntaban a que en el término de la concesión, en el año 2021, se superarían en mucho esos 2 000 millones que pretendía ceder a una entidad financiera. Consideraban que la compensación podría rondar los 4 500 millones de euros.

El descenso del tráfico estaba generando un venturoso premio de beneficio.

La cesión de ese crédito no fue autorizada. En ese momento, la empresa se aquietó y no recurrió tal denegación. Poca quietud quedó en el Ministerio, donde se empezó a buscar con agitación algún modo de detener el incremento de la compensación que parecía una gran bola de nieve que iba agrandándose por la pendiente del mero paso del tiempo.

III. LAS ESTRATEGIAS SE BIFURCAN

Durante el año 2011 concesionaria y Administración tratan de fortalecer sus posiciones. La empresa ha ido incorporando esa compensación soñada en sus balances, que, hasta ese momento, no habían recibido ningún reparo. Sin embargo, las cuentas de ese ejercicio recibieron precisos reproches de la Delegación del Gobierno de las concesionarias de autopistas.

La concesionaria incluía esa abultada cifra entre los llamados «activos financieros». En términos muy simples, entre los apartados que suponían el derecho a recibir ingresos futuros. Se apuntaban ya alrededor de unos 1 400 millones de euros en ese ejercicio. Prácticamente el doble de lo que la Administración pública había considerado en el convenio como cifra máxima a indemnizar.

El delegado del Gobierno formuló reparos a tal calificación. A su entender, se trataba de «activos intangibles» y no de activos financieros. La distinta calificación tiene, como es sabido, una enorme repercusión jurídica porque, en términos muy generales, implica que exista o no el reconocimiento de una deuda. Frente a esa resolución la concesionaria presentó un recurso de alzada ante la Secretaría de Estado del Ministerio de Fomento. Desatendemos ahora la solución de tal recurso con el fin de seguir las sucesivas actuaciones con el compás que marca el tiempo.

Porque mientras se tramita tal recurso de alzada en el Ministerio de Fomento se redactaron numerosos estudios con el fin de analizar las posibles actuaciones para refutar tal interpretación de la fórmula matemática y sus efectos. Resultaba ya imposible suscitar una declaración de lesividad del convenio por el tiempo transcurrido (corría el año 2011) y se valoraron otras alternativas: apelar a la cláusula *rebus sic stantibus* para inaplicar esa fórmula o, incluso, modificar la concesión, opción por la que se inclinaba un primer informe de la Abogacía del Estado que no encontró el mismo parecer en la Dirección General de ese servicio jurídico.

La vía de la modificación abrió la petición de consulta al Consejo de Estado que se pronunció a través de un dictamen muy sustancioso (es el núm. 660/2014, de 17 de diciembre), pues condensa con acierto el régimen jurídico de las concesiones de autopistas. Una detenida descripción a la que sin duda contribuyeron las consideraciones expuestas en los numerosos informes de prestigiosas firmas de abogados que presentó la empresa concesionaria en el trámite de audiencia. Una muestra de cómo la deliberación es una buena fuente para la posterior precisión jurídica.

De manera escueta recuerdo que el órgano consultivo subrayó que las vicisitudes que sobrevengan durante la vida de una concesión pueden generar una asistencia del Estado para paliar algunos riesgos, pero no pueden asegurar en todo caso y siempre un beneficio en la explotación. Y menos de manera tan desproporcionada como la derivada de la interpretación dada por la concesionaria. La compensación de la discordia estaba anudada en el convenio de novación a los gastos de las obras, esa era su causa, y no una compensación general sobre la explotación de la concesión. Por ello, si el gasto máximo por las obras y expropiaciones se había cifrado entre 470 y 540 millones no debía admitirse una compensación tan voluminosa, de más de 4 500 millones. Ocho veces más. El límite de la indemnización debía circunscribirse al coste de las obras de ampliación mientras que el notable descenso del beneficio de la explotación podía encauzarse a través de otros instrumentos que se habían aprobado de manera explícita para las concesionarias de autopistas, tales como los préstamos participativos o las cuentas de compensación.

El alto órgano consultivo aludió también a la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* teniendo en cuenta la doctrina que el Tribunal Supremo ha precisado sobre cómo se han de considerar alteradas tantas situaciones por la convulsión que generó la crisis económica. Del mismo modo, apuntó la posibilidad de que la Administración modificara la concesión, aunque recordó: tal alternativa no era necesaria en este caso porque el concesionario no tenía consolidado ese crédito anual. Surgiría cuando, expirada la concesión, se advirtiera la procedencia de una compensación realizando las operaciones oportunas para la liquidación.

En resumen, concluyó que el concesionario no tenía reconocido un derecho consolidado cada año y que las cuentas deberían recibir las censuras que considerara la Delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas. Igualmente declaró que no consideraba la existencia de una quiebra del equilibrio

económico y, por consiguiente, no entendía adecuada la modificación del contrato.

Participo de algunas de esas precisas consideraciones porque la novación de la concesión —sobre cuyas cláusulas tengo mis discrepancias— ponía de manifiesto que se abordaban unas obras de ampliación y nuevos enlaces. Una carga económica que quedaría compensada por los beneficios que la mejora de la infraestructura traería y que encuentra su garantía, el clásico postulado del mantenimiento del equilibrio financiero. La Administración debía compensar solo hasta cierto límite las obras realizadas que no hubieran sido amortizadas una vez extinguida la concesión, pues ha de mantenerse el principio de riesgo y ventura para no desnaturalizar el régimen jurídico de los contratos administrativos.

Lo he explicado con detalle en una monografía a la que ahora me remito⁴. La asunción de riesgo por el contratista ha sido siempre un elemento sustancial del contrato administrativo. No se ha introducido la traducción que ha generado el palabro del riesgo operacional en la legislación de contratos del sector público como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de las directivas comunitarias⁵. El principio de riesgo y ventura viene de antiguo. Cosa distinta es que en casos concretos de pliegos de contratos, de convenios de novaciones, de criterios interpretativos se haya diluido y la Administración haya tenido que asumir el agujero de deuda de concesionarios públicos.

Por consiguiente, en mi modesto entender, se desaprovechó la ocasión para modificar la concesión o, al menos, el convenio. Se vislumbraba ya el riesgo de que se condenara a la Administración a una colosal indemnización. Está asegurada la próxima disputa áspera ante los tribunales. No se trataba solo de que esa expectativa no fuera un crédito reconocido. Se trataba de que la discusión sobre las altas indemnizaciones se atemperara aclarando la causa del convenio y el sentido de la fórmula matemática. Para ello la potestad de modificar unilateralmente la concesión hubiera sido, a mi juicio, el instrumento adecuado⁶.

⁴ De manera extensa analizo este principio en mi monografía (2018), *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de riesgo y ventura*, Madrid: Marcial Pons. Otro trabajo de referencia es el de José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra (2004), «El principio de riesgo y ventura», en Rafael Gómez-Ferrer (coord.), *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid: Civitas, págs. 525-559.

⁵ También en mi trabajo (2013), «Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicios públicos y los contratos de servicios)», en *Observatorio de contratos públicos 2012*, dirigido por J. M^a Gimeno Feliú y coordinado por M. A. Bernal Blay, Cizur: Aranzadi, págs. 197 y ss.

⁶ Junto a las consideraciones relativas al régimen de modificación de contratos en los numerosos comentarios que se han publicado a la legislación sobre contratación pública, recuerdo el completo estudio de Javier Vázquez Matilla (2015), *Las modificaciones de los contratos públicos*, Madrid: Marcial Pons.

Terminaba el año 2014 con ese dictamen (se adoptó el día 17 de diciembre) y sin que mientras tanto se hubiera resuelto el recurso de alzada presentado en julio de 2012 contra los reparos del delegado del Gobierno a las cuentas de la concesionaria. Recordemos: sobre la concreta calificación contable de la compensación, si era un activo financiero que suponía el reconocimiento del derecho de crédito o, por el contrario, un activo intangible. Hay que esperar hasta el 12 de junio de 2015 para conocer la desestimación de tal recurso de alzada con el argumento de que las fórmulas incluidas en el convenio no otorgaban en ese momento más que una expectativa y no un derecho subjetivo. Tal decisión fue impugnada ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. No adelantaré ahora el criterio del Tribunal, cuya sentencia fue casada por el Supremo. Seguimos el compás del tiempo y, así, unos días después, el 26 de junio de 2015 la empresa concesionaria inicia una nueva estrategia que merece un epígrafe separado, pues culmina con uno de los pronunciamientos que han motivado estas líneas.

IV. LA SENTENCIA DEL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2019

La nueva vía de actuación que suscitó la mercantil fue instar al propio Consejo de Ministros a que precisara su interpretación del convenio. En aras de garantizar la seguridad jurídica, explicaba en su instancia, requería una interpretación vinculante que reconociera su derecho a cobrar al término de la concesión la cantidad resultante derivada de la fórmula de compensación señalando que, a juicio de la empresa, tal fórmula incluía el diferencial, ya fuera positivo o negativo del margen de explotación. Su tesis: la Administración en el convenio suscrito en el año 2006 había asumido el riesgo del tráfico y se pedía que declarara que tal garantía no estaba limitada por el coste de la inversión.

El tiempo siguió su curso, lo que generó la convicción de que el Consejo de Ministros desatendía calladamente tal solicitud (silencio negativo). Por ello, la empresa preparó el recurso ante el Tribunal Supremo que derivó en conocidos trámites: admisión, reclamación del expediente, presentación de los escritos de demanda y contestación por parte del abogado del Estado, la denegación de las pruebas solicitadas... Concluía el año 2016 y abríamos un nuevo calendario. Pues bien, unos meses más tarde, en julio de 2017, el Consejo de Ministros adoptó el acuerdo de interpretar el convenio de la discordia. ¿Cuál fue su perspectiva? Que ese llamado margen de explotación no sería considerado si resultaba negativo salvo en una única excepción. A saber, que derivara de la reducción del tráfico por el desdoblamiento de dos carreteras nacionales. Lo que hasta ese momento no se había producido. Solo en ese caso la compensación podría superar la cifra máxima recogida en el convenio. En otras palabras, se consideraba con carácter general que la cuantía precisada era el límite de la indemnización.

El acuerdo del Gobierno contaba con el sólido apoyo del preceptivo dictamen del Consejo de Estado adoptado el 22 de junio (su referencia es la número

396/2017). En el mismo, el órgano consultivo reiteró los argumentos dados en los anteriores informes: la fórmula matemática se diseñó para determinar la indemnización por los costes de la inversión y no para compensar el descenso del tráfico u otras circunstancias que redujeran sus ingresos. Porque el convenio se suscribió para realizar nuevas obras y a las que debía referirse la posible compensación. No sobre cualquier incidencia en la economía de la concesión.

Es más, en alguna documentación que se aportó al Consejo de Estado y que con anterioridad la concesionaria había omitido, se recogía un cruce de comunicaciones en las cuales la Dirección General de Programación Económica había afirmado en el año 2015 que las compensaciones no superarían en ningún caso el valor de las inversiones. Una declaración que tenía indudable trascendencia. El hecho de que la mercantil discrepara no enervaba la autoridad del criterio de la Administración.

Y es que han de tenerse presente los cimientos básicos: la Administración no puede renunciar a sus potestades y, sobre todo, ha de estar siempre al servicio de los intereses generales que no pueden quedar limitados por los contratos que se suscriban con empresas o particulares. La finalidad del convenio fue la realización de unas obras y para atemperar el riesgo de dichas inversiones se admitió una posible compensación, con el límite de su coste. Una compensación que se determinaría a través de una fórmula en la que, entre otros elementos, se consideró el tráfico. Pero sin olvidar que la causa de la compensación eran las obras y no el tráfico.

Ampliado el recurso ante el Supremo contra tal acuerdo del Gobierno, procede ya conocer su criterio.

La sentencia de junio de 2019 realiza un notable esfuerzo a la hora de sintetizar el largo conflicto existente. Los fundamentos jurídicos resumen diversos hitos: el contenido del convenio, del dictamen del Consejo de Estado, de la ampliación del recurso ante el acuerdo del Gobierno, de los argumentos de las partes... Y todo ello para llegar a una concisa solución, a saber, desestimar la impugnación al entender que el Consejo de Ministros no estaba facultado para interpretar el convenio en ese momento.

Se estaba pidiendo, a juicio del Tribunal, la interpretación de unas consideraciones que se debatirían el año 2021, cuando concluyera la concesión y hubiera de determinarse si existía derecho a una compensación y su cuantía. Hasta dicha fecha, afirmó el Supremo, no existe ningún derecho adquirido y, en consecuencia, se entiende que no hay nada que interpretar. Cita como apoyo normativo el art. 97 del Reglamento general de contratación administrativa que había invocado el abogado del Estado. Tal precepto, lo sabemos, precisa los trámites que ha de seguir el ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos, una regulación que se circunscribe a salvar aquellas incidencias que surjan «en la ejecución del contrato». El tribunal resumió: al no ser una incidencia de ejecución, nada hay que interpretar.

Reconociendo, como he escrito, el esfuerzo de la sentencia en resumir un conflicto tan complejo, disiento de esta solución final, pues a mi juicio resultaba muy adecuado que el Gobierno atendiera la petición de la empresa en orden a fijar una interpretación. Lo he dicho *supra*. Hubiera procedido modificar el convenio o, al menos, como solicitó la concesionaria, interpretarlo con el fin de que quedaran absolutamente nítidos los distintos elementos que integraban la fórmula para calcular la compensación.

Estamos ante un conflicto con relevantes consecuencias económicas y financieras. Y, aunque en los próximos meses, tras la extinción de la concesión, explotará con fuerza la artillería jurídica, en esos momentos el parecer de la Administración tenía mucho interés.

Insisto en mi perspectiva.

Sabemos que la Administración contratante cuenta en los contratos administrativos con prerrogativas singulares a las que no debe renunciar. Una de ellas es, como se ha ido recogiendo en las sucesivas leyes de contratación pública, la de interpretar el contrato y resolver las dudas que sobre el mismo suscite el contratista. Todas las leyes, desde la clara normativa aprobada en 1965 a la abigarrada de palabras ahora vigente, pasando, lógicamente, por la aplicable en el momento de suscribir el convenio, recogen esta prerrogativa. Resulta innecesario para los especialistas recordar las monografías y artículos que han profundizado sobre la misma⁷. Es la Administración la que ha redactado las cláusulas, es la que conoce el marco de su decisión y, sobre todo, es quien ha de defender en todo momento aquello que proteja o beneficie al interés general. En el conflicto que ahora nos interesa, así se había entendido sin cuestionarlo por la Abogacía del Estado en otras actuaciones previas y por el Consejo de Estado en su dictamen.

El hecho de que la sentencia se apoye en la previsión contenida en el art. 97 del Reglamento de contratación administrativa para excluir en este caso la potestad administrativa no me parece adecuado. Tal precepto tiene por finalidad precisar los trámites que han de seguirse en los procedimientos de interpretación que surjan de manera incidental en la ejecución de los contratos. Un precepto que no es el único que ha de tenerse en cuenta en el ejercicio de esta facultad de interpretación. Porque, como recuerda el mismo art. 97, hay otras situaciones en las que la Administración ha de interpretar los contratos. ¿O es que debemos recordar que también durante las fases de preparación o la adjudicación están los

⁷ Son numerosos los comentarios a las sucesivas leyes de contratos del sector público que se han publicado. En todos se atiende, lógicamente, a las prerrogativas de las Administraciones contratantes y al privilegio de la interpretación unilateral que recogen, como es lógico, las explicaciones contenidas en una de las primeras monografías, la de Enrique Rivero Ysern (1971), *La interpretación del contrato administrativo*, Sevilla: Instituto García Oviedo. Resultan también relevantes, pues atienden a la prerrogativa de interpretación unilateral de contratos administrativos de obras, las Sentencias del Supremo de 3 de febrero de 2003 (TS:2003:615), 5 de abril de 2006 (TS:2006:2073), 8 de julio de 2009 (TS:2009:4792) o 1 de marzo de 2017 (ES:TS:2017:772).

órganos administrativos interpretando la documentación que se presenta o las situaciones que acaecen? Además de otros ejemplos que podría recordar. La potestad de interpretación es una prerrogativa que se extiende a todo lo que afecte a un contrato administrativo. El hecho de que el Reglamento solo dedique un precepto a la prerrogativa de la interpretación con el fin de señalar algunos trámites procedimentales no ha de llevarnos a considerar que no lo esté en ese artículo, ha sido expulsado de la relación contractual.

El art. 97 del Reglamento establece algunos trámites para el ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos, pero sabemos que no están mencionadas todas las posibles actuaciones, ¿o ignoramos que resulta preceptivo el dictamen del Consejo de Estado cuando hay oposición del contratista? Del mismo modo que no excluye en sus términos literales el ejercicio de esa potestad de interpretación fuera de los incidentes que surjan durante la ejecución de un contrato. La Administración podrá especificar la interpretación de los contratos y convenios antes de firmarse, en las fases de preparación y adjudicación, como cuando se están satisfaciendo prestaciones durante su ejecución, ya que se pretenden evitar dudas o conflictos posteriores, como los problemas que pueden surgir al término de la concesión sobre la extensión de los bienes afectados. Esta prerrogativa no está reconocida únicamente para cuando surge un problema material en medio de la realización de una prestación.

El mantenimiento de las dudas, la inseguridad que genera, tienen sus consecuencias y resultan, a mi juicio, más graves que las de haber mostrado el criterio de la Administración cuando se solicitó.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, el conflicto no deriva en términos estrictos de un incidente en la ejecución del contrato y, por ello, no cabe pedir ni dar una interpretación porque ya se verá, cuando la concesión se extinga, cómo han de analizarse los términos de la fórmula de compensación. Una postergación que desatiende los efectos actuales que se están ya ocasionando.

Dentro de unos meses se suscitará, como ya he adelantado, una dura batalla jurídica. Están en juego muchos millones de euros, pueden alcanzar varios miles. Pero, sobre todo: no hay que ignorar que desde hace años y en la actualidad el reflejo de esa expectativa en las cuentas de la empresa tiene efectos directos e inmediatos. No es lo mismo la probabilidad de que la Administración abone unas decenas o centenares de millones de euros a que tenga que afrontar una compensación que supere los cuatro mil millones de euros. No ha resultado indiferente durante estos años. Tal información ha sido relevante y es relevante para los accionistas de la concesionaria, para las cuentas de las sociedades del grupo mercantil, para las instituciones financieras y otros empresarios que se relacionan con esas compañías, así como para los inversores bursátiles. La información contable y financiera es trascendente y de ahí su permanente actualización trimestral, así como su difusión anual.

Hasta el mismo Gobierno ha de calcular aproximadamente esas indemnizaciones porque incluye su consideración en la documentación sobre su programa

de estabilidad, marco macroeconómico y programa de reformas que remite a la Comisión Europea para que sea supervisado dentro de lo que se conoce como el «semestre europeo». Esto es, el mecanismo de coordinación de las políticas económicas y presupuestarias dentro de la Unión Europea. Es más, la propia Comisión Europea rectificó la cifra del déficit público de España de 2018 al excluir la oficina estadística Eurostat la cuantía de esa indemnización que se había incluido por el Gobierno al estar el conflicto pendiente del Supremo⁸.

En consecuencia, si el Gobierno tiene sus cálculos sobre esa compensación, si conocer una cifra aproximada de la cuantía de la indemnización interesa a la empresa concesionaria y al grupo mercantil, así como a inversores e instituciones financieras, ¿por qué permitir que sigan las distintas visiones de una fórmula de compensación, que siga la incertidumbre y no admitir que la Administración ejerza su interpretación para resolver las dudas como establece la Ley de contratos?

En mi modesto entender este pronunciamiento ha generado la pérdida de una ocasión para contar con una interpretación segura de la propia Administración. Y, además, esta doctrina puede perturbar en el futuro el ejercicio de la necesaria potestad pública de interpretación de tantos convenios y contratos. Corremos el riesgo de paralizar a la Administración ante las dudas que generan los contratos y agrandar los conflictos por no haber actuado a tiempo. Baltasar Gracián nos ha enseñado que «no se ha de aguardar el discurrir para el ahogo y ha de ir de antemano».

V. LA SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2020

He anotado ya *supra* que en el año 2012 la Delegación del Gobierno formuló reparos sobre las cuentas de la concesionaria. La empresa había incorporado los cálculos sobre la compensación que espera percibir dentro de las casillas relativas a los activos financieros, cosa impropia según ese órgano administrativo. Tal decisión fue recurrida primero en alzada y después ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso de la empresa (Sentencia de 7 de marzo de 2017). La Abogacía del Estado preparó la casación que fue admitida al reconocer su interés para formar jurisprudencia (Auto del 25 de octubre de 2017)⁹.

El proceso fue avanzando. Se presentaron sendos escritos de demanda y contestación e, incluso, se señaló una fecha para votación y fallo (febrero de 2019) que se superó. Quizá porque se conoció la pendencia de otros conflictos también relacionados con ese mismo convenio de modificación de la concesión (la contienda que conocemos y que culminó con la sentencia de junio de 2019), quizá

⁸ Comunicado de la Comisión Europea del día 23 de abril de 2019.

⁹ Las referencias de estas resoluciones son: de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 2017, TSJM:2017:646, y del Auto de 25 de octubre de 2017, TS:2007:10008A.

porque se abrió el interrogante de si la actuación impugnada era susceptible de ser recurrida.

Detengámonos primero, antes de conocer el fallo del Supremo, en este sorpresivo aspecto.

Sorpresivo porque después de haberse abierto la vía del recurso de alzada, del recurso contencioso-administrativo, de haberse admitido el interés casacional, dos años después aflora la cuestión de si los reparos presentados por el delegado del Gobierno al censurar las cuentas podían o no ser recurribles.

El hecho de que en el pie de la notificación de la censura se había mencionado de manera explícita el recurso de alzada, y de que también en la resolución de dicho recurso se indicara la posibilidad de abrir la vía contenciosa, llevó a la ponente, la magistrada Celsa Pico, a desatender en este proceso tal causa de inadmisibilidad. Resultaba sonrojante esa incoherencia en la Administración que, de haberse seguido, hubiera permitido acoger en amparo a la recurrente ante una incomprensible indefensión. Por ello, la Sala entró a analizar el fondo del asunto.

No obstante, antes de avanzar, me interesa atender a este interrogante desde una perspectiva general, con independencia de lo ocurrido en el caso que aquí nos ocupa. Esto es, ¿son recurribles los reparos que formula el delegado del Gobierno a las cuentas de las concesionarias?

Es probable que los magistrados, fuera de las circunstancias que rodeaban al conflicto que tenían sobre la mesa, hubieran deliberado algo más sobre la admisión o no del recurso y nos hubieran ofrecido sustanciosas consideraciones. Sería interesante conocer su opinión y si asumían los argumentos de la Abogacía del Estado. En concreto, que tales reparos no ponían fin a ningún procedimiento administrativo y que no podían equipararse a la censura que realiza el Tribunal de Cuentas al sector público o a otras entidades privadas como las mutuas de accidentes de trabajo que tienen su cauce de recurso.

Es cierto que la fiscalización que hace el Tribunal de Cuentas satisface una finalidad peculiar y puede llegar a originar el reconocimiento de una responsabilidad contable. Sin embargo, a mi juicio, también la censura que realiza el delegado del Gobierno en las sociedades de autopistas tiene una sustantividad muy marcada. No es una mera comprobación formal, intrascendente.

Tal censura constituye un trámite preceptivo y previo a la presentación de la información financiera y contable de la concesionaria a su junta de accionistas: cláusula 50 del Decreto de 25 de enero de 1973 que aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las concesiones de autopistas. Constituye un instrumento de control externo y obligado. Las auditorías realizadas por empresas privadas tienen también esos caracteres. Además, hay una singular diferencia. Con esas empresas consultoras media un contrato, mientras que la fiscalización que realiza el delegado del Gobierno es un control público que deriva directamente de la Ley (art. 36 de la Ley de 10 de mayo de 1972 de construcción, conservación y

explotación de autopistas). En fin, sabemos que otros casos de supervisión de las cuentas de sociedades mercantiles pueden abrir también la vía de los recursos¹⁰, por lo que no debería resultar extraño reconocer su impugnación en este caso.

Porque, y me interesa subrayarlo, el control del delegado del Gobierno puede mostrar, como en el caso que nos ocupa, reparos de notable trascendencia. No solo por su elevada cuantía, sino por la diferencia de calificar una cantidad como deuda o como una expectativa de ingresos. Se trata de cuestiones que tienen un notable peso jurídico y económico. No son meros aspectos secundarios o accesorios. Impedir discutir el criterio del delegado del Gobierno genera cierta indefensión e, incluso, en algunas situaciones, pudiera originar algún perjuicio a la concesionaria. Cosa que, resulta innecesario recordar, abre la puerta del recurso contencioso a los actos de trámite¹¹.

Lo he señalado con anterioridad: tales números interesan al grupo mercantil, a las empresas financieras con las que se relacionen, a los acreedores, a los inversores... Tienen una proyección externa sobre la situación económica de la compañía. Los ajustes contables que puede requerir el traslado de esas voluminosas cifras de las casillas de reconocimientos de deuda a las de meras expectativas de ingresos tiene, lógicamente, un gran impacto en la suma final que refleja el balance y el patrimonio social. Por ello, a mi juicio, resulta más garantizador de los derechos de las empresas concesionarias permitir la discusión de tales reparos expresados por el delegado del Gobierno.

Conozcamos ya el fallo del tribunal. Salvado el obstáculo de no atender a la solicitud de inadmisión del recurso y recordando que no podían interpretar el convenio ante la doctrina sentada en la sentencia que hemos visto *supra*, se analiza con el estilete de la normativa contable la calificación de esa futura compensación. La conclusión: que esas cantidades deben considerarse como «inmovilizado intangible», lo mismo que se hace con la propia concesión. Además, y lo que a mi juicio es el dato relevante, ha de tenerse en cuenta el tiempo. Hasta no expirar la concesión no se podrá determinar la cuantía de la compensación. Por ello, se casa la sentencia de instancia.

¹⁰ Tal es el caso de la supervisión de los informes contables que ha de realizar la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en virtud del art. 122 de la Ley de sociedades de capital o la que se realiza en el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, situaciones que analizan, respectivamente, Alberto Tapia Hermida (2015), *Manual de Derecho del Mercado Financiero*, Madrid: Iustel, págs. 285 y ss.; y Carmen Fernández Rodríguez (1998), *El Registro mercantil*, Madrid: Marcial Pons, págs. 187 y ss.

¹¹ Por todas, sirva el recordatorio de la monografía de José Antonio García-Trevijano Garnica (1993), *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Madrid: RDU.

VI. SE REITERA LA DOCTRINA: LA SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2020¹²

La misma sección y ponente firman otra sentencia en la que se reproduce el criterio que acabo de resumir con relación a otra sociedad concesionaria y, sobre todo, a otro tipo de compensaciones. En este caso, los intereses de compensaciones e intereses anunciados. Conviene conocerla.

Se trata en este caso de la autopista «Madrid Sur». Hemos de situarnos en el año 2009, cuando ya ha explotado la notable preocupación por la situación económica de muchas empresas concesionarias de las autopistas radiales y se están adoptando diversas medidas con el fin de paliar su situación. Sabemos que el Gobierno diseñó especiales instrumentos de asistencia financiera que incorporó a los presupuestos generales del Estado para 2010. Entre ellos, la compensación por aquellas obras adicionales que se habían ejecutado y que no estaban en los proyectos iniciales.

Y es que se habían realizado más enlaces de los dibujados en los proyectos iniciales, del mismo modo que se había ordenado la ejecución de otros tramos de vías de circunvalación. Unas modificaciones poco ortodoxas que chirrían con la melodía de los principios jurídicos que informan la normativa de contratación y el respeto a la competencia entre los empresarios. Porque quienes habían concurrido a las convocatorias iniciales lo habían hecho en base a unos proyectos concretos sin atender a otras posibles ampliaciones de las obras. Esa es parte de la historia de la quiebra de las empresas concesionarias¹³.

Retornemos a lo que ahora nos interesa. Una disposición adicional de la Ley de presupuestos para 2010 (hizo la número cuadragésimo primera) permitió que, con carácter excepcional, se modificaran las concesiones de las autopistas. Esto facilitó las negociaciones y se alcanzaron algunos acuerdos, en los que se admitió que desde la Dirección de Carreteras se había ordenado realizar obras adicionales no previstas, cuya cuantía se elevaba en conjunto a más de cien millones de euros que se compensarían con la aprobación del incremento anual de las tarifas¹⁴.

Pasan los años y en las cuentas que presenta la concesionaria incluyen entre los renglones de la contabilidad el cálculo de intereses que considera que tendría que percibir de la Administración del Estado. El delegado del Gobierno formula reproches que son recurridos en alzada. La falta de resolución explícita de tales recursos administrativos abre la puerta a la impugnación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en sucesivas sentencias estima en parte las pretensiones

¹² La Sentencia del Supremo de 18 de febrero de 2020 tiene como referencia TS:2020:532.

¹³ Véase *Desventuras del dinero público...*, págs. 59 y ss.

¹⁴ Los términos de la modificación a la que ahora me refiero constan en el Real Decreto 907/2011, de 4 de junio.

de la mercantil¹⁵. Según su criterio, pueden consignarse en las cuentas los intereses por esas cantidades no devengadas.

Sin embargo, el Supremo casa el pronunciamiento impugnado y reitera su doctrina. Vuelve a insistir en que tales cantidades tienen la calificación contable de inmovilizado intangible y no de activos financieros, que implican ya el claro reconocimiento de una deuda.

Hay que saber que esa empresa concesionaria estaba ya en concurso de acreedores cuando interpuso el recurso contencioso y que la gestión de la autopista se realiza por la Sociedad Estatal de Infraestructuras Terrestres. Por lo que la discusión sobre esa compensación y sus intereses se ha engarzado en otro conflicto, a saber, el de precisar la llamada «responsabilidad patrimonial de la Administración» ante la extinción de la concesión y del que también debatiremos mucho en los próximos meses. Porque la reducción de la cuantía de esa llamada responsabilidad patrimonial con los criterios aprobados por el Gobierno, que cuentan, además, con el apoyo de un sustancioso Dictamen del Consejo de Estado, generará una relevante esgrima judicial¹⁶.

Volvamos a lo que ahora nos interesa, esto es, que el Supremo ha pospuesto, por un lado, los cálculos de las indemnizaciones y sus intereses porque tales operaciones matemáticas han de hacerse a su tiempo. Pero también ha postergado conocer el criterio interpretativo esperando que el tiempo, como a veces sucede, cicatrice algunas heridas.

O nos sorprenda con nuevos problemas. Y eso es lo que ha ocurrido porque cuando concluimos estas líneas estamos inmersos en una trágica pandemia.

VII. NUEVOS TIEMPOS PARA REFLEXIONAR SOBRE LOS RIESGOS

Tendremos que acopiar muchas energías para reconstruir tantas situaciones maltrechas. Muchas instituciones jurídicas y sociales han quedado notablemente afectadas por los efectos de la crisis sanitaria y las medidas adoptadas. Con relación a los conflictos de los que he dado noticia, los carriles de esas autopistas ofrecen en este momento un panorama muy despejado, casi libre de tráfico, de tal modo que el Gobierno ha apuntado la posibilidad de futuras compensaciones¹⁷.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 184/2016, de 17 de junio de 2016 (TSJM:2016:7627) y 169/2017, de 26 de abril de 2017 (TSJM:2017:4545). Contra la primera sentencia también se presentó un recurso de casación que fue admitido mediante Auto de 1 de febrero de 2017. Pero no tengo constancia de que la sección primera de la Sala Tercera del Supremo a la que correspondió su resolución haya dictado la correspondiente sentencia.

¹⁶ Dictamen del Consejo de Estado 238/2019, de 11 de abril.

¹⁷ El art. 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, ha incluido

Sin perjuicio de las medidas que se tomen debido a la situación extraordinaria que estamos viviendo, se estarán también perfilando argumentos para librar en los próximos meses la batalla sobre los miles de millones de euros en juego derivados de las desavenencias sobre la fórmula del convenio que conocemos.

Mis palabras han de alojarse en ese concreto ámbito, el de los conflictos anteriores, no con relación a las compensaciones por la pandemia. Y con ese objetivo insisto en la necesidad de defender el prístino sentido del principio de riesgo y ventura del contratista. Lo he señalado *supra*. La Hacienda pública, que somos todos, no puede pagar de más las obras realizadas ni garantizar una alta rentabilidad en el fértil negocio de la explotación en exclusiva de una autopista. La fórmula de la discordia no puede interpretarse con el fin de excluir cualquier riesgo al concesionario y, además, asegurarle una alta rentabilidad. Los economistas han explicado con muchos gráficos y cuadros una idea elemental, a saber, que para la buena marcha de un negocio quien presenta la iniciativa ha de asumir algún tipo de riesgo. Lanzarse a una empresa sabiendo que cualquier situación está garantizada por una segura red de ayuda pública externa incita al tobogán del relajo, a lo que sigue una falta de seriedad que se va transformando en cierta alegría de beneficios hasta incluir en actitudes de frívola irresponsabilidad¹⁸.

El derecho acoge igualmente desde antiguo esta filosofía de asunción de responsabilidades y riesgos.

Si repasamos la larga sucesión de textos normativos y la abundante jurisprudencia advertimos cómo está asentado ese principio de riesgo y ventura en la esencia, en la sustancia de las relaciones jurídicas. La necesidad de atender a situaciones excepcionales, excluir los riesgos de fuerza mayor, ofrecer garantías para tranquilizar a los contratistas, etc., ha sido lo que ha llevado a transmutar sustancialmente esos contratos.

Esos cambios se han advertido de manera palmaria en los contratos de obra para la construcción de autopistas.

La naturaleza del contrato de construcción responde a una *locatio conductio operis*. Son contratos que persiguen un resultado, la construcción de una in-

con una redacción algo confusa que generará nuevos conflictos la posible ampliación de las concesiones o la modificación de las cláusulas económicas del contrato. Ha apuntado ya algunos problemas de interpretación José Luis Villar Ezcurra en el comentario que publicó el 27 de marzo de 2020 en el blog jurídico Hay Derecho (<https://hayderecho.expansion.com/2020/03/27/medidas-extraordinarias-para-las-concesiones-de-servicios-y-obras-en-el-real-decreto-ley-8-2020-como-consecuencia-del-covid19/>). Declaraciones de las empresas anuncian un descenso del tráfico de casi el 70% de lo habitual.

¹⁸ Sirva la remisión a los artículos de Juan José Gamuza en la bitácora Nada es gratis, donde ha resumido de manera muy asequible las tesis del premio Nobel de Economía Jean Tirole sobre los problemas de los incentivos en el comportamiento de las empresas y las organizaciones. En resumen, si las empresas no asumen los riesgos y, en consecuencia, se socializan las pérdidas, «no tienen incentivos a discriminar entre los proyectos y se convierten en peligrosos emprendedores de elefantes blancos, esto es, proyectos con un valor social negativo».

fraestructura. El hecho de que el pago se realice a través del otorgamiento de la explotación del uso de esa obra al contratista no implica la prestación de ningún servicio público¹⁹. A pesar de ello, el legislador empezó a calificar la explotación de tales obras como de servicio y, a partir de esa dicción, se han incorporado las aguas del razonamiento propias de las fuentes jurídicas que atienden a los servicios públicos. La relación con el esquema de las concesiones de servicio público ha generado que se introduzcan técnicas y especialidades donde el principio de riesgo y ventura tiene sus propios matices, porque, como sabemos, resulta imprescindible mantener la continuidad de las prestaciones. Pues los servicios esenciales deben interrumpirse. De ahí que, ante situaciones absolutamente imprevisibles o ante la notable alteración de las condiciones, se arbitren compensaciones.

La jurisprudencia ha tratado de mantener firme la balanza de la justicia y ha precisado el reparto de riesgos ante las frecuentes peticiones de ayudas por los concesionarios. Los tribunales han buscado el equilibrio mediante el análisis concreto de las circunstancias que concurren en cada conflicto. Han admitido compensaciones que, por un lado, no resultaran tan pobres y escasas, ineficaces para impedir la ruina de la concesión, pero, por otro, no llegaran a ser tan generosas y excesivas que desplazaran el riesgo normal de toda empresa a la Administración como si existiera un seguro de beneficios mínimo o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos.

La consideración de los contratos para la construcción y explotación de las autopistas, como contratos mixtos, de obra y de servicio, ha trastocado el régimen jurídico de los riesgos del contratista. Completada la obra y superadas las incertidumbres durante su construcción, la retribución mediante la explotación de un dominio público estaba asegurada por ese mantenimiento del equilibrio económico protegido por muchas garantías. ¿Qué hubiéramos dicho si a otros concesionarios demaniales —empresarios mineros, concesionarios en las playas o los quioscos de las vías públicas— se les garantizara el equilibrio financiero de la concesión? Pues eso es lo que se ha reconocido a muchos concesionarios de obras públicas, a los concesionarios de las autopistas, un equilibrio de la economía de la autopista durante todo el tiempo que dura la concesión.

Por ello resulta necesario diferenciar los contornos de las instituciones. Precisar qué pertenece a la sustancia y qué a la circunstancia.

Una cosa es que el precio de la obra se retribuya con los ingresos que a lo largo del tiempo generará su explotación y que con ese fin se esboce una fórmula matemática que trate de acoger con distintas letras las previsiones de ingresos y

¹⁹ Entre otros buenos trabajos recuerdo ahora el libro de Francisco Javier Jiménez de Cisneros (1998), *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid: Montecorvo, y el artículo de Pablo Menéndez y Rafael Fernández Acevedo (2010), «Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública», en Adolfo Menéndez Menéndez (coord.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Madrid: Civitas, págs. 51-102.

beneficios, y otra distinta es que, al elaborar ese polinomio, se incorporen enmascarados en las incógnitas de las ecuaciones los derechos a unas retribuciones cuantiosas que, al final, arrojan un resultado que supera el precio de la obra. Eso sí que desequilibra la concesión, que se pague la obra varias veces.

Esa es la tendencia que se ha seguido en las últimas décadas. Vemos cómo en la preparación de los cuantiosos concursos de obras se exige por los posibles contratistas una «tasa de descuento», esto es, una rentabilidad garantizada y, además, suficientemente atractiva ante la competencia entre las inversiones que ofrecen los mercados internacionales. Los concesionarios de la Administración parecen desconocer las pérdidas, los riesgos. Mientras a los pequeños inversores bursátiles se les ilustran con signos de semáforos o escalas de colores similares a los establecidos para los controles sobre eficiencia energética, mientras a los pequeños ahorradores se les obliga a firmar en las entidades financieras que conocen el riesgo de uno a seis de su inversión, los concesionarios de obras públicas y, sobre todo, los gestores de grandes fondos de inversión exigen una pronta y alta rentabilidad. Se parecen a los antiguos y poderosos prestamistas de los reyes con sus inacabables condiciones y sus altivas exigencias.

Quizá la ventura de haber superado en el futuro el riesgo creado de una pandemia nos afine el intelecto para recuperar el buen sentido del equilibrio jurídico que representa el principio de riesgo y ventura.