

CONTRATOS CONCESIONALES Y EQUILIBRIO ECONÓMICO. EL RIESGO IMPREVISIBLE

Joaquín TORNOS MAS
Profesor honorífico de la Universidad de Barcelona
Abogado

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA VIDA DEL CONTRATO CONCESIONAL: RIESGO Y VENTURA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO.— 3. EL NECESARIO REEQUILIBRIO DE LAS CONCESIONES. EL SUPUESTO DEL RIESGO IMPREVISIBLE.— 4. LA RECUPERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO. ¿CÓMO PUEDE RECUPERARSE?— 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Como ha dicho Santamaría Pastor «la cuestión del equilibrio económico de los contratos del sector público y, en términos generales, la distribución de riesgos entre las partes contratantes posee una actualidad capital como consecuencia de la situación de crisis económica mundial que se inició en 2008»¹.

Esta problemática es especialmente preocupante en los contratos concesionales, como contratos de larga duración en los que los desequilibrios económicos pueden ser más frecuentes a lo largo de la ejecución del contrato.

A esta temática vamos a dedicar este breve trabajo, partiendo de unas consideraciones generales previas.

a) Dentro de los contratos concesionales incluimos los contratos de concesión de obras, concesión de servicios y el contrato regulado en el artículo 312 de la ley de contratos del sector público, LCSP, 9/2017.

¹ SANTAMARIA PASTOR, J. «Relación conclusiva», *Revista de Administración Pública*, 216, 2021, págs. 91-98. En el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ FARRERES, G. cuando afirma que : «la asignación de riesgos en la ejecución de los contratos es asunto de capital importancia» . En su trabajo La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos, RAP nº 216, 2021, pág. pág. 49.

La diferencia entre el contrato de concesión de servicios y el contrato del artículo 312 es únicamente el hecho de que en el primero debe concurrir el riesgo operacional, pero en ambos casos se trata de prestar servicios a terceros y no a la propia administración. Por ello el artículo 312, que se califica como contrato de servicio que conlleve prestaciones directas a los ciudadanos, recupera el viejo contrato de gestión de servicios públicos, que se vio excluido de la ley si no existía riesgo operacional².

b) Todos estos contratos responden a las notas propias de la colaboración público-privada. La administración acude a la iniciativa privada para poder construir infraestructuras o prestar servicios de calidad por razones de la financiación y la capacidad técnica que le puede aportar el sector privado. La inclusión del riesgo operacional tiene como fin excluir estos contratos del déficit público (en la medida en que la administración no asume los riesgos de demanda y disponibilidad que pueden surgir en el proceso de ejecución).

c) En estos contratos, como en toda la contratación pública, el derecho ha prestado especial atención a las fases de preparación y adjudicación, con el fin de garantizar los principios comunitarios de publicidad y concurrencia, pero ha dejado en un segundo plano los problemas propios de la ejecución del contrato.

2. LA VIDA DEL CONTRATO CONCESIONAL: RIESGO Y VENTURA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO

El contrato administrativo, que responde en su construcción al supraconcepto «contrato», propio de la legislación civil³, se construye sobre el principio básico de la existencia de una relación sinalagmática, y, por tanto, sobre el principio de «pacta sunt servanda». Así lo establece el artículo 189 de la LCSP⁴.

Principio que se concreta con la regla del riesgo y ventura al que se refieren los artículos 197 y 254 de la misma LCSP⁵.

² Sobre esta cuestión, con una visión crítica sobre la construcción del contrato del artículo 312 de la LCSP, vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. El contrato de servicios, en Gimeno Feliu, JM Director, Estudio sistemático de la ley de Contratos del Sector Público, Cizur Menor, Thomson Aranzadi 2018, págs. 1537-1564.

³ Sobre el origen del contrato administrativo y su vinculación al contrato civil vid. MARTÍN RE-TORTILLO, S. El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones, 2ªed. Madrid, Civitas, 1996 y GARCIA DE ENTERÍA-Tr FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo, vol.I, 20 edición, Civitas, Madrid 2022, págs. 733-746.

⁴ Artículo 189 de la LCSP: «Vinculación al contenido contractual. Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas».

⁵ Sobre el riesgo y ventura en la contratación pública vid. recientemente CANO CAMPOS, T. Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible, REALA nº 19, 2023, págs. 102-103. La plasmación normativa de este principio se establece de forma general en el artículo 197 LCSP: «Principio de riesgo y ventura. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo

Pero la singularidad del contrato administrativo reside en el hecho de que esta figura jurídica es utilizada por la administración para lograr fines de interés general, como es realizar una obra, prestar un servicio u obtener un suministro. Para ello, como hemos dicho, la administración puede acudir al mercado y buscar un contratista, pero en este caso la institución contractual debe adaptarse a su razón de ser: lograr alcanzar el fin de interés general que persigue la administración. Como se ha dicho, «si el contrato de obras alumbró la tesis del riesgo y ventura, la concesión de servicios públicos hizo lo propio en una segunda etapa de la evolución sacando a primer plano las ideas del contratista colaborador, de la mutabilidad del contrato y del mantenimiento de la ecuación financiera del mismo, y es que, en efecto, la concesión tiene entre todos, un principio absoluto, que es hacer viable la realización del servicio público que es su objeto»⁶.

Esta singularidad causal del contrato administrativo comporta que el principio de riesgo y ventura se module por la aparición en la legislación contractual del principio del equilibrio económico, cuyo fin es asegurar la correcta ejecución del contrato cuando la ecuación financiera que sirvió para el acuerdo contractual se ha roto por causas posteriores, partiendo de la idea del contratista colaborador. Así se recoge en el artículo 127,2-2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, y en los artículos 249 y 250 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios Decreto 179/1985 de Cataluña. También se establece en los artículos 270⁷, concesión de obras, y 290⁸, concesión de servicios.

La jurisprudencia también lo ha reconocido de forma reiterada. Con carácter general se ha afirmado que el reequilibrio económico es un principio propio de los

239». Y en el artículo 254 de la misma ley respecto del contrato de obras: «Principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras.1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 252, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras.

2. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros».

⁶ GARCIA DE ENTERÍA-TR FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo, vol.I, 20 edición, Civitas, Madrid 2022, pág. 793.

⁷ Artículo 270: «El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente».

⁸ Artículo 290: «1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato».

contratos públicos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008, entre otras, ha dicho que «es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues se sobrepasan los límites razonables de la aleatoriedad que comporta toda licitación. implica, por tanto, aplicar los principios de equidad, artículo 3,2 del código civil, y de buena fe, artículo 7,1 del código civil, por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial de la contratación pública»⁹.

En este mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2018 y 31 de enero de 2022, rec. 3968/2020. En esta última se afirma que «en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi, factum principis, y fuerza mayor o riesgo imprevisible”».

3. EL NECESARIO REEQUILIBRIO DE LAS CONCESIONES. EL SUPUESTO DEL RIESGO IMPREVISIBLE.

Como ya hemos apuntado la necesidad de reequilibrar los contratos administrativos es un principio general de la contratación pública. La razón de ser de este necesario reequilibrio económico se encuentra en la singularidad del contrato administrativo, en una razón de política general que persigue, como hemos dicho, la buena ejecución del contrato. Si no existe la posibilidad de reequilibrar, en contratos de larga duración y que en muchas ocasiones requieren fuertes inversiones, el contratista tratará de asegurar inicialmente su inversión con un precio más alto que actúe como seguro de riesgos, o bien reducirá las prestaciones o su calidad, o bien optará por no presentarse a la licitación.

⁹ Es importante destacar que el artículo 1,2 de la ley de contratos del sector público, al referirse a las fases de ejecución del contrato, reconoce la singularidad de los contratos públicos por razón de los fines institucionales que con los mismos deben alcanzarse. Así, dice que «es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar».

Ciertamente el reequilibrio tiene como fin principal compensar al contratista¹⁰, pero esta no es la finalidad principal sino mediata. Se le compensa para la buena marcha del contrato. Por ello, como veremos, cuando la ruptura del equilibrio económico se produce por causas ajenas a la administración, la compensación se producirá, no por la pérdida del beneficio inicialmente esperado, sino sólo si el desequilibrio pone en peligro la correcta ejecución del contrato.

Existe, pues, un principio general de reequilibrio económico. Pero ¿cuándo se dan las circunstancias que dan derecho al reequilibrio?

La sentencia antes citada identificó de forma precisa las posibles causas: «por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible». SANTAMARIA PASTOR, en la línea de la sentencia citada¹¹, ha dicho que «la tipificación de situaciones de anomalía no presenta dificultades especiales. la alteración de las condiciones contractuales, en general, puede venir ocasionada: a) por actuaciones (voluntarias) de alguna administración, o b) por hechos o circunstancias externos y ajenos a la voluntad o a la conducta de las partes del contrato. dentro de las primeras, cabe distinguir: a’) las decisiones adoptadas por la administración contratante y dirigidas inmediatamente a alterar el contenido del contrato, de b’) las decisiones de alcance general que, de hecho, alteran las obligaciones y cargas de los contratistas. y aún cabría diferenciar, dentro de esta última categoría: a”) las decisiones de alcance general adoptadas por la propia administración contratante de b”) las adoptadas por una administración distinta, que quizá merezcan un tratamiento diferente... los supuestos de alteración de la relación contractual en virtud de hechos externos y ajenos a la conducta de las partes son tratados doctrinalmente con las nociones de fuerza mayor y riesgo imprevisible, cuya regulación ofrece también defectos notables».

Ahora bien, la identificación de estos supuestos, y las fórmulas de lograr el reequilibrio, presentan una diferente problemática. Hay que reconocer los límites de la revisión de precios, la reducción reciente del factum principis que sólo procede por ac-

¹⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019, rec. 1558/2016 estableció, frente al criterio de la sentencia recurrida, que en caso de riesgo imprevisible el reequilibrio económico sólo juega a favor del contratista. Así, afirma que «pues bien, al margen de las consecuencias jurídicas que de tal planteamiento podamos establecer, lo cierto es que la aplicación de la citada doctrina, del riesgo imprevisible, a la Administración, no resulta posible. Lo cierto es que —según la doctrina expresada— la ejecución del contrato será a riesgo y ventura del concesionario —sólo del concesionario, no de la Administración— en todas sus fases. Para la Administración no juega la necesidad del equilibrio económico financiero, y su derivado reequilibrio. La posibilidad de obtener una modificación del equilibrio económico-financiero del contrato, con su consiguiente reequilibrio, no juega —se insiste— en favor de la Administración, pues tal posibilidad resulta de aplicación, exclusivamente, en beneficio del concesionario». No obstante, la sentencia si admite la reducción de las tarifas del concesionario, incluso sin compensación, cuando por hechos posteriores a la formalización del contrato el concesionario obtiene un beneficio desproporcionado. Pero para ello la administración debe recurrir al ius variandi, ya que concurre un interés público que requiere mantener el equilibrio financiero de las prestaciones.

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J., op.cit. pág. 94 y 96.

tuación de la administración contratante o la relación limitada de supuestos de fuerza mayor. El *ius variandi* y el reequilibrio contractual sólo entra en juego en los casos de modificaciones contractuales llevadas a cabo por la administración contratante. El estudio de todos estos supuestos, con sus notas propias y sus requisitos, es sin duda de interés. Pero centraremos nuestra atención en lo que creemos es el problema actual más vivo, esto es, la alteración del equilibrio contractual por circunstancias sobrevenidas derivadas de la complejidad del momento económico vigente, más allá de la situación de la pandemia. Incremento de precios de materia primas, incrementos de costes salariales, reducción del consumo. Alteraciones sustanciales del contenido contractual que pueden calificarse de imprevisibles y que por ello deberían corregirse recurriendo a la teoría del riesgo imprevisible.

En efecto, el riesgo imprevisible puede alterar la relación contractual por hechos ajenos a la conducta de la administración. Por esta razón hay que plantearse si en estos casos la administración debe asumir la carga de restablecer el equilibrio económico del contrato o bien aplicar con todo rigor el principio del riesgo y ventura. Como es conocido fue el Consejo de Estado francés el que en su famoso *Arrêt* de 30 de marzo de 1916, al haberse producido un imprevisto incremento de los precios del carbón (*Arrêt Gaz de Bordeaux*), construyó la teoría del riesgo imprevisible reconociendo la obligación de la administración contratante de compensar al contratista indemnizándolo por el incremento del precio del carbón. Merece la pena reproducir el contenido del *Arrêt*, ya que el supuesto de hecho que dio lugar a su redacción puede compararse con la situación que vivimos en la actualidad:

“Considerando que en principio el contrato de concesión regula definitivamente las obligaciones respectivas del concesionario y del concedente hasta su vencimiento; que el concesionario está obligado a realizar el servicio prestado en las condiciones especificadas en el contrato y es remunerado mediante el cobro de los impuestos allí estipulados a los usuarios; que la variación del precio de las materias primas debida a circunstancias económicas constituye un riesgo de mercado que puede, según los casos, ser favorable o desfavorable al concesionario y corre por su propia cuenta y riesgo, considerándose que cada parte ha tenido en cuenta este riesgo en los cálculos y previsiones que hacía antes de comprometerse;

Pero considerando que, tras la ocupación por el enemigo de la mayor parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, la dificultad cada vez más considerable del transporte por mar, debida tanto a la requisa de barcos como por el carácter y la duración de la guerra marítima, el aumento que se produjo durante la actual guerra en el precio del carbón, materia prima para la fabricación del gas, alcanzó tal proporción que no sólo tiene un carácter excepcional en el sentido habitualmente dado a este término, sino que provoca un aumento del coste de fabricación del gas que, en una medida que desafía todos los cálculos, supera ciertamente los límites extremos de los aumentos que podrían haber previsto las partes al firmar el contrato de concesión; que, como consecuencia de la combinación de circunstancias antes indicadas, la economía del contrato queda absolutamente perturbada. Que, por tanto, la empresa está justificada al sostener que no se le puede exigir que garantice únicamente las condiciones inicialmente previstas, el funcionamiento del servicio mientras dure la situación anormal mencionada anteriormente”.

La conclusión es que el Ayuntamiento de Bordeaux debía indemnizar a la contratista con el fin de que pudiera continuar con la prestación del servicio.

El problema en nuestro derecho interno es que el riesgo imprevisible no está contemplado en la LCSP. Aparece una referencia al mismo en el artículo 205,2-b de la LCSP, cuando para justificar una modificación no prevista en los pliegos se hace referencia a «cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes...». Pero esta referencia al riesgo imprevisible no se vincula al derecho al reequilibrio económico.

También lo está en el artículo 109 de la Directiva 2014/24/UE:

«Los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Sin embargo, no puede aplicarse en los casos en que una modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global, por ejemplo si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado».

No obstante los antecedentes, el RSCL, y lo dispuesto en la Directiva de 2014, lo cierto es que el legislador de 2017 no ha reconocido esta situación como causa justa para proteger al contratista ante desequilibrios debidos a hechos imprevisibles.

La figura del riesgo imprevisible es, por tanto, una figura de construcción jurisprudencial, también reconocida por el Consejo de Estado, Dictamen 93/2019 de 25 de febrero. Ante el silencio de la ley contractual la fuerza de los hechos, y la necesidad de poder dar respuesta a situaciones de graves alteraciones contractuales por hechos imprevistos, han obligado al legislador a permitir el reequilibrio en estas situaciones extraordinarias. Así, el Real Decreto ley 8/2020 reguló en su artículo 34 los reequilibrios contractuales por la incidencia de la Covid 19 en la vida de los contratos, y el Real Decreto ley 3/2022 también permitió el reequilibrio de los contratos de obras por el incremento imprevisto y extraordinario de determinados precios. La interpretación de estos dos Real Decretos leyes plantea muchos problemas sobre los que no nos vamos a ocupar. Pero quede constancia de cómo el Gobierno fue consciente de que debía dar entrada a la teoría del riesgo imprevisible, aunque de forma excepcional y limitada. Limitación que se ha acrecentado con la interpretación estricta de los preceptos citados por la jurisprudencia.

Como hemos dicho, el principio del riesgo imprevisible es en nuestro país de construcción jurisprudencial, por tanto, vinculado en su aplicación al casuismo propio de la jurisprudencia. Como ejemplo de sentencias que han construido el prin-

cipio de forma general puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, rec. 763/2007 en la que se dice:

«de igual modo resulta necesario recordar la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la doctrina del riesgo imprevisible de 27 de diciembre de 1990, en cuyo F.J.4º EDJ 1990/12066 se decía: “Es cierto que, tanto la doctrina del ‘factum’ principis, como la de la ‘alteración de las circunstancias’ —el tradicional *rebus sic stantibus*— y la del ‘riesgo imprevisible’-grundgeschaft” pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de “circunstancias sobrevenidas” como 5 excepción admitida al principio fundamental contractus lex, cuando se trata del contrato administrativo de obras han sido objeto de una regulación legal específica, a través de la figura jurídica de la “revisión de precios” encontrándose su regulación vigente, integrada básicamente, por el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, y sus disposiciones reglamentarias - Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983. Pero, también es cierto que, cuando dicha figura de la “revisión de precios” deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de “riesgo razonablemente imprevisible” como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la “revisión de precios” es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes».

La jurisprudencia ciertamente reconoce en abstracto que pueden concurrir circunstancias imprevisibles que alteren el equilibrio económico y que pueden justificar el derecho del contratista al reequilibrio. Pero cuando se trata de aplicar este principio al caso concreto la jurisprudencia se muestra muy restrictiva¹². Veamos sus manifestaciones.

a) El concepto de riesgo imprevisible se configura como un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación depende del caso concreto. En términos generales se define este concepto como la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en el momento de ejecutar el contrato respecto a las que se tuvieron en cuante cuando se elaboró. Lo que sea «extraordinario» e «imprevisible» depende del juicio del caso concreto.

b) En caso de riesgo imprevisible la recuperación el equilibrio no debe atender a lo pactado, sino a la compensación necesaria para que el contratista pueda seguir llevando adelante la ejecución del contrato. Se compensa si hay peligro de inejecución o mala ejecución. Diversos son los supuestos en los que la ruptura del equilibrio se debe a la actuación de la administración, *ius variandi* o *factum principis*. En estos casos si que debe reequilibrarse según el contenido inicial del contrato¹³.

¹² Sobre los requisitos del riesgo imprevisible puede verse CANO CAMPOS, T. op.cit. págs.116-119.

¹³ En este sentido SANTAMARÍA PASTOR, op.cit. pág. 97: «creemos que no sería impertinente que la legislación general sentara algún principio acerca del alcance de la contribución que las Administracio-

c) La ruptura del equilibrio económico requiere la alteración sobrevenida de circunstancias de tal índole que quiebra el equilibrio económico financiero contractual por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante la revisión de precios cuando está pactada y por suponer la frustración completa de presupuestos contractuales. La jurisprudencia entiende que la reducción de los beneficios no comporta una excesiva onerosidad, por lo que requiere que la equivalencia de prestaciones quede sustancialmente alterada.

Junto a esta doctrina restrictiva deben tenerse en cuenta otras cuestiones conflictivas que pueden aparecer en el momento de producirse el desequilibrio, y que nos limitamos a apuntar. Así, para determinar que se ha producido el desequilibrio de la concesión: ¿debe esperarse al final de la concesión?. ¿Puede pedirse el reequilibrio cuando la ruptura se produce ente el momento de la adjudicación y el de la formalización? ¿Puede pedirse el reequilibrio durante la ejecución en régimen de prórroga forzosa?.

4. LA RECUPERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO. ¿CÓMO PUEDE RECUPERARSE?.

El tema que estamos examinando plantea de hecho tres cuestiones sucesivas. En primer lugar, hay que justificar que el principio de riesgo y ventura no es absoluto y que en la contratación pública prima el fin del contrato. En segundo lugar deberá demostrarse que en virtud del riesgo imprevisible (o de alguna de las otras causas que hemos apuntado pero no tratado en este trabajo) se ha producido una ruptura del equilibrio económico contractual que requiere la recuperación del equilibrio (cuestión tratada en el apartado anterior). En tercer lugar, deberá determinarse cómo se lleva a cabo la recuperación del equilibrio.

En términos generales, para determinar cómo puede llevarse a cabo la recuperación del equilibrio, creemos que puede plantearse en primer lugar si cabe hacer frente al incremento excepcional de los costes de ejecución modificando sin más el precio del contrato mediante el ejercicio del *ius variandi*, es decir, recurriendo al artículo 205,2-b de la LCSP para restablecer el equilibrio económico. En segundo lugar, cabe plantear si el reequilibrio puede lograrse aplicando la teoría del riesgo imprevisible y exigiendo, en base a esta circunstancia, una compensación.

La posibilidad de acudir al *ius variandi*, aplicando el artículo 205,2-b de la LCSP, con el fin de modificar exclusivamente el precio del contrato, ha sido objeto de interpretaciones encontradas, unas a favor de utilizar el citado artículo para recuperar el equilibrio económico y otras contrarias. Me remito al trabajo de CANO CAMPOS,

nes deberían afrontar en estos casos críticos- riesgo imprevisible- ; alcance que, a mi juicio, en ningún caso podría ni debería regirse por la regla de la indemnización integral, sino limitarse a asegurar que la obra o servicio se realicen o se sigan desempeñando correctamente, porque así lo exige el interés público, por razones elementales. No se trata, desde luego, de mantener intacto el beneficio empresarial previsto en su plan de negocio por los contratistas afectados por la crisis, sino solo de garantizar la finalización de la obra o la continuidad del servicio».

T.¹⁴ en el que se exponen brillantemente las dos tesis y se defiende la favorable a recurrir al artículo 205,2-b.

La otra posibilidad, como hemos apuntado, es recurrir a la teoría del riesgo imprevisible y exigir una compensación. Una compensación que podrá llevarse a cabo por medios distintos, como puede ser un incremento de las tarifas con las que se remunera al concesionario, una aportación económica del contratista, una reducción de las prestaciones o la prórroga del plazo. La opción por cualquiera de estos medios dependerá del caso concreto, de la situación económica de la administración contratante, de los efectos del incremento de tarifas sobre el abono de las mismas, del plazo contractual y de la posible o no reducción de prestaciones.

Pero más allá de estas cuestiones el verdadero problema es la determinación de qué debe compensarse y cómo se cuantifica. Como ya hemos apuntado, en el caso del riesgo imprevisible la jurisprudencia entiende que no se debe atender a lo pactado para reequilibrar el contrato, sino que debe otorgarse la compensación necesaria para poder seguir llevando adelante la ejecución del contrato. De este modo tenemos el argumento jurídico para determinar qué debe compensarse. Pero en términos económicos ¿qué es lo necesario para poder seguir ejecutando el contrato y cómo se cuantifica esta compensación? La administración contratante y el contratista fijarán cantidades diversas, y los tribunales deberán recurrir a peritajes externos o propios para poder decidir sobre un tema ajeno a su formación.

Lo cierto es que como ha dicho SANTAMARÍA PASTOR¹⁵ «nadie, absolutamente nadie, sabe a ciencia cierta cómo se reequilibra una concesión en términos financieros y matemáticamente rigurosos».

Llegados a este punto, sugerimos que si existe acuerdo sobre la existencia de riesgo imprevisible y la necesidad de compensar para garantizar la continuidad de la prestación, o bien el juez o tribunal que conoce del caso llega al convencimiento de que se dan estos dos requisitos, pero no existe acuerdo sobre el alcance y cuantificación de la compensación o el conflicto queda centrado en esta cuestión, el juez o tribunal debería acudir a la mediación intrajudicial para resolver la cuestión. Nuestra propuesta se debe al hecho de que si bien, la determinación de si existe o no riesgo imprevisible y el deber de compensar, son cuestiones que deben resolverse a partir de criterios jurídicos, la resolución del conflicto sobre el alcance y cuantificación de la compensación requiere conocimientos empresariales y económicos ajenos, como he dicho, a la formación judicial. Por ello en este caso el recurso a la mediación intrajudicial puede tener especial utilidad. Como dice el artículo 77 de la ley jurisdiccional «En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio

¹⁴ CANO CAMPO, T. op.cit.pág. 97.

¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. op. cit. pág. 97

se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos».

En nuestro caso se trataría de llegar a un acuerdo sobre cuestión de cantidad, el alcance de la compensación.

Ciertamente podría llevarse la mediación a la fase administrativa, tratando de alcanzarse el acuerdo dentro del procedimiento que debe dar respuesta a la petición de compensación. Pero creo que es difícil que la administración acepte esta mediación. En cambio, si es posible que lo haga en sede judicial si el juez o el tribunal le invita a aceptar la mediación. Además, en sede judicial lo que se acuerde será convertido en sentencia por el órgano judicial, y se evitará que pueda ser cuestionado el acuerdo con el riesgo de llevar el tema al Tribunal de Cuentas. La imposición de esta práctica evitaría largos procesos judiciales, que podrían no dar satisfacción a ninguna de las partes, y daría cierta seguridad al concesionario de poder verse compensado en caso de riesgo imprevisible.

5. CONCLUSIÓN.

De acuerdo con lo expuesto creemos que puede concluirse que la problemática propia de la ejecución de los contratos concesionales no está jurídicamente bien resuelta. Está mal regulada y mal interpretada la normativa aplicable. Y ello es grave ya que como se ha dicho recientemente en el momento presente coincide el incremento extraordinario de los costes de ejecución de los contratos concesionales con el ocaso de las técnicas del reequilibrio económico¹⁶. En esta situación los contratos pueden ejecutarse defectuosamente y los potenciales contratistas pueden incrementar los costes o renunciar a concursar, como ha denunciado la OIRESCON.

Hay que hacer una llamada a la necesaria reforma normativa y a una jurisprudencia más acorde con la naturaleza y finalidad del contrato público y la figura del contratista colaborador.

Alguna jurisprudencia reciente, aunque menor, parece abrir nuevas vías interpretativas. Así las sentencias del Juzgado contencioso administrativo número 1 de Vigo de 30 de enero de 2024, y la del Juzgado contencioso administrativo de Santander de 2 de abril de 2024¹⁷. El derecho comparado también ofrece ejemplos de interés por

¹⁶ CANO CAMPOS, T. Los costes extraordinarios de ejecución de los contratos públicos y el ocaso de las técnicas del reequilibrio económico. Texto de la intervención en el Congreso Retos de la contratación pública y el Derecho de la competencia, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y celebrado en la sede de esta los días 18 y 19 de abril de 2024, en prensa.

¹⁷ Tomo las citas de estas sentencias del trabajo citado en la nota anterior. En el mismo sentido de las sentencias citadas puede mencionarse el reciente Informe de la Junta Consultiva de Contratación

dónde se podría avanzar en nuestro país¹⁸. Así, en Francia, el *Code de la Commande publique*, reconoce expresamente el derecho subjetivo a la compensación por riesgo imprevisible y lo diferencia claramente del *ius variandi*. En Italia, el Decreto legislativo 36/2023, de 31 de marzo, por el que se aprueba el *Codice dei Contratti Pubblici*, también contempla expresamente ambas figuras y reconoce expresamente el derecho subjetivo del contratista a la renegociación del precio del contrato cuando sobreviene un riesgo imprevisible que rompe el equilibrio originario del contrato. Algún autor ha propuesto ampliar la libertad de pactos y asignación de riesgos de acuerdo con el artículo 34,1 de la LCSP¹⁹.

En todo caso, hay que atender a las reiteradas llamadas de los concesionarios, en el sentido de reformar el marco normativo actual y la jurisprudencia que lo aplica, para poder seguir contando con sus aportaciones necesarias para el logro de fines de interés general.

de Andalucía «Informe 6/2024, de 14 de marzo, sobre la aplicabilidad de la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la del “rebus sic stantibus”, para restablecer el equilibrio económico de contratos de servicios intensivos en mano de obra, como consecuencia del incremento sobrevenido de las condiciones salariales de los trabajadores por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público», en el que el órgano consultivo lleva a cabo una interpretación amplia de la teoría del riesgo imprevisible y defiende su aplicación por el incremento de los costes salariales.

¹⁸ Tomo también estas referencias del mismo trabajo de CANO CAMPOS, T. citado en la nota 18.

¹⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G. op.cit. pág. 82.