

CAPÍTULO IV

BUENA ADMINISTRACION Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL

1. EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO ELEMENTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Esta fase de ejecución y cumplimiento adquieren especial relevancia, como bien ha explicado el profesor G. Fernández Farreres¹. Más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, que enfatiza el valor de la gestión pública —de recuperación de lo público— frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privadas (de contratos públicos), parece necesario abordar un análisis jurídico de los posibles condicionantes de la cultura de la gobernanza en la contratación pública y, en especial, en modelos de colaboración público-privada atendiendo a la sostenibilidad financiera de los servicios y actividades públicas². Y no solo esto, sino analizar también las causas que justifican la necesidad de revisar el modelo de colaboración público-privada y que, en muchas ocasiones están relacionadas con un incorrecto control por parte de la Administración de los contratos existentes y con la redacción de pliegos muy «formales», que no han puesto atención en la correcta ejecución del contrato ni en cierta «sensibilidad» social de los mismos y que han permitido en ocasiones cierta depredación de lo público³.

¹ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021.

² Vid. en este sentido, T.R. FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

³ Este carácter depredador de lo público es advertido por F. CAAMAÑO (en el libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017, p. 26) como una

Así, la principal estrategia para liderar una nueva cultura de gobernanza en la contratación pública pasa necesariamente por la redacción de un pliego de licitación bien pensado, que regule con precisión las posibles incidencias de su ejecución y que, sobre todo, «incentive» al correcto cumplimiento y cumpla con los derechos sociales⁴.

1.1. El valor del pliego en una correcta ejecución

El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de una cualquier contrato público o concesión⁵. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidad de arbitraje, etc. En pliego debe regular el correcto ejercicio de las facultades de supervisión y vigilancia del poder adjudicador, pues como advierte el profesor S. Muñoz Machado, la Administración en modo alguno puede abstraerse del ejercicio de estas facultades para dejar en las manos del contratista el cumplimiento, pues se pone en riesgo el interés público⁶.

Además, el carácter complejo de las fórmulas de colaboración público-privada y su larga duración (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos)⁷, aconsejan también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad⁸.

de las debilidades de las fórmulas de colaboración público privado. Como señala F. Fracchia, ante los casos de «egoísmo del mercado», lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público (F. FRACCHIA, «Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización», en el libro colectivo *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Madrid, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 94-95). Este autor nos recuerda como en el dilema ente gestión pública y externalización el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril) en la elección de la modalidad de gestión del servicio se decanta a favor del mercado.

⁴ P. SALA SÁNCHEZ, «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», *Revista española de control externo*, vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

⁵ Vid. M. A. BERNAL BLAY, «Las leyes del contrato (los pliegos): contenido esencial y formas de control» en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 957-995 y J. COLAS TENA, «Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas», en el libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. 2, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1405-1440.

⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *Contratos del Sector Público*, t. XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.ª ed., Madrid, BOE, 2018.

⁷ Como bien ha recordado M. Fuertes, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09. M. FUERTES, «Los riesgos del riesgo de explotación», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

⁸ Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo J. GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de L. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002. Igualmente, interesa

Además de las previsiones expuestas, para preservar la mejor calidad, debe reflexionarse, al diseñarse al pliego, sobre la conveniencia de incorporar nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución, tal y como se prevé de forma expresa en el art. 102.6 LCSP al afirmar que «Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso»⁹. Así, por ejemplo, la experiencia del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del «pago en salud por resultado conseguido», puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles¹⁰. Como indica M. Porter, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de *outcomes* y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

destacar el estudio de L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, Milano, FrancoAngeli, 2009 y el trabajo de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2014. Y más reciente el trabajo de J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *Leyes de la Corrupción y Ejemplaridad Pública*, Amarantes, 2019, donde se insiste en la herramienta de la ejemplaridad pública frente a la ley del abuso de poder (y a gobernanza ética frente a la ley de la historicidad). A modo de ejemplo en la práctica, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública, aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

⁹ Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. A. PEÑA OCHOA, «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p.950.

¹⁰ M. PORTER (junto con Thomas H. LEE) publica un interesante artículo («The strategy that will fix health Care», *Harvard Business Review*, octubre, 2013, pp.50-69) donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta iniciada en su libro (con E. TEISBERG), *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.

Y, por supuesto, como complemento ineludible a la correcta ejecución, debe contemplarse un modelo de penalidades contractuales por incumplimiento de las condiciones de la concesión, o de su calidad, o de los deberes del concesionario, que «blinde» el interés público ante un escenario de deficiente o inadecuada prestación del interés público¹¹. La nueva LCSP es clara al habilitar y fomentar esta opción, con umbrales de penalidad que claramente tienen fuerza «disuasoria» que deben servir de freno a incumplimientos que conduzcan a una resolución anticipada¹². Obviamente, el diseño y aplicación de las penalidades deberá respetar el principio de proporcionalidad¹³.

1.2. Un correcto diseño de la vigilancia del contrato

No puede desconocerse el hecho de que, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por concesionarios la verdadera causa de su mal funcionamiento¹⁴. Función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T.R. Fernández, es la verdadera esencia de la doctrina de G. Jeze

¹¹ Sobre el uso «estratégico» de las condiciones especiales de ejecución *vid.* J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en el libro colectivo E. GAMERO CASADO y I. GALLEGU CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp.2183-2190.

¹² Interesa destacar el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia 1689/2019, de 21 de mayo (Rec. núm. 1372/2017), al afirmar que la imposición de penalidades no está sujeta a un plazo de caducidad, ni requiere tramitar el procedimiento sancionador de la legislación de procedimiento administrativo, dado que q estas medidas de carácter coercitivo «constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución de los contratos» [...] La penalidad carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual y, en lo procedimental, se ubica en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, por lo que no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución. La imposición de penalidades supone el ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración. Constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato no sometida a un procedimiento autónomo sometido a un plazo de caducidad, no es de aplicación supletoria la caducidad regulada en el 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 —actualmente, arts. 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015—.

¹³ La proporcionalidad de toda actuación o decisión administrativa ha sido encumbrada a principio general del Derecho Administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación 4978/1996, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 15 de abril de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1414/2001). Este principio se recoge ahora expresamente en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva.

¹⁴ Por supuesto que esa decisión puede ser comprensible y razonable o ser injustificada y arbitraria, o explicarse solamente con argumentos banales o demagógicos, con diferentes niveles entre una y otra calificación. Pero, así como en las relaciones entre particulares no siempre es jurídicamente preciso conocer cuáles son los motivos que han llevado a una parte a incumplir un contrato, cuando se trata de la Administración, que en teoría *sirve y pertenece a todos*, esas razones han de ser conocidas y públicamente expuestas, como consecuencia de la exigencia general de motivación en todos los actos de la Administración. Eso significa que también las razones profundas que empujen a la Administración a llegar a esa decisión merecerán su propia valoración y control jurídico.

en relación con los servicios públicos¹⁵. Por ello, nunca podrá abdicar una Administración diligente de los principios de adecuado control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos.

Para dar respuesta a esta posible problemática, el pliego debe hacer referencia a la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio, ex art. 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual¹⁶. El responsable del contrato (puede ser una persona jurídica), tiene un elenco abierto de competencias, que debe determinarse por el órgano de contratación en los pliegos, que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan órgano de contratación, como de preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos¹⁷. Y para las concesiones el art. 62.3 indica que «la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra». Interesa destacar como el control de la calidad y la correcta satisfacción del interés público inherente a toda concesión se conformar como ejes irrenunciables y señas de identidad de la nueva gobernanza en el funcionamiento de la colaboración público-privada¹⁸.

¹⁵ T.R. FERNÁNDEZ, «León Duguít en España y en español», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44. Por ello, justificar una prerrogativa pública para «reinternalizar» en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando estas son causa de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público resulta, cuando menos, una paradoja.

¹⁶ Esta figura, como nos recuerda J.C. GÓMEZ GUZMÁN en su blog *auditoriadecostes*, en la entrada sobre el responsable del contrato, es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en la legislación americana, en las *Federal Acquisition Regulations* (FAR) –Subpart 42.3– se regulan las funciones del *contract administration office* (CAO) con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando este se designe: a) Desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) Realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) Mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen la naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados; decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos. d) Aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) Informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) Recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

¹⁷ Una cláusula sencilla en un pliego, como propone M. Ruiz Damiel, podría consistir en lo siguiente: *Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato* (M. RUIZ DAMIEL, «El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *obcp.es* (18 de junio de 2018).

¹⁸ Sobre la figura del responsable del contrato interesa el trabajo de J. DE LA MORENA LÓPEZ, «Responsable del contrato “in vigilando”», *Revista Gabilex*, núm. extraordinario vol. II, marzo 2019, pp. 643-656.

Por otra parte, para esta nueva «estrategia de cumplimiento y gobernanza de las concesiones», hay que reseñar la nueva previsión del art. 190 LCSP, en relación con las prerrogativas, al señalar que *el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato*. Este reconocimiento a la inspección del contrato refuerza la idea de la importancia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe ser, sin duda una herramienta esencial para asegurar el correcto cumplimiento.

En todo caso le corresponde proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP) y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art. 311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista/concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues, como ha advertido A. Sanmartín Mora, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Y en ausencia de personal cualificado, en especial por Administraciones locales, deberá utilizarse los mecanismos de cooperación supramunicipal existentes¹⁹.

Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga blo-

¹⁹ Esta situación aconseja un debate, que va más allá del objetivo de este trabajo, sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran Ayuntamiento. En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Como indica F. Velasco Caballero, una administración local es tendencialmente ineficaz cuando la ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular [F. VELASCO CABALLERO, «La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones», en J.M. GIMENO (coord.), *La Organización Local. Nuevos Modelos*, Cizur Menor, Civitas-Aranzadi, 2011, p. 138]. Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quien la debe detentar sino cómo es posible una mejor gestión competencial.

quear la eficiencia de la contratación²⁰. En consecuencia, la figura del responsable del contrato y sus concretas funciones es la clave para un correcto cumplimiento del fin público que es causa de toda colaboración público-privada²¹.

Muy importante en la gobernanza en la ejecución de la colaboración público-privada es preservar la equidad en las condiciones sociales y laborales de sus trabajadores, lo que va intrínsecamente unido a una mejor calidad de la prestación. Procede «rearmar» el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como se fomenta por la nueva LCSP y se ha reconocido, por ejemplo, en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al afirmar que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato. Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores, el citado Tribunal Administrativo declara que: «la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el art. 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato»²². En todo caso, el TACPA advierte que no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que «fuercen» la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competen-

²⁰ A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública...», *op. cit.*, pp.408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También E. MALARET, «El nuevo reto de la contratación pública...», *op. cit.*, pp.38 y ss.

²¹ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2013 ha advertía de la importancia de esta figura señalando que «El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador».

²² Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario Gobierno Local*, núm.20, 2017, pp.241-287. También A.B. CASARES MARCOS, «Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución», en el libro colectivo *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018, pp. 123-152. Interesa también el trabajo de D. GORDO CANO, «Desafíos y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 127, septiembre-diciembre, 2023, pp.63-115.

cia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución de la concesión y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1154/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal—, y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (art. 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15—²³. Otro tanto sucede con las condiciones de ejecución ambientales, que pueden desempeñar un importante papel en el cumplimiento de la estrategia «verde» en tanto garantizan un cumplimiento ecológico de la prestación contratada²⁴. Se constata, pues, una clara filosofía estratégica en la ejecución del contrato, lo que aconseja una adecuada supervisión (no meramente formal) sobre el correcto cumplimiento.

2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LO PACTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Hoy el contrato público va más allá de nuestro tradicional (y superado) contrato administrativo (como bien ha recordado Meilán Gil). En lo que se refiere a la contratación pública —ya no solo contrato administrativo— se constata como se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales), se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se «escora» la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como

²³ Son de interés las conclusiones contenidas en el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública: a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores. b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación. c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso.

²⁴ Sobre esta cuestión muy interesantes las reflexiones de C. DE GUERRERO MANSO, «La inclusión de condiciones especiales de ejecución...», *op. cit.*, pp. 141-177. También M. R., DELGADO FERNÁNDEZ, «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en X. LAZO VITORIA (dir.), *Compra pública verde*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 175-188.

elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de cuentas²⁵. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como «privilegios en más, privilegios en menos» se inclina hacia este último aspecto (lo que explica que ya no exista un *ius variandi* en los contratos públicos)²⁶. En esta perspectiva la fase de ejecución y cumplimiento adquieren especial relevancia, como bien ha explicado el profesor G. Fernández Farreres²⁷.

En todo contrato público (en especial los de naturaleza concesional) es regla fundamental que el contratista/concesionario asuma los riesgos propios de la gestión de la concesión, respetando el principio de *pacta sunt servanda* y la lógica de la equivalencia de las contraprestaciones pactadas. Es la lógica de la conocida regla en el derecho contractual del riesgo y ventura (art.197 LCSP). Regla que deriva del carácter inmutable del contrato y que representa un elemento de aleatoriedad de sus resultados económicos que, de acuerdo con la referida STS de 28 de octubre de 2015 (recurso de casación núm. 2785/2014, ECLI:ES:2014:2785), «significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación». Y que tiene una excepción en los supuestos de fuerza mayor, contenido de forma expresa en el art.239 LCSP [cuyo alcance se explica bien la STS de 13 de febrero de 2018, en recurso de casación 2832/2015 (ROJ: STS 438/2018 - ECLI:ES:TS:2018:438)].

Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de «gestión de servicios públicos», como bien explicara Ariño Ortiz²⁸, «el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura

²⁵ Me remito a J.L. MEILÁN GIL, «Las prerrogativas de la Administración...», *op. cit.*, pp. 11-41.

²⁶ Sobre esta cuestión, por todos, J.M.GIMENO FELIÚ, «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2010, pp.29-54, *Id.*, «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en el libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 83-140; I. GALLEGO CORCOLES, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 107-167; J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015 y X. CODINA GARCIA-ANDRADE, *La modificación de los contratos del sector público*, Madrid, BOE, 2020.

²⁷ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *Revista de Administración Pública* núm.216, 2021, pp. 47-90.

²⁸ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Alcalá de Henares, ENAP, 1968.

de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado». El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado y se rompe el equilibrio²⁹.

En consecuencia, ante situaciones «nuevas ajenas al objeto y diseño inicial de la concesión» permanece abierta la posibilidad de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión mediante la modificación contractual, siempre que no se afecte a los principios que rigen la contratación pública en el Derecho comunitario y, más específicamente, que pueda entenderse que la modificación contractual encubre una nueva adjudicación realizada al margen de los procedimientos establecidos y, por tanto, en contradicción con los principios de publicidad y concurrencia. Sin embargo, en la práctica existe una clara «resistencia» a la correcta aplicación de este principio, lo que genera inseguridad jurídica y desinterés de las empresas a participar en las licitaciones³⁰.

En todo caso, puede ya adelantarse que las actuaciones de reequilibrio económico de la concesión pueden consistir no solo en un incremento de la cuantía del peaje o tarifa a percibir por el concesionario de cada usuario de la obra, sino que también pueden afectar a otros elementos de la contraprestación, como la duración de la concesión o la introducción de un precio (o indemnización) a pagar por la Administración concedente, sin que tal cosa altere la naturaleza del contrato de concesión de obra.

Es sabido que, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Por ello, toda colaboración público-privada (en especial en modelos de concesión, con transferencia de riesgo operacional) exige unas reglas claras que preserven la equivalencia de las prestaciones en ambas partes, prestaciones

²⁹ Vid. A. J. FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, «La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, pp. 11-46. Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe —STS de 27 de octubre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:6531— bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2015:2936) ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

³⁰ Como explica J.A. SANTAMARIA PASTOR, «si la legislación de contratos ofrece múltiples aspectos susceptibles de mejora, es igualmente obligado reconocer que la labor de la doctrina y la jurisprudencia no ha sido capaz de cubrir estas lagunas. La primera (que no se ha caracterizado por su abundancia), se ha limitado a esbozar una serie de conceptos, importados con cierta precipitación de la doctrina y jurisprudencia francesas y dirigidos a corregir las situaciones de anomalía contractual: me refiero a los de *ius variandi*, fuerza mayor, hecho del príncipe, equilibrio económico y riesgo imprevisible, nociones cuyo contenido, alcance y consecuencias indemnizatorias o compensatorias no se han llegado a puntualizar con rigor, y que, además, se aplican un tanto caóticamente a cualquiera de dichas situaciones. No es de extrañar, por tanto, que la jurisprudencia haya recaído en las mismas inconsistencias, asumiendo pacíficamente este deficiente planteamiento doctrinal e intentando resolver con estos conceptos las múltiples reclamaciones que se suscitaban en vía contenciosa». Cfr. «Relación conclusiva», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, p. 93.

que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse un adecuado plan económico-financiero) que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y dé, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento de lo pactado en sus propios términos ³¹.

Este principio tiene especial incidencia en cualquiera de los modos de concesión por los que se explota un servicio público. En las concesiones, sean de obras o de servicios públicos, como a los demás contratos administrativos, se aplican los principios jurídicos de intangibilidad, es decir, de sujeción de las partes a lo pactado (con anterioridad art. 209 del TRLCSP y en la legislación vigente art. 189 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, «vinculación al contenido contractual») y de riesgo y ventura del contratista (por ejemplo, art. 215 TRLCSP, actualmente art. 197 de la Ley 9/2017, y concordantes) ³². Y así se ha recordado en la Sentencia del Tribunal Supremo 956/ 2015, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2015:956) al negar que el mero hecho de disminución del tráfico en una autopista de peaje, sin actuación administrativa que la explique ni imprevisibilidad, permita «revisar» los elementos financieros de la concesión.

El principio de riesgo y ventura se manifiesta con especial intensidad en las concesiones, tanto de servicio público como de obra, puesto que son contratos de larga duración en los que la contraprestación en favor del contratista consiste, al menos en una parte muy relevante, en la explotación del objeto de su propia prestación, es decir, de la obra pública que construye y mantiene o del servicio público que gestiona.

El denominado riesgo de explotación (es decir, el riesgo derivado del grado de utilización de la obra o servicio) *es un elemento esencial de la concesión* [en este sentido, arts. 7; 242; 246 b); 255 y 281 TRLCSP, entre otros; con contenidos equivalentes en los arts. 14; 254; 258 b); 267 y 289 de la Ley 8/2017]. Un grado suficiente de riesgo de utilización o demanda (como alternativo al de disponibilidad, más presente en otros contratos, y conjuntamente con el riesgo de construcción) es un elemento exigido por Eurostat —la Oficina Europea de Estadística, dependiente de la Comisión— para no computar el endeudamiento asumido por el concesionario o contratista para abordar las inversiones vinculadas al contrato como endeudamiento público ³³.

³¹ F. FRACCHIA señala que la característica más particular de la concesión es el hecho de que el concesionario sustituye a la Administración en la «gestión del riesgo» de un servicio o de una estructura (habitualmente junto a la «gestión» de una operación financiera global). Es precisamente una manifestación de que un empresario concreto está llevando a cabo una actividad que, en ausencia de la concesión, debería realizar la Administración. Vid. F. FRACCHIA, «Concessione amministrativa», en A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI y R. COSTI (eds.), *Annali I. Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2008, pp. 250-277.

³² Sobre la aplicación del concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos ha tenido una especial influencia el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, pp. 83-108, elaborado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949.

³³ En especial la Decisión 18/2004, de 11 de febrero (un resumen de su contenido en la *News Release* 18/2004), que concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas (*New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships*).

En el contrato administrativo se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos, lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante la modificación del contrato, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos. Por ello, la Administración Pública dispone de prerrogativas, como es el caso de la *potestas variandi* —el tradicionalmente denominado *ius variandi*— o prerrogativa de modificación unilateral del contrato, por motivos interés público, mediante compensación (por ejemplo, 203 a 205 LCSP). Como contrapartida del otorgamiento de tales prerrogativas (con independencia de su efectivo ejercicio) y como consecuencia de la configuración del contratista como un colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos perseguidos con el contrato, *el Derecho administrativo también garantiza al contratista una remuneración suficiente*. Dada su condición de contratos de larga duración, en las concesiones administrativas ese principio básico de remuneración suficiente del contratista —la denominada «*honesta equivalencia de prestaciones*» entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio, formulación doctrinal perfectamente interiorizada por la jurisprudencia—, se ha de completar necesariamente con el principio de *mantenimiento del equilibrio económico-financiero durante toda la vida del contrato*³⁴.

La Oficina Estadística de la Comisión (Eurostat) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (con anterioridad el sistema contable conocido como SEC-95, ahora sustituido por el SEC 2010). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros. Según EUROSTAT, para que la inversión en los activos vinculados a una fórmula de CPP no compute como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: a) que el socio privado (concesionario) soporte el riesgo de la construcción, y b) que este socio privado soporte igualmente al menos uno de los siguientes riesgos: de disponibilidad o de demanda. Si se cumplen estas condiciones —acumulativas— los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por tanto, fuera del «perímetro» de déficit de la Administración Pública.

³⁴ 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*. Su art. 6.3 dispone expresamente que: «*Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité*». Mientras que el apartado 4 añade que: «*L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat*». 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, en este caso a la renegociación del precio del contrato, cuando sobreviene un riesgo imprevisible que rompe el equilibrio originario del contrato. Pero las conecta del siguiente modo. El art. 9, que consagra expresamente el principio de conservación del equilibrio contractual, dispone en sus dos primeros apartados lo siguiente: «*1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. [...] 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica [...]*». Mientras que

Esto supone que *la concesión no solo debe nacer equilibrada económica y financieramente, sino que el equilibrio debe mantenerse durante toda la vida de la concesión*, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, como un deber de la Administración Pública concedente y un derecho del concesionario privado.

Evidentemente, existe tensión entre el principio de riesgo y ventura, por un lado y el juego conjunto de los principios de remuneración suficiente y de mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión por otro. Sin la existencia de riesgo y ventura, la concesión perdería una de las características que la definen jurídicamente, por lo que la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero ha de ser matizada y prudente. No obstante, una aplicación prudente no es una aplicación restrictiva, como si el principio de equilibrio tuviera carácter excepcional: existe un auténtico derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, derecho que matiza el riesgo concesional ante determinadas circunstancias, mediante la utilización de técnicas determinadas, aunque deban ser aplicadas con prudencia³⁵.

El carácter esencial del principio de reequilibrio se pone de manifiesto en la exposición de motivos del texto legal que moderniza la figura jurídica, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuando señala que «para que la concesión conserve su naturaleza, el equilibrio económico contractual deberá recomponerse cuando se altere por las causas tasadas que la Ley establece, el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario».

Así, inherente al concepto de «riesgo» en toda concesión (ahora denominado «riesgo operacional» en la Directiva 2014/23, de concesiones) es la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, es un elemento esencial, pues riesgos sobrevenidos ajenos a la oferta (en su contexto) o la correcta diligencia en la gestión empresarial, pueden ser un impedimento —o un excesivo sobrecoste financiero— a las inversiones que exigen este tipo de contratos. Así, en los casos de *factum principis* —que deben englobar

el art. 120, que se refiere a la modificación de los contratos en curso de ejecución, establece en su apartado 8 que el contrato será siempre modificable en el sentido del art. 9 y de conformidad con sus cláusulas de renegociación, la cual, si no está prevista, puede ser instada de inmediato por el contratista a la Administración y, en ambos casos, si no se llega a un acuerdo se puede acudir al Juez para obtener una adecuación del contrato al equilibrio originario. Al respecto interesan las reflexiones de T. CANO CAMPOS, «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023, pp. 100-124. También J. CARRILLO DONAIRE, L. ÁLVAREZ MEDINA, J. TARACÓN BADÍO y F.B. CARMONA, «Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, vol. I, 2023.

³⁵ Vid. A. J. FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, «La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, pp. 18 y 34.

cualquier decisión administrativa o incluso legislativa— que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos, debe procederse al equilibrio financiero de lo pactado, con el fin de evitar que se distorsione indebidamente la tasa interna de rentabilidad (TIR) sobre la que se estableció la explotación de la concesión³⁶.

Toda concesión (como cualquier contrato) se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide —más bien lo contrario— el reequilibrio financiero, pues como ha advertido el Consejo de Estado a propósito del principio de riesgo y ventura, «el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003, Expediente 3.344/2002)³⁷.

No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato de naturaleza concesional conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarían las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia, pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario.

Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública incorpora, en la lógica del principio del Derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato³⁸.

El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato *falla el reparto de riesgos pactado* por causas imprevisibles y no imputables a una falta de diligencia del concesionario³⁹.

³⁶ Por supuesto, no debe ser utilizada en caso de una gestión no adecuada de la concesionaria con el fin de retornar y recuperar los iniciales índices de retorno o de rentabilidad.

³⁷ Sobre este concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el ya citado trabajo, elaborado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, pp. 83-108.

³⁸ J.L. VILLAR EZCURRA, «El principio de riesgo y ventura», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 525 y ss.

³⁹ Teoría del riesgo imprevisible, introducida en Derecho francés por el *Arrêt del Conseil d'État* de 24 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. En este supuesto, la sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio de Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, sin embargo fijaba un tope máximo que el precio del gas no podría rebasar en ningún caso. La guerra de 1914-1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón, por encima de todo cálculo, hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no po-

En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico⁴⁰.

Existe, en definitiva, un *límite* a la regla de todo contrato público por la que se entiende que son a riesgo y ventura (entre otras, Sentencia Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, Recurso 763/2007. ECLI: ES:TS:2009:6531).

dría seguir asegurando el servicio en tales condiciones si el municipio no venía en su ayuda. Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, este no solo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en el célebre *arrêt* de 30 de marzo de 1916 que el municipio de Burdeos tenía el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, en el de abonarle una indemnización capaz de compensarla del aumento del precio del carbón, a menos que ambas partes no prefiriesen celebrar un nuevo convenio acordando la elevación del precio de los suministros de gas a pagar por los usuarios. El tenor literal de esta importante decisión jurisprudencial, que abrió un camino nuevo en la contratación administrativa, expresa certeramente los términos concretos del conflicto que la teoría de la imprevisión trata de resolver, así como las condiciones precisas en que tal doctrina puede ser legítimamente aplicada. Resulta por ello obligado transcribir aquí uno de sus considerandos:

«Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable de transporte por mar en razón a la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, ese alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene carácter excepcional, sino que entraña en la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del «cahier de charges» (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un *álea* ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual corresponderá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado».

⁴⁰ Y es que como bien indicará el *Conseil d'État* francés: «Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión» (*Arrêt Compagnie générale française des tramways*, de 21 marzo 1910).

También lo ha reconocido así claramente el Consejo de Estado en su Dictamen de 27 de julio de 2005⁴¹, fijando los límites:

Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites. Pero estos vienen determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. La concesión, habida cuenta su proyección contractual, está sujeta al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su *arrêt* de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*), bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el concesionario. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado.

Como se ha dicho, nuestra jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que *toda concesión tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones y que esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero*. En este sentido, en la STS de 20 de diciembre de 1986 (ECLI: ES:TS:1986:8764) se afirma que «cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión». En idéntico sentido se pronunció también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (recurso 2296/1992.ECLI: ES:TS:2000:6546), también a propósito de una concesión administrativa otorgada por un Ayuntamiento para la construcción y mantenimiento de una estación de autobuses:

Estas valoraciones permiten llegar a la conclusión que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión «equilibrio económico de la concesión», que no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al

⁴¹ En el mismo sentido y en términos prácticamente literales se ha pronunciado el Consejo de Estado en múltiples ocasiones, pudiéndose citar, entre otros muchos, los dictámenes de 26 de julio de 2001, número de expediente: 1075/2001; de 5 de mayo de 2005, número de expediente 635/2005; o los de 17 de julio de 2014, números de expediente 326/2014 y 667/2014.

concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, lo que condiciona el concepto equivalencia comercial y ecuación financiera del contrato de concesión, por lo que debe mantenerse dicho equilibrio económico [...].

En general, la obligación de mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración, se ha afirmado expresamente en jurisprudencia constante del Tribunal Supremo desde de 1968 hasta la actualidad⁴².

En todo caso, en los supuestos de necesidad de reequilibrio no hay una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que corrige o adapta la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar este cuando es claramente desproporcionado para una de las partes. En palabras de M. Hauriou, es un principio de justicia distributiva⁴³.

No pueden existir, en palabras de M. Fuertes, riesgos sobre el riesgo⁴⁴. Por ello debe preservarse la regla del equilibrio financiero del contrato de concesión, que se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el «reajuste» de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía de la concesión. Obviamente, mediante estos reajustes no pueden ser corregidos en beneficio del concesionario los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación⁴⁵. Así, es

⁴² Interesa el trabajo de J.A. SANTAMARÍA PASTOR, «¿Riesgo sin ventura? Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 y 19 de febrero de 2020», *Revista de Administración Pública*, núm. 214, 2021, pp. 135-164.

⁴³ M. HAURIU, «L'imprévision et les contrats dominés par des institution sociales», en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, vol. 23, pp. 129 y ss.

⁴⁴ M. FUERTES, «Los riesgos del riesgo de explotación», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239.

⁴⁵ Lo que impide, por ejemplo, ampliaciones de plazos (prórrogas) no pactadas, que diluyen el riesgo y alteran las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión J. ARGUDO GONZÁLEZ, «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 26, 2011. Como bien afirma, «sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación» (p. 23). En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que «De los arts. 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la

el principio de equivalencia de prestaciones en las concesiones el que aconseja permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como a la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados⁴⁶.

La jurisprudencia es clara⁴⁷. Al respecto resulta conveniente recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2004 (recurso de casación núm. 6763/1998, ECLI:ES:TS:2004:2573) de especial interés en la medida en que se enmarca en el Derecho local, aunque se refiere a un aparcamiento público:

La doctrina expuesta tiene perfecto encaje en nuestro Derecho positivo municipal, en el que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 [arts. 126.2.b), 127.2.2, 128.2.2 y 152.3] acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, comprensivo tanto del hecho del príncipe (apartado a), como de la teoría de la imprevisión (en el apartado b), destacando el art. 129.4 la naturaleza de principio excepcional reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 13 de enero de 1958, 24 de noviembre de 1962, y 13 de abril, 22 de octubre y 23 de noviembre de, 5 de marzo, 14 de octubre de 1982 y 9 de octubre de 1987 entre otras).

También ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, así en sentencias de 6 de junio de 1975, 11 de julio de 1978, 23 de diciembre de 1980, 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 1 de marzo de 1983, 3 de enero de 1985, 11 de junio de 1986 y 22 de febrero de 1988, el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional, amparado en las previsiones contenidas en los artículos 116.3, 127.2.2.a) y b), 128.3.2, 129.3 y 5 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Debe insistirse en que la *técnica del reequilibrio financiero del contrato, que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, permite «ajustar» la retribución del contrato en el contexto de la oferta inicial, sin que ello suponga modificar el contenido del contrato en el sentido de ius variandi, incluyendo como costes cuestiones distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario*. En consecuencia, hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 18 de noviembre de 1986. ECLI: ES:TS:1986:6360). Y es así desde la lógica del principio de equidad y buena fe —SSTS de 27 de octubre de 2009 y de 17 de mayo de 2012—, porque cuando existen hechos imprevisibles que, aun con

concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

⁴⁶ No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa. J.A. FUENTEAJA PASTOR, «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, p. 187.

⁴⁷ También en la Doctrina administrativa. Dictámenes de la Abogacía del Estado 5/1993 y 38/2002.

una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original, lo que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas⁴⁸.

No puede alegarse el hecho de que la legislación no reconoce explícitamente el supuesto de imprevisibilidad. Aunque en el TRLCSP (y ahora la LCSP) parecía configurarse una lista tasada de supuestos en que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sin incluir la imprevisibilidad, otras normas y principios generales del Derecho de aplicación a estos contratos pueden justificar el reequilibrio económico del contrato concesional. De hecho, el propio Consejo de Estado advertía en su Dictamen sobre el anteproyecto que daría lugar posteriormente a la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que «[...] no se considera del todo adecuado enunciar, con carácter tasado, los supuestos en que “exclusivamente” habrá de restablecerse el equilibrio económico-financiero, pues de ordinario son muy diversos los supuestos en que tal restablecimiento puede resultar procedente [...]».

Criterio o regla de reequilibrio también determinada en la legislación especial. Así, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, regula el principio de reequilibrio concesional en el art. 24, estableciendo que, cuando el Gobierno modifique por razón de interés público las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, afectando con ello al régimen económico-financiero de la concesión, se «procurará de nuevo el equilibrio (económico-financiero de la concesión) de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora»⁴⁹. Buen ejemplo de ello constituye el Real Decreto 2219/2004, de 26 de noviembre, por el que se adoptaron, en cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003, medidas para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión, alterado como consecuencia de la aplicación del R.D. 429/2000⁵⁰, de 31 de marzo, y en virtud del cual se prorrogaron las tarifas y peajes vigentes en las autopistas de peaje de titularidad de la Administración General del Estado. La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo anuló este último Real Decreto y determinadas resoluciones del Ministro de Fomento, de 1 de abril de 2000, dictadas en su ejecución, y obligó al Estado, con la aprobación del RD 2219/2004, a

⁴⁸ Como ya se ha señalado, decía Hauriou que es un principio de justicia distributiva, pues *de lo contrario se produce un enriquecimiento injusto de la Administración*, razonamiento que ha tenido eco en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1991, 17 de diciembre de 1997 o 19 de enero de 1998. Remontándose más, sería de aplicación el conocido aforismo romano *impossibilia nulla obligatio* (Celsus, Digesto 50, 17, 185).

⁴⁹ Esta previsión fue introducida por el art. 76 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de *Medidas fiscales, administrativas y del orden social*.

⁵⁰ En este Real Decreto se estableció, por razones de interés público, la prórroga de las tarifas y peajes que se venían aplicando hasta que se aprobase el nuevo procedimiento de revisión de tarifas y peajes en sustitución del entonces vigente, previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero. Ese nuevo procedimiento se estableció por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y la aplicación temporal del régimen establecido en la disposición anulada dio lugar a la necesaria compensación.

compensar económicamente a las concesionarias⁵¹ afectadas por la diferencia entre los peajes percibidos y los que hubieran resultado de la aplicación del procedimiento de revisión de tarifas y peajes previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero, desde el 1 de abril al 31 de diciembre de 2000, ambos inclusive, así como por los intereses devengados desde el punto medio del período considerado hasta el momento de percepción de la compensación que a cada uno le correspondía. Superado este periodo, y desde el 1 de enero de 2001, el nuevo procedimiento de revisión de tarifas sería el regulado en el art. 77 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, cuerpo legal que parte de una congelación de tarifas durante el año 2000 prevista en el apartado primero de su disposición transitoria sexta.

En el fondo, esta obligación de reequilibrio se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por ello, desde una interpretación teleológica *se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando «el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado» (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) con independencia de que «la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (factum principis), bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor»*, continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados⁵². En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio «debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013)⁵³.

⁵¹ El Real Decreto anulado afectó a las concesiones de las autopistas Montmeló-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo, concedidas a Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Villalba-Villacastín-Adanero, concedida a Iberpistas, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Tarragona-Valencia, Valencia- Alicante y Sevilla-Cádiz, concedidas a Autopistas Aumar, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Bilbao-Zaragoza, concedida a Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Ferrol-frontera portuguesa, concedida a Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Burgos-Armiñón, concedida a Europistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; León-Campomanes, concedida a Autopista Concesionaria Astur -Leonesa, Sociedad Anónima, y Málaga-Estepona, concedida a Autopista del Sol, Concesionaria Española, Sociedad Anónima.

⁵² No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, como señala J. A. FUENTEAJA PASTOR, «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, p. 187.

⁵³ Por Auto TS, de 6 de mayo de 2021, dictado en recurso de casación 7119/2019 (ROJ: ATS 5834/2021 - ECLI:ES: TS:2021:5834A), se admite un recurso de casación referido a un contrato de concesión para construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo donde la mercantil recurrente planteaba si los concesionarios de aparcamientos subterráneos que tras la

En esta línea, la STS de 14 de julio de 2010 (recurso de casación núm.21/2008, ECLI: ES:TS:2010:4328) ha admitido la técnica del reequilibrio cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo —lo que se debe examinar desde la globalidad del contrato—, que no pueda entenderse comprendido en la estipulación general de asunción del riesgo y ventura por el contratista, implícita en toda contratación de obra pública.

Debe destacarse que, si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto o sin causa de la entidad contratante—, *ese equilibrio juega en ambas direcciones*, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante. Por supuesto, el reequilibrio financiero de una concesión no puede responder a cambios puestos a disposición del servicio por parte del contratista, por voluntad propia, y que no han sido exigidos por la Administración. Si bien ello puede repercutir en la mejora del servicio, no puede alegarse para solicitar la revisión de las tarifas por la ruptura del equilibrio económico de la concesión, pues ello debía haber sido previsto al realizar su proposición⁵⁴.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (recurso de casación núm.2296/1992, ECLI:ES:TS:2000:6546), «*el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo*». Esto significa que, de existir unas nuevas condiciones que rompan la regla *rebus sic stantibus intelligitur*, debe procederse al necesario reequilibrio. Y, en consecuencia, los reajustes a efectuar no pueden alterar en beneficio del concesionario los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR, en tanto que con ello se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación.

La idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica es un elemento esencial, pues riesgos sobrevenidos ajenos a la oferta (en su contexto) o la correcta diligencia en la gestión empresarial, pueden ser un impedimento —o un excesivo sobrecoste financiero— a las inversiones que exigen este tipo de contratos concesionales. Criterio que, incluyendo como elemento propio en riesgo imprevisible, ha reconocido de forma indubitada —con sus

adjudicación del contrato concesional se ven sujetos al pago del IBI como consecuencia de la sobrevenida desaparición de la exención a resultas de la Ley 14/2000, tienen la posibilidad de instar el reequilibrio de la concesión ante un hecho que pueda calificarse de sobrevenido e imprevisible y que, en definitiva, se configura como excepción al principio general del riesgo y ventura.

⁵⁴ Vid. Informe 5/2004, de 18 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre «modificación de contratos de gestión de servicios públicos. Revisión de precios. Principio de riesgo y ventura y equilibrio económico-financiero. Límites». Emitido en relación con una solicitud de reequilibrio basada en el incremento de los costes del servicio como consecuencia del cambio operado en el personal puesto al servicio por el concesionario, pp. 2-3.

límites— el Tribunal Supremo [por todas la Sentencia de 11 de julio de 2023 (recurso 1701, de 2016)].

No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato de naturaleza concesional, conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarían las inversiones en estos contratos, a la vez que quebrantaría el principio de seguridad jurídica y de buena fe (expresamente reconocido en el art. 1258 del Código Civil, aplicable como criterio interpretativo). Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia, pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública incorpora, en la lógica del principio del Derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato.