



**Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen  
jurídico del sector público**

**El nuevo régimen de la Responsabilidad  
Patrimonial de la Administración (RPA)  
y su impacto en esquemas de *project  
finance* de concesiones de obras públicas**



ÁREAS: Financiero (*Banking & Finance*) – *Project Finance*

SECTORES: Infraestructuras

CONTACTO: [a.campo@evergreenlegal.es](mailto:a.campo@evergreenlegal.es)

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
<b>RESUMEN EJECUTIVO.....</b>	<b>5</b>
<b>1. MODIFICACIONES DE LA LEY CONCURSAL, EN PARTICULAR DEL ARTÍCULO 90.1.6º” .....</b>	<b>7</b>
<b>2. PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RPA.....</b>	<b>9</b>
2.1. La RPA en el caso de resolución por causa no imputable a la Administración .....	10
2.2 La RPA en el caso de resolución por causa imputable a la Administración.....	12
2.3 La RPA en el caso de resolución de contrato de gestión de servicios públicos .....	13
<b>3. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO .....</b>	<b>15</b>
<b>4. PRINCIPALES IMPLICACIONES DE LA REFORMA EN UN ESQUEMA DE <i>PROJECT FINANCE</i> DE INFRAESTRUCTURAS .....</b>	<b>16</b>

*Esta Alerta Informativa ha sido elaborada como un documento de noticias de cambios normativos que entendemos que pueden ser de interés para nuestros clientes y amigos, por lo que su contenido no debe ser considerado como asesoramiento legal de ningún tipo.*

*Dado su carácter divulgativo, rogamos a nuestros clientes y amigos que no duden en remitir esta Alerta Informativa a otros contactos profesionales y amigos que crean que puedan estar interesados en la materia aquí tratada.*

*Tampoco duden en contactar con nosotros ([a.campo@evergreenlegal.es](mailto:a.campo@evergreenlegal.es)) si desean cualquier tipo de análisis o explicación adicional.*

## INTRODUCCIÓN

---

***El pasado 2 de octubre de 2015 se publicó Ley 40/2015, incluyendo dentro de sus disposiciones finales la modificación tanto de la Ley Concursal como de la Ley de Contratos del Sector Público en importantes preceptos que modifican el régimen legal de la RPA para expedientes de contratación que se inicien desde el pasado 22 de octubre de 2015.***

Después de varios meses de tramitación en el Congreso de los Diputados y en el Senado, primero como Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y posteriormente como una de las disposiciones finales del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el pasado 1 de octubre se aprobó este último proyecto en virtud de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, publicada en el BOE de 2 de octubre de 2015 (la “**Ley 40/2015**”).

Esta nota no pretende hacer un resumen o análisis de todos los aspectos incluidos en la Ley 40/2015, sino únicamente de dos de sus disposiciones finales en lo relativo a la reforma de:

- (i) ciertos artículos de la Ley 22/2003, de 9 de julio (la “**Ley Concursal**” o “**LC**”) en virtud de la **disposición final quinta**, y
- (ii) ciertos artículos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (la “**Ley de Contratos del Sector Público**” o “**TRLCSP**”), en virtud de la **disposición final novena**. En particular, haremos especial referencia a la reforma de los artículos 240 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público que regulan el **contrato de concesión de obra pública**.

*Según su Exposición de Motivos, la Ley 40/2015 tiene como finalidad constituir una **norma comprensiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas** regulando **ad intra** el funcionamiento interno de cada Administración Pública y de las relaciones entre ellas, en el marco de una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas según el proyecto general de mejora de la calidad normativa derivado del informe aprobado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).*

*Esta **Ley 40/2015 se complementa con la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común**, aprobada el mismo 1 de octubre de 2015 como **Ley 39/2015**, integrando las normas que rigen la relación **ad extra** de las Administraciones con los ciudadanos y las empresas.*

*De esta forma, ambas Leyes pasan a constituir los **pilares sobre los que se asentará a partir de ahora el Derecho administrativo español**: la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.*

Por lo que se refiere a la reforma tanto del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal como de los artículos de la Ley de Contratos del Sector Público, debe tenerse presente que **ha entrado en vigor a los 20 días siguientes a la publicación** de la Ley 40/2015 en el BOE (esto es, desde el pasado **22 de octubre de 2015**), salvo lo relativo a la creación de una “**Oficial Nacional de Evaluación**” cuya finalidad es evaluar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y servicios públicos, para los cuales la *vacatio legis* es de 6 meses (*vid.* disposición final decimoctava de la Ley 40/2015).

***La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público no afecta a contratos de concesión ya existentes, como pudiera ser el conocido caso de las concesiones de las autopistas de peaje actualmente en situación concursal, sino a nuevos contratos cuyos expedientes se inicien desde del 23 de octubre***

Es importante advertir la reforma de los artículos de la Ley de Contratos del Sector Público a los que vamos a hacer referencia en esta nota **no tiene eficacia retroactiva**, sino que será de aplicación a los **expedientes de contratación de obra pública que se inicien con posterioridad al 22 de octubre de 2015**, entendiéndose por tal inicio: (i) la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato de concesión en cuestión; o (ii) en el caso de procedimientos negociados, la fecha de aprobación de los pliegos.

En consecuencia, la nueva redacción de los artículos relativos a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (comúnmente conocida como “RPA”) no afecta a la resolución de contratos de concesión de obra pública ya vigentes o cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado no más tarde del 22 de octubre de 2015.

Por tanto, el **nuevo régimen de la RPA no resulta de aplicación en caso de liquidación de las empresas concesionarias de las autopistas de peaje actualmente en situación concursal** (dos de ellas ya en fase de liquidación: AP-36 Ocaña-La Roda y M-12 o Eje Aeropuerto) para las que el Gobierno español sigue negociando un plan de rescate con las entidades financieras acreedoras y las empresas concesionarias y sus accionistas a través de la creación de una Sociedad Pública de Autopistas. Las reglas para determinar y calcular la RPA para estas concesiones sigue siendo la misma que la que les resultaba de aplicación según sus pliegos y la normativa de contratos del sector público vigente a la fecha de su adjudicación.

*Como fue objeto de resumen y análisis en alertas informativas anteriores, el 24 de enero de 2014 el Gobierno español aprobó el **Real Decreto-ley 1/2014**, que modifica tanto la Ley de Autopistas como el artículo 271 de la Ley de Contratos del Sector Público, en el sentido de restar del importe de la RPA aquellos importes de indemnizaciones que el Estado pague a los expropiados en virtud de una resolución judicial como consecuencia de que la concesionaria no pagase tales indemnizaciones, **resultando de aplicación a cualquier contrato de concesión cualquiera que sea su fecha de adjudicación**. Esta previsión también se recoge en el **nuevo apartado 7 del artículo 271 TRLCSP**, según la redacción dada por la Ley 40/2015.*

*Asimismo, el **Real Decreto-ley 11/2014**, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en material concursal, introdujo en la Ley Concursal determinadas **especialidades en materia de insolvencia de empresas concesionarias de obras y servicios públicos**, con el objetivo de que el Gobierno pudiera instar una acumulación y resolución conjunta de los concursos de las concesionarias de las autopistas de peaje.*

*En caso de no haber recibido alguna de estas alertas informativas y tengan interés en recibirlas, por favor no duden en solicitárnosla: [a.campo@evergreenlegal.es](mailto:a.campo@evergreenlegal.es)*

***En consecuencia, la reforma operada en el artículo 90.1.6º de la Ley Concursal y en Ley de Contratos del Sector Público será especialmente relevante para el análisis de riesgos tanto por parte de entidades financiadoras como por parte de sponsors y otras partes involucradas***

## ***en la concesión de financiación bajo esquemas de project finance para nuevos proyectos de infraestructuras***

En los esquemas de *project finance* empleados hasta la fecha para la financiación de grandes y medianas infraestructuras, un elemento fundamental consistía en el análisis de la compensación económica que la Administración Pública concedente debe satisfacer a la sociedad concesionaria en los supuestos de resolución del contrato de concesión: la responsabilidad patrimonial de la administración o “RPA”.

Este análisis se realizaba a partir de lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares o “PCAP” del correspondiente contrato de concesión, sin perjuicio de la aplicación de la normativa aplicable en aquellos aspectos no cubiertos por el PCAP.

De esta forma, dentro del paquete de garantías reales que las entidades financiadoras exigían para la concesión de la financiación para la construcción y explotación de una infraestructura en régimen de concesión de obra pública, cobraba una especial relevancia el **derecho real de prenda sobre la RPA**, constituida esta prenda como una **prenda sobre derechos de crédito futuros derivados del contrato de concesión administrativa**, con notificación a la Administración concedente con carácter posterior a su otorgamiento en escritura o póliza a los efectos del desplazamiento de la posesión de tales derechos de crédito.

Esta prenda otorgaría a sus acreedores pignoratícios un **privilegio especial en el caso de concurso** de la concesionaria, con la correspondiente ejecución separada sobre la RPA con sujeción a lo previsto en la Ley Concursal.

*Como también es conocido por los diferentes participantes en el sector de infraestructuras, la eficacia o ejecutabilidad de la prenda sobre derechos de crédito futuros en un escenario concursal ha sido objeto de diferentes interpretaciones doctrinales y distintas decisiones judiciales, especialmente en relación con la aplicabilidad del art. 90.1.6º de la Ley Concursal, en la redacción dada por la Ley 38/2011, que no podemos recoger en esta nota por mor de la brevedad.*

*En particular por lo que se refiere a la prenda sobre la RPA en los procedimientos concursales de las autopistas de peaje, podemos citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid de 17 de diciembre de 2013, en el marco del concurso de la AP-36, donde el Juez resolvió a favor de la clasificación como créditos con privilegio especial de los créditos de las entidades financieras sobre la base de la eficacia de la prenda sobre la RPA al entender que no resultaba de aplicación el supuesto de hecho de la norma contenida en el art. 90.1.6º de la Ley Concursal.*

*Para un estudio más detallado de la cuestión, podemos referirnos al artículo de D. Andrés Gutiérrez Gilsanz publicado en La Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley: [Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración \(RPA\) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopistas](#), 2 Mayo 2013.*

***Ante este cambio normativo, con efectos desde el 22 de octubre de 2015 y dadas sus implicaciones en la práctica la práctica bancaria (banking & finance) relativa a financiaciones de infraestructuras en las distintas modalidades de participación público privada (PPP), el objeto de esta nota es realizar un primer análisis “de urgencia”.***



## RESUMEN EJECUTIVO

---

- Se aclara por fin la redacción del debatido **artículo 90.1.6º de la Ley Concursal**, otorgando el carácter de crédito con privilegio especial a aquellos créditos garantizados con **derecho real de prenda constituida sobre créditos futuros si éstos se derivan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la fecha de declaración de concurso**, siempre que la prenda se haya formalizado en documento público (escritura o póliza), y en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, ésta se haya inscrito en el Registro de Bienes Muebles.

En el caso concreto de **prenda sobre derechos de crédito futuros derivados de un contrato de concesión administrativa**, se exige adicionalmente que esta prenda haya sido **autorizada previamente por la Administración concedente**, y esta autorización se publique en el BOE o boletín oficial de la comunidad autónoma o provincia que corresponda.

- Para **nuevos contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos** cuyos expedientes de contratación se inicie desde el 22 de octubre de 2015, **los supuestos de hecho y las reglas de cálculo de la RPA que proporciona el TRLCSP difieren sensiblemente del régimen aplicable hasta la fecha**.
- En el supuesto de resolución por causas no imputables a la Administración, en lugar de calcular la RPA por referencia al coste de las inversiones realizadas por la sociedad concesionaria, una vez deducidas las depreciaciones y amortizaciones contabilizadas hasta la fecha de resolución, **la “nueva” RPA se determina por referencia al mejor precio que se obtenga por la Administración en la nueva subasta o licitación que la Administración se obliga a realizar** en el plazo de 3 meses desde la fecha de resolución de la concesión. Si la resolución de la concesión tiene lugar durante la fase de explotación, **el tipo de primera subasta se determina por referencia al** rendimiento de las obligaciones del Estado a 10 años más un diferencial de 300 puntos básicos, aunque el Gobierno tiene la potestad de modificar este tipo de **“rentabilidad razonable”**.
- La declaración de **concurso** de la sociedad concesionaria se considerará siempre una **causa de resolución** de la concesión **no imputable a la Administración**.
- En el supuesto de resolución **por causa imputable a la Administración**, además del importe de las **inversiones realizadas descontadas las amortizaciones según un criterio de amortización lineal** (no de “demanda o utilización”), la concesionaria tiene derecho a reclamar el **lucro cesante**, con unas nuevas reglas de cálculo de este lucro cesante y tomando como tasa de descuento el coste de capital medio ponderado (WACC), así como el **daño emergente** de las obras e instalaciones que no reviertan a la Administración.
- Este nuevo régimen de la RPA plantea importantes cuestiones en el **análisis de riesgos que puedan realizar las entidades financieras y los sponsors** en relación con la concesión de financiación para la construcción y explotación de un proyecto de infraestructuras en régimen de concesión de obra pública o gestión de servicios públicos.

La RPA deja de ser un importe predecible (o al menos razonablemente predecible) en el momento de originación de la financiación, ya que pasa a determinarse en función del valor de la concesión en el momento de su resolución y que pueda obtenerse en un procedimiento de subasta al alza, con el precio como único criterio de adjudicación, con un tipo de primera subasta que depende del tipo de interés de las obligaciones del Estado, como se ha referido anteriormente.

- En este sentido, entendemos que este nuevo régimen **puede hacer perder valor al derecho real de prenda sobre la RPA en caso de ejecución** de esta garantía real por parte de las entidades financieras beneficiarias de esta garantía, tanto en un escenario concursal como en un escenario de ejecución de la prenda sin que se haya declarado el concurso de la concesionaria, pero que **las entidades financieras y otros acreedores involucrados en el proyecto deberán valorar en cada caso concreto y de forma conjunta con el resto de garantías reales y personales** que se otorguen en garantía de las obligaciones de pago de la concesionaria, así como con las posibles garantías, avales u otro tipo de ayudas a la financiación que otorgue la Administración concedente para cada proyecto concreto.

## 1. MODIFICACIONES DE LA LEY CONCURSAL, EN PARTICULAR DEL ARTÍCULO 90.1.6º

- 1.1 Tras varias modificaciones introducidas en la Ley Concursal durante 2014 y 2015, como ha sido objeto de anteriores alertas informativas, el legislador español vuelve a incluir varias modificaciones en la Ley Concursal aprovechando la promulgación de la Ley 40/2015, en particular en su disposición final quinta.
- 1.2 En primer lugar, se introducen unos **cambios meramente técnicos** en la redacción de: (i) el **artículo 3 LC** relativo a la legitimación para solicitar la declaración de concurso por personas jurídicas; y (ii) los **artículos 34 ter y 34 quáter** en relación con la cuenta de garantía arancelaria con la que se remunera a los administradores concursales para aquellos concursos que concluyan por la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (tal y como estos artículos fueron incluidos en la Ley Concursal en virtud de la Ley 25/2015, de 28 de julio).
- 1.3 Pero el cambio más importante en la Ley Concursal es, sin duda, la **nueva redacción que se da al apartado 6º del artículo 90.1 LC**, cuando dentro de la **lista de créditos con privilegio especial** que proporcionan a su beneficiario con un derecho de ejecución separada se incluyen aquellos créditos garantizados con derecho real de prenda y, en particular, con una **prenda sobre derechos de crédito**.

*Como es ampliamente conocido entre los distintos agentes del mercado financiero y en la industria legal, el referido art. 90.1.6º LC y la eficacia de la prenda de créditos futuros en un escenario concursal venía siendo objeto de intensos debates doctrinales y jurisprudenciales sobre su significado y efectos desde la reforma operada en este precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, discutiéndose desde entonces si la prenda de derechos de crédito debía estar inscrita en el Registro de Bienes Muebles para que el privilegio especial sobre los derechos de crédito futuros sea reconocido en el concurso, así como la “resistencia” de esta prenda a los derechos de crédito nacidos con posterioridad a la declaración de concurso.*

*Sin que podamos entrar a analizar de nuevo las distintas tesis acuñadas antes y después de la reforma de 2011 sobre este precepto, a los efectos de esta nota valga decir que **la Ley 40/2015 recoge la denominada “tesis intermedia”,** mantenida por el Tribunal Supremo desde su sentencia de 22 de febrero de 2008 y la más reciente de 6 de noviembre de 2013, superando la denominada “tesis estricta” mantenida por varios autores y sentencias de distintas Audiencias Provinciales.*

*Según esta tesis intermedia, la prenda de derechos de crédito futuros será resistente al concurso si: (i) los caracteres definitorios de los derechos de crédito se encuentran adecuadamente determinados no más tarde del momento de su nacimiento, sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes, y (ii) antes de la fecha de declaración de concurso, se hubiera celebrado ya el contrato o estuviera ya constituida la relación jurídica de la que se derivan dichos derechos de crédito.*

Sobre la base de la denominada tesis intermedia y eliminando la equívoca expresión “prenda en garantía de créditos futuros” incluida en la reforma de la ley Concursal de 2011, la Ley 40/2015 introduce una nueva redacción para aclarar cuándo los **créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros** gozarán de privilegio especial, e incluir un requisito adicional para el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obra o de gestión de servicios públicos. Los requisitos son los siguientes:



- (i) Los créditos futuros deben nacer de **contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad** a la declaración de concurso.
- (ii) La prenda debe haberse constituido en **documento público** (no siendo, por tanto, suficiente, un “documento con fecha fehaciente” como es válido para otras prendas de créditos), y en el caso de que se trate de una **prenda sin desplazamiento de la posesión**, que se haya **inscrito en el registro público** correspondiente.
- (iii) En el caso de **créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obra o de gestión de servicios públicos**, debe cumplirse lo previsto en el artículo 261.3 TRLCSP, en su nueva redacción tras la Ley 40/2015: **previa autorización del órgano de contratación** de la Administración concedente, **que se publique en el BOE o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales** que correspondan, y siempre que la deuda garantizada guarde relación con la concesión o el contrato (de concesión).

*En una primera aproximación al tema, la nueva redacción del art. 90.1.6º nos merece, sin duda, una **crítica positiva** ya que proporciona una **seguridad jurídica** en la interpretación de este precepto que no se tenía hasta la fecha **y por reflejar la referida tesis intermedia** con la que el autor de esta nota promulgaba: **los derechos de crédito**, aunque nazcan después de la declaración de concurso, como es el caso de la RPA derivada de la liquidación concursal de la concesionaria, **nacerán pignorados sobre la base de la expectativa de pignoración ya transmitida** a favor de determinados acreedores mientras la sociedad pignorante contaba con libre disposición de su patrimonio.*

*Sobre el requisito de obtener la **autorización previa de la Administración concedente** en caso de prenda de derechos de crédito derivados de una concesión de obra o servicios, entendemos que en la práctica del project finance de infraestructuras no supondrá más que la inclusión de una **condición previa (CP) de firma de la financiación** de que se trate, exigiendo que se obtenga por la concesionaria esta autorización previa y su publicación en los diarios oficiales, lo cual deberá tenerse presente a la hora de elaborar el calendario de cierre o “closing agenda” de los contratos de financiación bancaria.*

## 2. PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RPA

Como se ha comentado anteriormente, el concepto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la administración o “RPA” es un elemento clave en los esquemas de PPP utilizados hasta la fecha para la financiación de concesiones de obras públicas y que venía a constituir la garantía principal y “última” de las entidades financiadoras y otros acreedores frente a aquella sociedad concesionaria que, bien por causas imputables a ella, bien por causas no imputables, deviniera insolvente y acabara en un proceso de liquidación.

De los distintos artículos del TRLCSP modificados por la Ley 40/2015, el relativo al régimen de la RPA para contratos de concesión de obra pública es el **artículo 271**, complementado por dos nuevos artículos: el **artículo 271 bis** y el **artículo 271 ter**.

Para determinar los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública, la nueva redacción del artículo 271 distingue **dos supuestos**: (i) resolución por causa imputable a la Administración; y (ii) resolución por causa no imputable a la Administración.

*A los efectos de analizar el nuevo régimen, conviene recordar **algunas de las notas definitorias de la RPA del régimen de la RPA aplicable hasta la fecha** (y que seguirá aplicando en el caso de resolución de concesiones ya existentes o iniciadas antes del 22 de octubre de 2015), tomando como ejemplo los PCAPs de las autopistas de peaje actualmente en concurso:*

1. **Sea cual sea la causa de resolución de la concesión, es decir, incluso en el supuesto de que la resolución sea debida a un incumplimiento culpable por parte de la concesionaria, la Administración concedente está obligada a pagar la RPA que comprenda las inversiones efectuadas en el proyecto, las cuales incluyen: (i) expropiaciones de terrenos, mediante la deducción de la cuota de amortización a los precios pagados a los expropiados; (ii) obras de construcción, mediante la deducción de la cuota de amortización y la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda, al valor de lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por la Administración (incluyendo modificados) y en los precios que allí figuren; y (iii) bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, mediante la deducción de la depreciación que corresponda según su vida útil al precio de adquisición.**
2. **La compensación anterior se sujeta a unas cuantías máximas previamente fijadas en el correspondiente Real Decreto de adjudicación de la concesión de que se trate. Por poner un ejemplo, en el Real Decreto de adjudicación de la AP-36, Ocaña-La Roda, la RPA se halla limitada a la cantidad máxima de €462.704.717 en concepto de costes por construcciones e instalaciones, más €24.536.532 en concepto de expropiaciones.**
3. **No toda resolución por incumplimiento de un contrato de concesión constituye una resolución por incumplimiento culpable de la Concesionaria, distinguiéndose dos supuestos:**
  - a) **En el caso de que la resolución se deba a una causa imputable a la concesionaria, dicha concesionaria sigue teniendo derecho al cobro de la RPA, sin perjuicio de lo cual la Administración concedente tiene derecho a: (i) incautar el importe de la denominada “garantía definitiva” (i.e. aval bancario que la concesionaria debe entregar según el PCAP de que se trate para la fase de explotación, normalmente un 2% de la inversión total, IVA incluido), y (ii) reclamar a la concesionaria los daños y perjuicios producidos a la Administración en la cantidad que exceda del importe de la garantía definitiva.**
  - b) **En el caso de que la resolución se deba a una causa no imputable a la concesionaria, el**

*PCAP podía establecer la incautación de la garantía definitiva por parte de la Administración, pero la concesionaria no estaría obligada a indemnizar a la Administración por daños y perjuicios, y la concesionaria tendría derecho al cobro de la RPA.*

4. *A diferencia de lo que luego veremos bajo la reforma de la Ley 40/2015, la **declaración de concurso**, siempre y cuando el mismo no se califique como culpable, era **uno de los supuestos de resolución por incumplimiento no culpable de la concesionaria** (en este sentido, los Dictámenes del Consejo de Estado 1065/2002, de 18 de julio, y 415/2007, de 29 de marzo).*
5. *La resolución del contrato de concesión también puede deberse **por causa imputable a la Administración** (e.g. rescate del servicio por decisión unilateral o expropiación), en cuyo caso, aparte de al pago de la RPA, la Administración concedente queda obligada a pagar daños y perjuicios por lucro cesante a la concesionaria, para lo que "...tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización." (art. 271 TRLCSP in fine, en su redacción anterior a la Ley 40/2015).*

Por su interés, comenzamos analizando el régimen de la RPA en el supuesto de resolución de contrato de concesión de obra pública por causa no imputable a la Administración.

## **2.1. LA RPA EN EL CASO DE RESOLUCIÓN POR CAUSA NO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN**

El artículo 271 TRLCSP **mantiene la obligación de la Administración concedente de abonar al concesionario un importe por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes** que deban revertir a la Administración en caso de resolución del contrato de concesión de obra pública, pero no ya por sus respectivos importes y por unos máximos que se recojan en un real decreto de adjudicación (*vid.* puntos 1 y 2 del cuadro anterior), sino **por el importe que resulte de la valoración de la concesión** según lo dispuesto en los nuevos artículos 271 bis y 271 ter TRLCSP.

El legislador define expresamente qué debe entenderse por resolución de la concesión no imputable a la Administración, por referencia a determinados apartados del artículo 269 TRLCSP, incluyendo:

- (a) la **extinción de la personalidad jurídica** de la sociedad concesionaria;
- (b) la **declaración de concurso o de insolvencia** en cualquier otro procedimiento.
- (c) la **ejecución hipotecaria declarada desierta** o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello;
- (d) el **secuestro de la concesión** (regulado en el art. 251 TRLCSP) por un plazo superior al establecido como máximo (*i.e.* 3 años incluyendo prórrogas) sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones; y
- (e) el **abandono o la renuncia unilateral** por parte del concesionario, o el **incumplimiento de sus obligaciones contractuales esenciales**.

Por tanto, **el concurso de la concesionaria se considerará siempre como un supuesto de resolución por causa no imputable a la Administración** o, en otras palabras, por causa

imputable a la concesionaria, independientemente de que el concurso se califique o no como concurso culpable.

En estos supuestos de resolución por causa imputable a la concesionaria, se mantiene la previsión de que la Administración concedente incautará la cantidad otorgada como **fianza definitiva** y reclamará los **daños y perjuicios** por la cantidad que exceda de dicha fianza.

⇒ **LA VALORACIÓN DE LA CONCESIÓN**

En cualquiera de estos supuestos de resolución de concesión de obra pública por causa no imputable a la Administración, el elemento fundamental sobre el que gira la nueva regulación de la RPA es el relativo al **valor de la concesión**, entendido este valor como **aquel que la Administración concedente obtenga tras licitar nuevamente la concesión** en cuestión, según el tipo de subasta que se determine según las reglas especificadas en los nuevos artículos 271 bis y 271 ter.

En relación con esta nueva licitación a la que la Administración concedente queda obligada para determinar el valor de la concesión, merece la pena destacar los siguientes aspectos:

- (i) Se realizará mediante el sistema de **subasta al alza**, siendo el **precio el único criterio de adjudicación**.
- (ii) El **tipo de la primera subasta se determinará en función de los flujos futuros de caja** que previera obtener la sociedad concesionaria en el período comprendido desde la fecha de resolución de la concesión hasta la fecha establecida en el contrato para su reversión, **actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Estado a 10 años incrementado en 300 pbs. (3%)**.

Este tipo de “rentabilidad razonable” **puede ser objeto de modificación por el Gobierno** (en concreto, por la CDGAE), previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación creada según lo previsto en la Ley 40/2015, para adaptar este tipo de descuento a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público

*Estos flujos de caja se cuantificarán como la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la concesionaria de que se trate durante un período de tiempo equivalente a los años que resten hasta la terminación de la concesión. Si el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará el tiempo transcurrido como referencia.*

**No se incorporará ninguna actualización de precios en función de la inflación futura estimada, ni se computarán los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos ni los pagos por impuesto sobre beneficios**

- (iii) Si la **resolución** de la concesión tiene lugar **antes de que finalice la construcción de la infraestructura**, el **tipo de subasta será el 70% del importe equivalente a la inversión efectuada**, según figure en las últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones de obra emitidas desde el cierre del ejercicio.

- (iv) Si la primera subasta queda desierta, se convocará una **segunda subasta** en el plazo máximo de 1 mes, siendo **el tipo de subasta el 50%** del tipo de la primera.
- (v) El **adjudicatario debe abonar el importe** de la licitación en el **plazo máximo de 2 meses** desde la fecha de adjudicación.
- (vi) Desde la fecha de resolución de la concesión **hasta la apertura de las ofertas de la primera subasta**, no pueden transcurrir más de **3 meses**.
- (vii) Para participar en la subasta, **el interesado debe ser un empresario que haya obtenido la oportuna autorización administrativa** en los términos del art. 263.2 TRLCSP, en el plazo de 15 días allí previsto. Esto supone que el peticionario debe cumplir **los mismos requisitos que se le exigieron al concesionario**.
- (viii) En el supuesto de que la **segunda subasta quede desierta**, el valor de la concesión será igual al tipo de la segunda subasta, sin perjuicio de lo cual la **sociedad concesionaria o aquellos acreedores de la misma que representen al menos un 5% de su pasivo exigible pueden presentar un nuevo comprador en el plazo de 3 meses** desde la fecha de declaración de subasta desierta. El nuevo comprador deberá abonar al menos el tipo de la segunda subasta.
- (ix) La **Administración abonará a la concesionaria el valor de la concesión** así obtenido en el plazo máximo de **3 meses** desde la fecha de adjudicación o desde la fecha de declaración de subasta desierta, según sea el caso.
- (x) La **nueva sociedad concesionaria quedará subrogada en la misma posición que la concesionaria original**, con las mismas condiciones que el contrato resuelto (incluido el **plazo de duración**), quedando obligada a la realización de aquellas **actuaciones vinculadas a las subvenciones de capital percibidas** si no se hubiera cumplido la finalidad de dichas subvenciones

## **2.2 LA RPA EN EL CASO DE RESOLUCIÓN POR CAUSA IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN**

Por **causas imputables a la Administración se entienden las siguientes**, también por referencia a determinados apartados del artículo 269 TRLCSP:

- (a) la **demora superior a 6 meses** por parte de la Administración en la entrega a la concesionaria de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a los que la Administración se obligó según el contrato de concesión en cuestión;
- (b) el **rescate de la explotación** de la obra pública por decisión unilateral de la Administración, no obstante la buena gestión de la concesionaria;
- (c) la **supresión de la explotación** de la obra pública por **razones de interés público**; y
- (d) la **imposibilidad de la explotación** de la obra pública como consecuencia de **acuerdos**



**adoptados por la Administración con posterioridad** al contrato de concesión en cuestión.

En el caso de demora superior a 6 meses referido en el apartado (a) anterior, la concesionaria puede optar entre la resolución del contrato (con la consecuente reclamación de indemnización) o exigir el abono del interés legal de las cantidades debidas o los valores económicos convenidos con la Administración.

En el resto de supuestos, así como si la concesionaria opta por exigir la resolución en el supuesto anterior, la Administración debe indemnizar a la concesionaria:

- (i) **El importe de las inversiones realizadas** por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para la explotación de las obras objeto de concesión que vayan a revertir a la Administración, atendiendo a su grado de amortización según el criterio de amortización lineal.

*Téngase en cuenta que, según establece la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas, el criterio de depreciación será el lineal salvo que su patrón de uso pueda estimarse con fiabilidad por referencia a la "demanda o utilización" del servicio público medida en unidades físicas, en cuyo caso, este método se acepta como criterio de amortización. En el caso de que una concesionaria opte por este criterio de depreciación por "demanda o utilización", deberá calcular asimismo la depreciación según el criterio lineal, ya que será éste el que le aplique la Administración en caso de resolución por cualquier causa imputable a la Administración.*

- (ii) **El lucro cesante**, definido como los beneficios futuros que la concesionaria deja de percibir, calculados éstos como la media aritmética de los beneficios antes de impuestos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión; si el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia el tiempo transcurrido (no el último quinquenio, como se decía en la anterior redacción de la norma). Para este cálculo del lucro cesante, se utilizará como tasa de descuento la que resulte del coste de capital medio ponderado (WACC) según las últimas cuentas anuales de la concesionaria.
- (iii) **El daño emergente**, definido como la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a la Administración concedente, considerando su grado de amortización.

### **2.3 LA RPA EN EL CASO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Mientras que el artículo 271 TRLCSP regula el régimen aplicable en el supuesto de resolución de un contrato de concesión de obra pública, el **artículo 288 TRLCSP** establece un régimen análogo para el caso de **resolución de un contrato de gestión de servicios públicos**, modificándose asimismo su redacción en virtud de la reforma de la Ley 40/2015.

Dentro de las **causas de resolución de un contrato de gestión de servicios públicos** se incluyen, entre otras, las siguientes (*vid.* artículo 286 TRLCSP, por referencia parcial al art. 223 TRLCSP):

- (a) la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista;
- (b) la declaración de concurso o de insolvencia en cualquier otro procedimiento;
- (c) el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato de gestión;
- (d) la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación de que se trate;
- (e) la demora superior a 6 meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que quedo obligada;
- (f) el rescate del servicio por la Administración;
- (g) la supresión del servicio por razones de interés público; y
- (h) la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Para determinar los efectos de la resolución del contrato de gestión de servicios públicos, la nueva redacción del artículo 288 TRLCS también distingue entre: (i) causas imputables a la Administración, y (ii) causas no imputables a la Administración, entre las que se incluye expresamente la declaración de concurso o de insolvencia de la concesionaria.

Cuando se trate de **causas imputables a la Administración**, la Administración deberá abonar una RPA consistente en el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización según un criterio de amortización lineal de la inversión.

Pero si se trata de **causas no imputables a la Administración**, incluido el supuesto de concurso de la concesionaria, el importe de la RPA será el que resulte de la valoración de la concesión, según se determine su valor de conformidad con las reglas del artículo 271 bis anteriormente descritas.

### 3. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

---

1. Se modifica de forma significativa la redacción de los **artículos 60 y 61 del TRLCSP**, relativos a las personas físicas y jurídicas afectadas por las **prohibiciones de contratar con la Administración** y al procedimiento de declaración de concurrencia de estas prohibiciones y sus efectos.
2. Se incluye un nuevo párrafo en el **artículo 150 del TRLCSP** en relación con los **criterios de valoración de las ofertas que reciba la Administración y la forma de determinar la oferta económicamente más ventajosa**: en aquellos contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios cuyos expedientes de contratación prevean la posibilidad de aportaciones públicas a la construcción o explotación, incluyendo garantías, avales u otro tipo de ayudas a la concesionaria, uno de los criterios de adjudicación evaluable será, de forma automática, la reducción que oferten los licitadores sobre dichas aportaciones.
3. Se incluyen cambios en la redacción de los **artículos 254 y 256 del TRLCSP**, relativos a **aportaciones públicas a la construcción y a la explotación**, respectivamente, eliminando la posibilidad de aportaciones públicas a la construcción después de que la concesión haya terminado (posibilidad que permitía la anterior redacción del primer párrafo del art. 254), y aclarando que todas las aportaciones públicas deben estar previstas en el pliego de condiciones correspondiente, determinándose su cuantía en el procedimiento de adjudicación y no pudiendo incrementarse con posterioridad (sin perjuicio del reequilibrio económico del contrato ex art. 258 del TRLCSP por lo que se refiere a la viabilidad económica de la fase de explotación).
4. Como hemos hecho referencia al principio de esta nota, se incorpora una nueva disposición adicional al TRLCSP que entrará en vigor a los 6 meses de la entrada en vigor de la Ley 40/2015 (esto es, el 2 de abril de 2016), en virtud de la que se crea la **“Oficina Nacional de Evaluación” (“ONE”)**.

*La ONE tiene por finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras públicas y gestión de servicios públicos, y entre sus funciones se incluyen:*

- (i) emitir informes siempre que se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación de la concesionaria;*
- (ii) emitir informes en aquellas concesiones de obra y servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por la Administración concedente, siempre que el importe de las obras o de los gastos de primer establecimiento superen 1.000.000 euros;*
- (iii) informar de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato ex artículos 258.2 y 282.4 del TRLCSP; y*
- (iv) informar a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE) sobre la posible modificación del instrumento de deuda que sirve de base para el cálculo de la rentabilidad razonable y del diferencial de 300 pbs. empleados para determinar el tipo de subasta según lo regulado en el nuevo art. 271 ter, como hemos reflejado anteriormente*

#### 4. PRINCIPALES IMPLICACIONES DE LA REFORMA EN UN ESQUEMA DE *PROJECT FINANCE* DE INFRAESTRUCTURAS

1. En una primera aproximación al tema, el nuevo régimen de la RPA para contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos plantea importantes retos para un esquema tradicional de *project finance* de infraestructuras con el que se financien nuevos proyectos, ya que la RPA deja de ser un importe predecible o que pueda ser objeto de estimación y cuantificación en el momento inicial de originación de la financiación y de otorgamiento del correspondiente paquete de garantías.
2. Hasta la fecha, dejando aparte incertidumbres creadas por el RDL 1/2014 y el posible “haircut” de la RPA por el importe de indemnizaciones que el Estado se vea obligado a pagar a los titulares de los terrenos expropiados, la RPA era un importe predecible y que, por tanto, se podía incluir dentro de un modelo económico-financiero (caso base), ya que se corresponde con el importe inversiones efectuadas en el proyecto en cuestión (descontadas depreciaciones y amortizaciones) y con un importe máximo en euros fijado en el correspondiente Real Decreto de adjudicación.
3. En particular, si la concesión administrativa se resuelve por causas no imputables a la concesionaria, incluyendo la declaración de concurso (siempre que el concurso no recibiera luego la calificación de culpable), el importe de la RPA al que la Administración concedente queda obligada a pagar a la concesionaria (o a sus acreedores pignoratícios en caso de ejecución de la prenda sobre la RPA) se corresponde con el coste de las inversiones a fecha de la resolución, tras descontar las correspondientes depreciaciones y amortizaciones.

*A diferencia de este régimen aplicable a las concesiones existentes, el nuevo régimen de la RPA no permite predecir ab initio cuál puede ser su importe a fecha de resolución de la concesión y, por tanto, el valor del derecho real de prenda otorgado sobre la RPA a favor de las entidades financieras, ya que dependerá esencialmente de:*

- (i) en qué momento de la vida de la concesión se insta su resolución por la Administración concedente o por la concesionaria;*
- (ii) si las causas que motivan la resolución se consideran imputables a la Administración o no imputables a la Administración (incluyendo entre estas últimas el concurso de la concesionaria);*
- (iii) la valoración de la concesión a la fecha de resolución por referencia a unos tipos de subasta o licitación que se determina en función de los flujos de caja que sean futuros en la fecha de resolución, dependiendo del tiempo que reste de concesión en ese momento, y calculados como media aritmética de los flujos de caja “pasados” hasta esa fecha;*
- (iv) un tipo de descuento que depende del interés de las obligaciones del Estado a 10 años, según los últimos datos de rendimiento de estas obligaciones del Estado que sean públicos a la fecha de resolución (dato no predecible) y que, además, puede ser objeto de modificación (incluyendo el diferencial de 300 pbs) por decisión del Gobierno, con el único requisito de haber obtenido un informe de la Oficina Nacional de Evaluación (pendiente de ser creada en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015);*
- (v) la concurrencia de postores a la subasta, en primera o segunda convocatoria, o si la subasta quedase finalmente desierta, y en dicho caso si la concesionaria o acreedores que representen más del 5% del pasivo exigible pueden presentar a un comprador dispuesto a pagar el tipo de la segunda subasta.*

4. En definitiva, el importe de la RPA para nuevas concesiones no podrá predecirse en el momento inicial en el que se otorga la financiación bancaria por un determinado importe y en el que se constituyen las garantías reales y personales a favor de las entidades financiadoras (e.g. hipoteca o promesa de hipoteca sobre la concesión, prenda de acciones sobre la concesionaria, prendas de cuentas bancarias y de derechos de crédito derivados de EPC, O&M, seguros y otros contratos del proyecto).
5. Por tanto, para nuevos proyectos de infraestructuras cuyos expedientes de contratación se inicien a partir del 22 de octubre de 2015, entendemos que las entidades financiadoras y, en particular, sus departamentos de análisis de riesgos, deberán prestar particular atención a este nuevo régimen de la RPA y sus potenciales implicaciones en los términos y condiciones de la financiación que se vaya a otorgar, y cómo afecta lo anterior a los *sponsors* que han buscado dicha financiación y a otros terceros involucrados en el proyecto de que se trate.
6. Entendemos que este nuevo régimen de la RPA puede afectar a términos y condiciones tan relevantes como el ratio de apalancamiento, el tipo de interés o *pricing*, el calendario de amortización, y las garantías personales o corporativas para el servicio de la deuda que se puedan exigir del contratista durante la fase de construcción y/o a los *sponsors* durante la fase de explotación (y si estas garantías personales hacen que el *project finance* pase a ser una financiación con recurso a los *sponsors*).
7. Asimismo, dado el carácter “incuantificable” del objeto de la prenda sobre la RPA en el momento de su otorgamiento, entendemos que, dentro del análisis de riesgos, también debe valorarse esta garantía real junto con el valor del resto de garantías reales que se otorguen a favor de las entidades financieras en un escenario de default y de ejecución de garantías, en particular la prenda sobre las acciones de la concesionaria o la hipoteca inmobiliaria sobre la concesión administrativa (tanto si esta hipoteca se constituye desde el momento de la originación, como si es objeto de promesa de constituirla si se cumplen determinados supuestos o “*trigger events*”).
8. Por último, también habrá que prestar especial atención a los pliegos de condiciones que se publiquen para nuevos proyectos y analizar qué aportaciones públicas a la construcción y a la explotación está dispuesta a conceder la Administración concedente, en particular las posibles garantías, avales u otro tipo de ayudas a la financiación a la concesionaria que sean necesarias o convenientes para la mejor viabilidad de la concesión y su “bancabilidad”.