



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2018/2019
Convocatoria: 1ª (Marzo)

[LA INCIDENCIA DE LAS DECISIONES PÚBLICAS SOBRE EL RIESGO OPERACIONAL Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS]

[THE INCIDENCE OF PUBLIC DECISIONS ON OPERATIONAL RISK AND THE ECONOMIC BALANCE OF THE CONCESSIONS SERVICE'S CONTRACT]

Realizado por el alumno D. Gabriel Alejandro Morales Lerche

Tutorizado por el Profesor Dr. Luis Fernando Prieto González

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas

Área de conocimiento: Derecho Administrativo



ABSTRACT

The package of European Contracting Directives 2014 has included for the first time within its regulation the administrative contract for the concession of services, consequently, after the transposition of these, everything seems to indicate that this contract has changed, thus changing the traditional conception that in our legal order for the indirect management of public services.

Operational risk is the central element of the new concession, both in terms of work and services, and it is a new legal concept in our legal system, so it is worth trying to demarcate its scope, to know how much it will disrupt the way it is they will provide the services of the different administrations from now on.

On the other hand, it is also worthwhile to try to analyze how different provisions of the different public powers can have an impact on operational risk and also on the economic equilibrium of the contract, but in this paper, given the limited nature of this, we will only discuss this issue as regards the service concession contract

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El paquete de Directivas europeas de contratación de 2014 ha incluido por primera vez dentro de su regulación el contrato administrativo de concesión de servicios, en consecuencia, tras la trasposición de estas, todo parece indicar que dicho contrato ha mutado, trastocando así la tradicional concepción que en nuestro ordenamiento regía para la gestión indirecta de servicios públicos.

El riesgo operacional es el elemento central de la nueva concesión, tanto de obra como de servicios, y es un concepto jurídico novedoso en nuestro ordenamiento, por ello, merece la pena intentar deslindar su alcance, saber hasta qué punto trastocará la forma en que se prestarán los servicios de las distintas administraciones a partir de ahora.

Por otro lado, también merece la pena intentar analizar como distintas disposiciones de los distintos poderes públicos pueden llegar a incidir en el riesgo operacional y también sobre el equilibrio económico del contrato, pero en el presente trabajo, dado el carácter limitado de este, solo trataremos este tema en lo que atañe al contrato de concesión

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	3
<u>I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESIÓN DE SERVICIO</u>	
1.1. Concepto.....	4
1.2. Antecedentes históricos y legislativos.....	6
1.3. La concesión en la Directiva 2014/23/UE y su transposición al Derecho español.....	11
<u>II. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS</u>	
2.1. El riesgo y ventura como principio básico en la contratación.....	17
2.2. Las modulaciones del principio básico del riesgo y ventura	
a) El "ius variandi" de la Administración.....	19
b) La incidencia del "factum principis".....	20
c) La teoría del riesgo imprevisible.....	22
2.3. La cláusula "rebus sic stantibus" y el equilibrio económico.....	24
2.4. El traslado del riesgo operacional en el contrato de concesión.....	25
<u>III. LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO</u>	
3.1. Actuaciones legislativas	
a) El cambio normativo y su incidencia en el contrato.....	28
b) Los principios de buena fe y confianza legítima.....	29
3.2. Las actuaciones judiciales que pueden incidir en el contrato. Autos y Sentencias	32
<u>IV. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS QUE INCIDEN EN LA ECONOMÍA DEL CONTRATO</u>	
4.1 El ejercicio del "ius variandi"	37
4.2 El ejercicio de la potestad de interpretación del contrato.....	38
4.3 Las decisiones sobre el cambio de gestión del servicio.....	40
4.4 Intervención, secuestro y resolución del contrato	41
<u>V. LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA</u>	
5.1. Responsabilidad contractual y extracontractual.....	48
5.2. La vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	53
<u>VI. CONCLUSIONES</u>	56
BIBLIOGRAFÍA	58

INTRODUCCIÓN

La Administración juega un papel fundamental en el sostenimiento del Estado del bienestar, en ella radican la mayor parte de las responsabilidades dado que tiene asumida como propia la competencia para la prestación de servicios económicos, culturales y sociales, y en ellos, se encarnan perfectamente la gran parte de los intereses generales que esta está llamada a servir.

El presente trabajo tiene interés en ahondar en una concreta modalidad de prestación de servicios, la gestión indirecta, y en su régimen jurídico, el cual, se ve alterado en la actualidad por la trasposición al derecho interno de las Directivas europeas de contratación. Consideramos importante tener presente que la gestión indirecta de servicios comporta una especial confianza en los sujetos privados que se encargarán de gestionarlos, en tanto que, los servicios prestacionales son el pilar que sostiene el Estado del bienestar, ya que sin servicios sociales, económicos y asistenciales, no hay ningún Estado social que predicar.

La configuración actual de la gestión indirecta de servicios, saca a relucir la importancia económico mercantil que estos tienen para los sujetos privados, y a su vez se destaca el interés que tiene la Administración en que esto sea así. Sin poner en duda la idoneidad o no de esta configuración, el trabajo pretende un análisis objetivo de las nuevas normas que rigen la contratación pública, pero centrándonos sobre todo en el aspecto económico.

I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS.

1.1 Concepto

Para explicar el concepto de concesión debemos hacer referencia al interés público, que impone que la Administración asuma determinados compromisos con la generalidad de los ciudadanos, entre estos compromisos se encuentra realizar determinadas prestaciones que, en tiempos pretéritos -por la configuración y mentalidad de la sociedad- no estaban por ella asumidos.

Por todos es sabido que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales, y esta es la máxima que inspira toda su actuación para con los ciudadanos. De esta forma, la Administración cumple una función, la llamada función pública, asumiendo por tanto la difícil tarea de gestionar los múltiples intereses de la colectividad que está llamada a servir. La función pública se compone de una multiplicidad de deberes que tiene la Administración con los ciudadanos, los cuales están revestido de un carácter irrenunciable para ella, pero no por ello intransferibles.

Uno de estos deberes, es la de prestar servicios (públicos) a la ciudadanía, los cuales la propia Administración se los ha arrogado como de su titularidad y, para la correcta prestación de estos, esta está revestida de *imperium*, de potestad, de un estatus que viene legitimado por mor del interés público a los que está llamados a servir, con los que determina las características de los servicios y la forma en que estos deben ser prestados. La titularidad de estos deberes y su carácter irrenunciable no impide que, según las características de las prestaciones, estas puedan ser revertidas a los ciudadanos. Sobre esa base de la transferencia de potestades, en este caso, la transferencia de potestad para gestionar o prestar un servicio, es lo que se denomina concesión de servicios, en virtud de la cual, el encargado de la gestión pasa a ser una persona física o jurídica, distinta de la Administración titular del servicio.

Este es el concepto general de concesión de servicios: la transferencia de potestades a un particular sobre un servicio cuya titularidad corresponde a la Administración. La forma en que se lleve a cabo dicha transferencia, con las condiciones que se estipulen y el procedimiento que se siga, es lo que permitirá hacer de esa concesión de servicios, un contrato administrativo de concesión de servicios.

Para una mayor comprensión del concepto de “contrato administrativo de concesión de servicios”, debemos ahondar primero, en la formación de la figura del contrato administrativo y su recorrido dogmático.

Los contratos son concebidos en principio una institución más del Derecho privado, las instituciones contractuales y toda su teorización han descansado sobre la base del derecho común, del derecho civil, en cambio, “El Derecho Administrativo se erige como un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayéndose en ciertos aspectos de la aplicación del derecho común”¹, En este aspecto resultó necesario analizar si los contratos que celebraba una Administración pública se regían por las normas de Derecho Común o si, por el contrario, la Administración debía sustraerse de la aplicación de este derecho en tanto sujeto diferenciado y por tanto someterse al derecho Administrativo sustantivo.

El planteamiento y solución de este problema vino dado por el Derecho francés, dicha solución fue partir en dos la actuación contractual de la Administración, de tal modo que algunos contratos celebrados por la Administración quedaban sometidos a la regulación del derecho privado y por tanto se atribuía su conocimiento a la jurisdicción ordinaria, mientras otros contratos debían ser sometidos a la jurisdicción contenciosa-administrativa, derivándose por tanto que, su regulación es objeto del derecho administrativo sustantivo, y estos serían los propiamente dichos “contratos administrativos”.

Los primeros esquemas que intentan sistematizar el Derecho Administrativo explican este en base a los actos que de la Administración emanan, distinguiendo entre actos dictados imperativamente y actos de gestión. En tanto un acto de gestión prescindía del *imperium*, era un acto sometido a los modos de gestión del derecho privado y es este último quien debe regir en esa actuación. Se llega a considerar al contrato como el acto típico de gestión de la Administración por lo que quedaría sometido a derecho privado, no obstante, por razones de simple utilidad se atribuye su conocimiento a los tribunales contenciosos administrativos. La distinción entre contratos administrativos y contratos privado en su origen es pues una mera distinción a efectos jurisdiccionales y no sustantivos.

Entrado el S. XX, se produce la sustitución del criterio estructural actos autoridad actos de gestión como básico del Derecho Administrativo por el criterio material del servicio público, afirmándose al efecto que cuando la Administración pública gestiona servicios públicos, está sin más sometida al Derecho Administrativo, con independencia de que en tal gestión se actúe con autoridad o sin ella². El criterio material del Derecho Administrativo se fragua también en Francia, sobre este criterio se desarrolló la escuela de Burdeos, así GASTÓN JÉZE, unos de los principales exponentes esta teoría dirá que «La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la

¹ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª ed. Madrid, 2013, Vol. I, p. 64

² *Ibidem*, p. 75

Administración Titular del servicio público, no esté obligada solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consiente en colaborar.» De esta forma, el contrato administrativo se reafirma como categoría dogmática diferenciada del contrato privado, tiene una regulación sustantiva propia y cuya principal caracterización es el extravase de los módulos contractuales privados.³

Llegados a este punto, podemos decir que la concesión de servicio se ha erigido como Contrato Administrativo en tanto su objeto, hasta ahora, siempre ha sido la gestión de un servicio público titularidad de la Administración y el cual está llamado a satisfacer un interés público, en este sentido ha encontrado su encaje como categoría propia del derecho administrativo en tanto forma específica de gestión de servicio público.

En virtud de este contrato típico se trasladan derechos y facultades de gestión a un particular sobre un determinado servicio, que ahora con la entrada en vigor de la LCSP, no solamente se hace referencia a la titularidad de la Administración que tiene respecto a ese servicio, sino que ahora el objeto del contrato, también se proyecta a servicios que son de su competencia. Cuestión que será analizada en el epígrafe correspondiente, pero que a efectos de este epígrafe concierne en tanto la mutación de su objeto se traduce también en una mutación conceptual.

1.2. Antecedentes históricos y legislativos.

En el Siglo XIX al albur del desarrollo industrial el instrumento de la Concesión se hace en cierto modo indispensable para el Estado, dado que el rápido desarrollo tecnológico de la época da lugar a nuevas necesidades y demandas colectivas a las que el Estado tiene que responder para no privar de ellas a sus ciudadanos. Este desarrollo tecnológico e industrial trajo consigo un gran desarrollo productivo, al que para hacer frente era necesario contar con grandes infraestructuras y servicios, de esta forma nacieron nuevas demandas sociales a las cuales el Estado tenía que hacer frente (puertos, ferrocarriles, etc.). El Estado entonces no contaba con los medios necesarios para afrontar todas estas nuevas necesidades y demandas, por ello, recurre al capital privado para que colabore en la construcción de infraestructuras y como forma de compensación, se le confiere el derecho a explotar comercialmente las mismas.⁴

³ Ibidem, pp. 730-733

⁴ Rodríguez de Haro, F. «La concesión administrativa de servicios (reseña histórica)», en *REV L* núm. 203,1979, pp.464-465.

En lo que respecta a la normativa existente a regular la contratación pública en este periodo de la historia, podemos destacar el Decreto de 27 febrero de 1852, mediante el cual se pretendía que los contratos públicos fueran adjudicados mediante el proceso de subasta, no ya pública, sino cerrada, para evitar de esta forma, las “confabulaciones” de los licitadores que entorpecían y frustraban los fines del contrato, y que además suponían una pérdida de tiempo y de dinero para la Administración.⁵

Posteriormente entrado el S.XX, la producción normativa continuaba poniendo el acento en este aspecto, en los procedimientos de adjudicación de los contratos, de esta forma los pliegos de condiciones generales para la contratación de obras públicas del año 1903 y Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, eran el corpus legislativo básico que regulaba la contratación pública en cuanto al procedimiento de adjudicación, y cuyo fin primordial era la contratación más ventajosa y segura para el Estado, sin embargo estas no realizaron el desenvolvimiento del negocio jurídico en cuestión, ni tampoco hicieron una completa definición del Estado en la esfera obligacional, dejando la cuestión de fondo, por remisión, al Derecho privado en bloque.⁶

En la esfera del régimen local aparece la Concesión de Servicio Público por primera vez en el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, (en adelante RSCL/1955), con la siguiente definición:

1. Los servicios de competencia de las Entidades locales podrán prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en que esté ordenada la gestión directa.
2. La concesión podrá comprender:
 - a) la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas; o
 - b) el mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas

Como podemos ver, la concesión puede ser una gestión indirecta de un servicio subsiguiente a la construcción de una obra, o también puede ser la gestión indirecta de un servicio público que no requiera dichas obras o que estas ya estuvieren establecidas, de esta forma podemos hablar de dos tipos de concesiones, la concesión de servicios con obra pública y la concesión de servicio público (sin obra). Así definida, la concesión de servicios en el régimen local rompe con la tradicional

⁵ La exposición de motivos del citado decreto se expresa en los siguientes términos: “A dos graves inconvenientes estaban sujetas las subastas públicas. Consistía el primero en la confabulación de los licitadores ó en la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar á los demás á concederle una prima para evitar sus pujas; y el segundo en el acaloramiento de los mismos, que solía llevarlos á veces á hacer proposiciones tan onerosas que no les era posible cumplir después. El resultado de esto era con frecuencia que, creyendo la Administración haber obtenido contratos ventajosos, veía al fin burladas sus esperanzas con pérdida de tiempo y de dinero”

⁶ Exposición de motivos de Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado.

concepción diferenciada de la concesión de obras y de la concesión de servicios y la subsume dentro del concepto de concesión de servicios, dando lugar, como ya dijimos a la concesión de servicios con obra pública y a la concesión de servicios de mera actividad o ejercicio⁷.

En lo que se refiere a la esfera de los servicios estatales, la Concesión de Servicios Públicos tiene su reflejo legislativo en la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado. En la propia exposición de motivos de esta ley, como ya dijimos, se expresa la obsolescencia del Capítulo V de la Ley de Hacienda y Contabilidad de 1911 en cuanto al modo, fondo y la forma de contratación, creando además modalidades internas distintas a la de la Obra pública en la contratación, de esta forma la gestión indirecta de servicios públicos cuenta con cuatro modalidades, la concesión de servicio público, la gestión interesada, el concierto y la creación de una sociedad de economía mixta.

La Base IX de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, referidas a las disposiciones generales de la gestión de servicios públicos, establece el ámbito objetivo del contrato que será un servicio público de la competencia del Estado, diciendo “los contratos mediante los cuales el Estado encomiende a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público”. Por otro lado, lo más relevante a efectos económicos es que dicho servicio tenga un “contenido económico” que no implique el ejercicio de poderes soberanos, además añadía que, la contratación de un servicio no implicaría el beneficio del monopolio para el gestor, salvo que una ley lo autorice y, por último, fijaba un límite temporal de 99 años, para la explotación de un servicio.

En este sentido podemos apreciar que el elemento definitorio del contrato de gestión de servicio público es que, el servicio, además de ser público y de ser competencia del Estado, tenga un contenido económico. Posteriormente, la ley que los desarrolla mediante Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en su art. 63, añade que el mismo debe ser susceptible de explotación económica por empresarios y particulares.

La concesión se desarrolla en el art. 66.1º de dicha Ley, quedando definido de la siguiente manera: “en virtud del cual el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura”, cuestión que nada resuelve para dar una definición de la concesión. Nada más se dice al respecto en la Ley de esta modalidad, tratando la ley en su conjunto a los contratos de gestión de servicios públicos, sin hacer referencias específicas a la modalidad concesional. Los reglamentos que posteriormente desarrollaron

⁷ Hernández Gonzales, F. L. *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, edit. Aranzadi, Navarra 2018, pp.87-90.

la presente Ley no ahondaron mucho más en la definición del propio concepto de concesión, ni del contrato de gestión de servicio, sino que estaban encaminados al desarrollo del procedimiento de publicidad y adjudicación.

No obstante, lo que marca la contratación pública a todos los niveles es sin duda el hito de la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, pues esta, sabiendo de la importancia que tiene la contratación pública para el mercado interior, no tarda en desarrollar directivas tendentes a la armonización en los distintos Estados miembros. Así, se han dictado 4 generaciones de directivas, la primera generación de estas tiende a armonizar los contratos públicos de obras y de suministros. La segunda generación, nos importa un poco más en tanto que desarrollan el contrato de servicios y por poco se incluye en su ámbito de aplicación el contrato de concesiones de servicios públicos, pero esta intención se encontró de frente con la oposición de los Estados miembros.

La Directiva de 1971 relativa al contrato de obra hace una primera aproximación del concepto de concesión -en este caso de obras- con la finalidad de excluir a la concesión de obras del ámbito de aplicación de la directiva. Lo relevante es la configuración que hace del concepto, de tal forma que ambos tipos de contratos son prácticamente iguales, salvo que el de concesión de obras la contraprestación consiste en el derecho a explotar la obra o bien ese derecho acompañado de un precio.

Como ya habíamos advertido, en la segunda generación de directivas se intentó incluir la concesión de servicios, pero lo relevante es que, estas al incluir el contrato de servicios, definen la concesión de servicios públicos con el mismo fin de excluirla de su ámbito de aplicación, así queda definida como: “Todo contrato celebrado entre un poder adjudicador y otra entidad de su elección, que no sea una concesión de obras públicas tal como se define en la letra d) de la Directiva 71/305/CE, en virtud del cual el primero transfiere la ejecución de un servicio público de su competencia a dicha entidad y esta acepta prestar el servicio a cambio del derecho a explotarlo o de este derecho más una remuneración”.

Es por mor de esta última Directiva que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, introduce el contrato de servicios, en el Título IV que lleva por rúbrica “De los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración” los cuales, se diferencian específicamente de la concesión de servicios públicos, por el objeto y su destinatario, siendo los contratos de servicios aquellos que tienen por objeto servicios no públicos y que tienen por destinatario a la Administración,

mientras que la concesión de servicio público, tenía por objeto la gestión de un servicio público y los destinatarios eran los usuarios del servicio.

Hemos dicho que las Directivas europeas sobre contratos públicos, eran tendentes a armonizar conceptos de derecho sustantivo, pero también armonizaban los procedimientos que debían regir para la adjudicación del contrato. Por tanto, era de vital importancia saber distinguir a la concesión de los demás contratos para no eludir la aplicación de las Directivas, ya que esta era la única modalidad contractual excluida de estas.

El principal problema que surgía con la concesión de servicios públicos era la confusión con el contrato de servicios públicos, algo no pasaba solo en España, por eso la Comisión Europea, con el fin de precisar el concepto de concesión, elabora una “Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario”. En lo que se refiere a los elementos definatorios de la concesión, destaca la existencia de un riesgo de explotación, que tiene lugar cuando el operador asume el riesgo del servicio, la importancia de que la remuneración provenga de una parte significativa de los usuarios que, a su vez, esto permite determinar la asunción del riesgo de explotación.

Las Directivas de contratación del 2004, siguen sin incluir a la concesión de servicios dentro de su ámbito de aplicación, y a la hora de definirla para excluirla de su aplicación como se venía haciendo con las demás directivas, no se hace alusión alguna a los elementos de la “Comunicación interpretativa del 2000” por lo que se puede decir que no aportaron nada nuevo para la creación del concepto.

A partir de este momento la producción de Documentos por la UE que ayudasen a la elaboración de un concepto de concesión de servicio no tienen valor normativo. Es a partir de aquí cuando el TJUE toma las riendas en la tarea clarificadora del concepto. A modo de resumen, tomamos prestadas las palabras con las que el profesor HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, sintetiza la transformación jurisprudencial del concepto: «El análisis de esta jurisprudencia permite diferenciar dos etapas, en función del elemento diferenciador prevalente en cada momento: hasta 2008, el criterio prevalente va a ser la procedencia externa de la retribución; pero a partir de ese año se va a producir un giro en la jurisprudencia, al exigir la transferencia al concesionario de una parte significativa del riesgo de explotación»⁸

⁸ Ibidem, pp.190-191

1.3. La concesión en la Directiva 2014/23/UE y su transposición al ordenamiento jurídico español.

Los contratos de concesión de obra y de concesión de servicios, han sido, probablemente los contratos administrativos típicos que más variaciones conceptuales hayan sufrido desde su aparición en el sistema jurídico continental, probablemente la complejidad conceptual que gira en torno a estos contratos es lo que haya inspirado al legislador europeo a bifurcar su regulación, de tal forma que han quedado separados de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

En el propio considerando 18º de Directiva 2014/23/UE, da una pista de los motivos que inspiraron esta separación.

“Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional”

Por otro lado, cabe destacar que en la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en su ámbito de aplicación se incluyen las concesiones de servicios, las cuales, como ya hemos dicho, estaban al margen del derecho derivado. Las concesiones de servicio han suscitado discrepancias sobre la idoneidad de ser reguladas por el derecho europeo, en particular por el tratamiento que cabe otorgar a los servicios de interés general, probablemente por la tendencia privatizadora -o externalizadora, más bien- de cada Directiva que ha sido traspuesta a los ordenamientos nacionales de los países miembros. De ahí que el texto reitera que la nueva regulación no supone una alteración en las fórmulas de prestación de los servicios públicos ni encubre o propicie una “privatización” de los mismos.

El Considerando 5º sostiene que *“La presente Directiva no debería menoscabar en modo alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para realizar obras o prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros”*.

Podemos decir, esquemáticamente, que la Directiva de concesión se ocupa sobre todo por la delimitación conceptual de esta forma contractual, de tal forma que las regulaciones concernientes a la ejecución, modificación y resolución contractual van en completa sintonía con lo previsto en la Directiva 2014/24/UE de contratos públicos.

La primera definición que encontramos en el articulado de la Directiva sobre el contrato de concesión de servicios se haya en el art.5.1 b) de la Directiva 2014/23 definiéndola como:

“Un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente o este mismo derecho en conjunción con un pago”

En este sentido resulta necesario acudir al art.5.1 para completar esta primera definición, de esta forma el art.5.1 proclama:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que ya haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

De este modo se identifica al “riesgo operacional” como el elemento caracterizador y esencial de los nuevos contratos de concesiones, de tal forma que el traslado de este riesgo al contratista es lo que nos permite hablar de esta figura contractual.

El riesgo operacional, se compone de riesgo de demanda o de suministro, o ambos inclusive. A tenor literal del artículo 5.1, el riesgo operacional no es un riesgo estático, no en todos los contratos de todos los servicios es el mismo riesgo, es un riesgo que está sujeto a modulaciones, ya que se deja un margen por el cual configurar el riesgo operacional, siendo el riesgo de demanda o el riesgo de suministro, o ambos, los que de conformidad con el pliego de condiciones serán trasladados al operador económico o contratista. Por otro lado, el límite a ese margen de configuración del riesgo viene constituido porque el mismo no pueda ser meramente nominal o desdeñable.

En otro orden de cosas, tenemos que hablar de lo servicios que quedan excluidos de la aplicación de la Directiva, de esto se encargan los artículos 10 a 17 de la misma, enumerando una serie de concesiones, iguales o superiores al umbral de 5.186.000 €, excluidas de aquélla. Entre otras, lo están las adjudicadas sobre la base de derechos exclusivos o en el marco de un acuerdo internacional; los servicios de transporte aéreo y de viajeros; parcialmente, las de defensa y seguridad;

las demaniales, (art. 11); el sector del agua (Cdo. 40 y art. 12); las adjudicadas a una empresa asociada (art. 13) o conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta (art. 14) y las actividades sometidas directamente a la competencia (art. 16). Quedan al margen también las concesiones entre entidades del sector público (art. 17), pues como refleja el Considerando 45 «El mero hecho de que las dos partes en un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva», ello no debe limitar la libertad de la Administración para gestionar las funciones de interés público con sus propios medios o en colaboración con otras autoridades (art. 2.1).⁹

Las concesiones, como cualquier otro contrato, no dejan de ser un instrumento por el cual la Administración lleva a cabo el desarrollo de los intereses generales, en este caso con un tercero al que le transfiere las potestades inherentes al servicio. La Directiva de concesiones sigue haciendo de la concesión un instrumento al servicio del dogma liberal, que aboga por la incapacidad empresarial de la Administración¹⁰. Así lo remarca el considerando 21 de la Directiva:

“Por tanto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para cuya satisfacción ha sido creado dicho organismo o que se le ha encargado satisfacer tienen carácter industrial o mercantil.”

De esta forma la concesión más allá de ser un mero contrato es un medio por el cual la Administración puede aprovechar en su beneficio la institución económica del mercado, acceso el cual en principio tiene vetado por su impotencia mercantil. El aprovechamiento que esta hace no es de carácter industrial propiamente dicho, pues no tiene ánimo de lucro directo, pero la competencia del mercado hace que su contratación sea potencialmente barata, aminorando el gasto público, siendo un beneficio económico indirecto. Por otro lado, el riesgo operacional juega como contrapartida a este veto, pues el contratista tiene una especial asunción de riesgos, una especial exposición a que las incertidumbres del mercado le irroguen un daño que está obligado a asumir si acaece, liberando a la Administración de incurrir en gastos de indemnización si el contratista no lleva a cabo sus expectativas por estos motivos.

⁹ Aliaga Moreno, I. «La regulación de las Concesiones de Obras y Servicios en las nuevas Directivas Europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra» en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, pp.293-294.

¹⁰ Hernández González, F. L. *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, edit. Aranzadi, Navarra 2018, p.40

Por lo que respecta a su transposición al derecho español, lo primero que debemos analizar para definir el contrato de concesión es el objeto del mismo tras la entrada en vigor de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), es decir, analizar el ámbito objetivo de aplicación, debiendo por tanto analizar qué servicios quedan comprendidos dentro de este tipo contractual tras la entrada en vigor de las nuevas Directivas y la nueva Ley.

La primera referencia a la Concesión de servicios en la LCSP, la encontramos en el art. 15, el cual nos da una definición del contrato de concesión de servicios diciendo que, *“es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*

El Régimen jurídico específico de la concesión de servicios lo encontramos a partir del art. 284 LCSP y siguientes. El apartado 1 de dicho artículo establece que *“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso pueden prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*. Así, de la lectura del art.15 en conjunción con el citado art. 284.1, se pueden deducir los siguientes requisitos generales aplicables a los servicios para que puedan ser objeto de un contrato de concesión. LAZO VITORIA. lo resume de la siguiente manera:

«a) Servicio susceptible de explotación económica: En el contrato de concesión, la retribución del concesionario proviene del derecho a explotar el servicio (o, en su caso la respectiva obra) Siendo ello así, es evidente que dicho derecho solo puede ser ejercido si la prestación que constituye el objeto del contrato es idónea para ser explotada económicamente. Se trata, pues de un presupuesto del contrato que aquí se analiza. Si el servicio que se quiera licitar no tiene la citada idoneidad no será posible recurrir a la fórmula concesional.

b) Servicio de la titularidad o competencia: Exige ahora el legislador de 2017 que el servicio que se quiera licitar lo sea de la competencia o titularidad del respectivo poder adjudicador. Recuérdese que en el régimen anterior se hace alusión únicamente a la “competencia”, al definir y fijar el ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos (arts. 8.1 y 275 TRLCSP) disposiciones que se han utilizado como base para incorporar el contrato de concesión de servicios en su nueva formulación. Se ha interpretado que este cambio pretende dar cobertura a aquellas concesiones de servicios no públicos y que la alusión a la titularidad lo sería no del servicio, sino que de los inmuebles en que se prestan los mismos¹¹».

¹¹ Lazo Vitoria, X. «El contrato de concesión de servicios» en, GAMERO CASADO, E. Y GALLEGO CÓRCOLES, I

Según GALLEGO CÓRCOLES, «La irrupción del Derecho europeo de la contratación pública ha provocado que quiebren nuestros instrumentos tradicionales de distinción entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos (En adelante, CGSP). Y es que para el Derecho europeo ha resultado irrelevante el objeto del contrato – si va encaminado o no la prestación de un servicio público- ya que los criterios de distinción se basan en la forma de prestación, en concreto, si el adjudicatario del contrato asume los riesgos en la explotación del servicio. Consecuencia de la reformulación del concepto de concesión de servicios es la desaparición de las distintas categorías del CGSP, categorías estas de contornos en ocasiones confusos. La nueva configuración del contrato de concesión de servicios además conlleva que determinados contratos calificados tradicionalmente como contratos de gestión de servicios públicos adquieran ahora la naturaleza de contratos de servicios.»¹²

Para otro sector de la doctrina, la realidad es que las normas europeas no exigían los cambios que ha introducido el legislador español suprimiendo el CGSP, LAGUNA DE PAZ, ofrece cinco argumentos en contra de esta decisión, a saber: 1) las directivas no prejuzgan las categorías que deban ser aplicadas en cada ordenamiento jurídico-nacional para conseguir las finalidades pretendidas. Lo único que resulta exigible es que el legislador nacional garantice una aplicación efectiva y equivalente de las reglas y principios contenidos en las directivas, 2) La concesión es una modalidad de contrato público, la división en dos directivas fue por motivos coyunturales, no porque la gestión de servicios públicos no pudiera instrumentarse a través de auténticos contratos, 3) la normativa europea amplía el ámbito de contratos armonizados y las garantías comunitarias, pero —desde un punto de vista sustantivo— no representa ninguna novedad para el ordenamiento jurídico español, cuyo contrato de gestión de servicios públicos respondía plenamente a las exigencias derivadas del tratado. 4) En cuarto lugar, las especialidades del contrato de gestión de servicios públicos, sobre todo, se encuentran en la fase de ejecución del contrato, y la Directiva se preocupa más por una armonización relativa a la adjudicación y, 5) los criterios contables que se tomen en cuenta para el cómputo del gasto público no tienen por qué trasladarse a la clasificación de los contratos administrativos.¹³

A este respecto, es necesario aclarar que la concesión de servicios que ahora se regula en los arts. 284 a 297 LCSP no es equivalente al CGSP modalidad concesión y no lo es porque su objeto ha

(Dir.): *Tratados de Contratos del Sector público T. III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2588-2589.

¹² Gallego Córcoles, I. «El Derecho de a contratación pública: evolución normativa y configuración actual», en GAMERO CASADO, E. Y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratados de Contratos del Sector público T. I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 122-123.

¹³ Laguna de Paz, J. C. «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», en *Revista de Administración Pública*, n.º 204, 2017, pp. 44-47.

mutado. En efecto, al amparo del TRLCSP el CGSPP subtipo concesión era un modo de gestión indirecta de servicios públicos; en cambio la actual figura no solo admite dicha posibilidad, sino también la de servicios que no tengan dicho carácter. A la vista de lo anterior, cabe afirmar que se ha producido una notable ampliación del objeto de los contratos de concesión de servicios. Lo anterior se explica porque el elemento caracterizador de tales contratos es la efectiva transferencia del riesgo operacional y no, como venía siendo tradicional en el Derecho español, la naturaleza de la prestación.¹⁴

Por otro lado, en cuanto al objeto de los contratos administrativos, dice el art. 99.1 LCSP que, este debe ser determinado, pero que podrá definirse el mismo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. El art. 99.3 LCSP establece, además, que, siempre que la naturaleza del contrato lo permita, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes. La introducción de este artículo significa un cambio en nuestra cultura de gestión, basada en el mantenimiento de unidad de contrato y unidad de proveedor. En la nueva Ley se manifiesta una clara tendencia al fraccionamiento legal del objeto del contrato, mediante la realización independiente de las diferentes partes de este dividiéndolo en lotes y permitiendo que se adjudiquen a diferentes operadores económicos¹⁵.

Este mandato, se repite en cuanto a las concesiones de servicio el art. 285.1.a) LCSP estableciendo que, los pliegos contractuales deben definir el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de conformidad con el art. 99.3 LCSP, con la finalidad de promover la libre concurrencia.

Para MOREO MORROIG, «En comparación con la anterior regulación, las condiciones para la atribución de lotes se relajan bastante y se centran en que no se restrinja injustificadamente la competencia, que la división en lotes permita la correcta ejecución del contrato y que, a efectos de calcular el valor estimado para la licitación, se tenga en cuenta el valor acumulado de todo los lotes, mientras que en la regulación anterior, la división solo era posible cuando cada lote constituyera una unidad funcional o la naturaleza del contrato así lo exigiera.»¹⁶

¹⁴ Lazo Vitoria, X. «El contrato de concesión de servicios» en, GAMERO CASADO, E. Y GALLEGU CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratados de Contratos del Sector público T. III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.2589.

¹⁵ Moreo Marroig, T. «Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato» en , GAMERO CASADO, E. Y GALLEGU CÓRCOLES, I (Dir.): *Tratados de Contratos del Sector público T. III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 767.

¹⁶ Ibidem, pp.767-768.

II. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

2.1. El riesgo y ventura como principio básico en la contratación

Desde un punto de vista simple y sin ninguna matización, cabe entender el riesgo y ventura como un principio que rige en la contratación administrativa en sede de ejecución, que alude al “*aleas*” de la explotación y al sujeto sobre el cual recaen las consecuencias de la aleatoriedad del contrato. Es un concepto traído del Derecho privado, que se expresa fundamentalmente en el contrato de obra y en el contrato de servicios recogidos en el código civil y se trae a colación en la contratación administrativa en sede de concesiones, justamente en las concesiones de obra y de servicios, dado el carácter mercantil o lucrativo que puede tener en sede de concesión la explotación de una obra o de un servicio para el contratista privado¹⁷.

Según GARCIA DE ENTERRIA y T.R FERNÁNDEZ, la expresión riesgo y ventura venía a significar tres cosas: «1) que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autorizaba al contratista a desligarse del contrato, 2) que no le daba derecho a pretender una modificación correlativa del precio de las tarifas fijadas y 3) que los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista. El principio de riesgo y ventura se ha extendido también a otros contratos administrativos configurados sobre el esquema causal de la *locatio operis*, como la concesión»¹⁸. Según la STS de 31 de marzo de 1987, «Por riesgo y ventura en la contratación ha de entenderse que el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento punible y dañoso y corre el albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda, como dijo la STS de 2 de enero de 1982, lo cual revela que entraña la idea clara de referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes y ello elimina lo que provenga de su propio actuar».

Una aproximación conceptual bastante comprensible de este principio nos la facilita las Sentencias de 14 de mayo (RJ 2001, 4478) y 22 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9727) al decir que:

“El riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es

¹⁷ Fuentetaja Pastor, J.A. «Riesgo y Ventura en la Concesión de obra pública» en, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº7 -2º semestre, p.185.

¹⁸ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª ed. Madrid, 2013, Vol. I, p. 715

principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica, que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen, el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización. Sin embargo, la Ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor, [...] al constituir éstos, según destaca la STS de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3194), factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato”

Visto el riesgo y ventura como un principio que inspira la contratación administrativa que supone la asunción por parte del contratista de las vicisitudes ventajosas o desventajosas en el ámbito de la ejecución del contrato y que excluye, por tanto, la fuerza mayor como causa justificante del contratista de desligarse del cumplimiento del contrato cuando este le reporta una mayor onerosidad, implicaría, de forma radical, que el ordenamiento permite sin ningún tipo de modulaciones el quebrantamiento de la economía del contrato en perjuicio de una de las partes, no obstante, esto no es así, en absoluto.

Cualquier valoración sobre la procedencia de reequilibrar económicamente un contrato cuya equivalencia prestacional se haya visto sensiblemente afectada por la abrupta aparición de circunstancias imprevisibles o de fuerza mayor, debe ser realizada a la luz del principio general de riesgo y ventura, que rige en el marco de la contratación administrativa en similares términos que lo hace el principio *pacta sunt servanda* en el ámbito del Derecho Civil. En virtud de este principio el contratista debe asumir las contingencias que acaezcan durante todo el periodo de ejecución, aunque estas puedan afectar negativamente a la rentabilidad económica esperada o incluso provocarle pérdidas. La eventualidad del riesgo, especialmente presente en los contratos de concesión, caracteriza la relación con la Administración concedente y exige al contratista privado prever las vicisitudes propias que pueden concurrir durante la vida del contrato a la hora de elaboración de su proposición.

La LCSP señala este principio que rige en la ejecución del contrato en el art. 195 “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el art. 238”. El art. 238, hace referencia a la responsabilidad absoluta del contratista ante cualquier vicisitud que acaezca en la obra dentro del plazo de garantía y el art. 239, hace referencia a la fuerza mayor.

La fuerza mayor, Inserta en la sección 4ª del capítulo III, relativo al contrato de obras, pero que, en cuanto a la concesión de servicios se nos hace remisión a este artículo desde el art. 290, el cual lleva por rúbrica la “modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico”, señala los tres supuestos que deben considerarse de fuerza mayor siempre que no exista imprudencia por parte del contratista, los cuales en caso de darse se tiene un derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se hubieren producido. Configura así la Ley, mecanismos limitadores de riesgos con los que se pretende no eliminar el interés de los eventuales licitadores y tampoco eliminar el riesgo operacional el cual es calificador del contrato de concesión.

En este aspecto, como ya dijimos, son tres apartados los que establecen los supuestos que han de considerarse fuerza mayor: Los incendios causados por electricidad atmosférica, los fenómenos naturales de efectos catastróficos y los destrozos ocasionados en tiempos de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Desde mi punto de vista están sometidos al principio de *numerus clausus*, en tanto no dejan abierta la posibilidad de interpretar otras causas, sin perjuicio, de la analogía que se pueda establecer con dichos supuestos, el sometimiento a numerus clausus es lo que hace que de la fuerza mayor un mecanismo razonable, en tanto no eliminan el riesgo operacional que tiene que asumir el contratista.¹⁹

2.2. Las modulaciones del principio básico del riesgo y ventura

a) El "ius variandi" de la Administración

El llamado *ius variandi* hace referencia al poder de modificación unilateral del objeto del contrato siendo esta una característica singular del contrato administrativo y apunta directamente a uno de los presupuestos básicos de la institución contractual, al denominado principio “*pacta sunt servanda, contractus lex interpartes*”.

Ya hemos dicho que el principio de riesgo y ventura se configura como una exposición a los riesgos por parte del contratista de las eventualidades -especialmente perjudiciales- que pueda padecer durante la ejecución de un contrato celebrado con la Administración. El ejercicio del *ius variandi*, entendido como una prerrogativa de la Administración que ejerce por razones de interés público que incide en el objeto y, por tanto, también en la economía del contrato, puesto en conexión con el principio de riesgo y ventura, haría entender que el ejercicio de esta prerrogativa es como otra

¹⁹ IPN/CNMC/010/2015 Informe sobre el anteproyecto de Ley de contratos de sector público p.74

vicisitud más a la que el contratista se expone y que, en caso de tener lugar, no habilitaría al concesionario a desligarse del cumplimiento del mismo por el principio *pacta sunt servanda*.

El *ius variandi* rompe el principio tradicional de la institución contractual de igualdad de partes y, por tanto, no puede ser tratada como una vicisitud más a la que se expone el contratista ya que es la actuación de una de las partes la que incide económicamente en el contrato cuando dicha actuación no encuentra fundamento en la voluntad contractual. Por tanto, cualquier perjuicio que la Administración irroge al contratista, puede ser reparado, estableciendo la equivalencia de las prestaciones o lo que es lo mismo, restableciendo el equilibrio económico del contrato. De esta forma el ejercicio del *ius variandi* opera como causa para modular el principio de riesgo y ventura, abogando por el mantenimiento del contrato.

La modificación del contrato se encuentra recogida en la nueva LCSP, con carácter general, en los art. 203 y SS. El art. 203.1 LCSP, sigue manteniendo la concepción de que la *potestas variandi* obedece al interés público, diciendo que “los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma prevista en esta subsección”.

Por otro lado, art.203.2 LCSP nos aclara que hay dos tipos de modificaciones, las previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y las no previstas en el propio pliego. Estas últimas, son realmente una expresión del *ius variandi* que opera como causa de reequilibrio, en tanto su origen es de carácter extracontractual²⁰ y que encuentra justificación en el interés público que es necesario atender. Para poder concretar en que puede consistir la modificación habrá que estar a la regulación propia de cada tipo de contrato, en el caso de las concesiones de servicio, se desprende que solo pueden ser modificadas por razones de interés público, además de las características del servicio, las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, art 290.1 LCSP.

b) La incidencia del "factum principis"

El “*factum principis*” hace referencia a aquellas medidas generales adoptadas por la Administración fuera del ámbito del contrato pero que repercuten indirectamente sobre las bases económicas del mismo, alterando sustancialmente el equilibrio de las prestaciones. El “*factum*

²⁰ Extracontractual entendida como previsión a extramuros del contrato, como cuestión no abarcada por la voluntad de las partes. Es importante que no se entienda el *ius variandi* como un hecho que origina responsabilidad extracontractual en la Administración.

principis” puede ser traducido en una medida imperativa de obligado cumplimiento, que reuniendo las características de generalidad e imprevisibilidad producen un daño especial al contratista.

De esta definición podemos extraer semejanzas y diferencias con el *ius variandi*. Se asemejan en tanto que ambas actuaciones o decisiones nacen de una prerrogativa de la Administración, no obstante el *ius variandi* es un acto unilateral, de carácter particular, cuya voluntad está directamente dirigida a la modificación del contrato y surge efectos solo en el seno de la relación contractual, en cambio el denominado *factum principis*, si bien es una manifestación de una potestad, esta potestad queda al margen de la relación contractual, ya que es una actuación dirigida a la colectividad de los administrados, destinada a satisfacer los intereses generales y que, por accidente, incide en la economía del contrato y sus efectos no solo se quedan en el seno de la relación contractual.

Las potestades que la Administración ejerza y den lugar a la apreciación del “*factum principis*”, aunque no estén directamente dirigidas al ámbito contractual, no quiere decir que se haya dejado al margen esta eventualidad en las leyes que rigen la contratación administrativa. Según qué casos, su apreciación da lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato operando como otra modulación al principio de Riesgo y Ventura. Sin embargo, la nueva LCSP, lo constriñe notablemente como causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

En este sentido, el art. 290 LCSP dedicado a la “modificación y mantenimiento de la economía del contrato”, condiciona las consecuencias jurídicas derivadas de la apreciación del *factum principis* en función de si la Administración que adopta la medida de carácter general es la Administración concedente o si, por el contrario, es una Administración distinta de la concedente.

Si la Administración que adoptare la medida es la Administración concedente, operaría el “*factum principis*” como causa de restablecimiento del equilibrio económico (ex art. 290.4.b) LCSP) cuando esta determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, en cambio, si es otra Administración distinta de la concedente quien adopta tal medida, el *factum principis* opera como causa de desistimiento del contrato sin derecho a indemnización, siempre que dicha medida tuviera una incidencia económica por encima de los umbrales económicos que marca la Ley. De esta forma, cuando la incidencia suponga el incremento de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el periodo que le reste hasta la conclusión de esta, se tendrá derecho a instar la resolución del contrato.

El derecho a indemnizar al contratista tiene su origen, según GARCÍA DE ENTERRIA, «En los principios que regían en la -entonces nueva- Ley de Expropiación Forzosa, reconduciendo el hecho del *factum principis* como un supuesto de responsabilidad extracontractual pero liquidable en el seno de un contrato».

Como hemos podido comprobar, la entrada en vigor de la LCSP ha supuesto un cambio de paradigma y una ruptura de nuestros esquemas tradicionales que regían en el ámbito de la contratación pública. En esta ocasión, deja entrever que el mantenimiento del contrato no es lo primordial, prefiriendo una nueva licitación antes que una mejora no prevista.

c) La teoría del riesgo imprevisible

Como hasta ahora hemos visto la mayor onerosidad sobrevenida puede resultar de una modificación del objeto del contrato impuesta unilateralmente por la Administración o bien de una decisión de esta producida fuera del ámbito contractual propiamente dicho, pero que altera el equilibrio económico del contrato. En esos casos, la causa de alteración es producto directa o indirectamente por la Administración, y por ello nace el deber, en su caso, de restablecer el equilibrio económico quebrantado.

No obstante, no todos los acontecimientos que puedan incidir en la economía del contrato dependen de la Administración o del contratista. En este sentido, hay causas que son sobrevenidas y ajenas a los sujetos del contrato y pueden repercutir en una extraordinaria onerosidad. En este caso no habría, en principio, ningún deber de la Administración de compensar al concesionario por dicha ruptura del equilibrio económico, dado que es de todo punto ajena a la producción de un eventual daño.

La teoría del riesgo imprevisible nace como consecuencia de la confrontación entre principios que inspiran la institución de la contratación privada y principios que inspiran la actividad de la Administración pública. En este sentido, la lógica del principio "*contractus lex*", que permite la rescisión por incumplimiento del contrato choca de plano con la lógica del servicio público, que aboga en pro del mantenimiento del servicio público²¹.

²¹ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª ed. Madrid, 2013, Vol. I, p.795.

Como aproximación a su caracterización general la STS de 25/4/2008 rec. 5038/2008, señala:

«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 sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica por tanto aplicar principios de equidad (art.3.2 Cc.) y de buena fe (art. 7.1 Cc) 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 en la contratación pública. Habrá de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes.»

En este sentido también se pronuncia la STS 18/04/2008, diciendo que:

«La doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse»

Son tres los requisitos que han de concurrir para que una circunstancia determinada constituya un hecho imprevisible que obligue a la Administración a reequilibrar económicamente el contrato: a) Que se produzca un acontecimiento que desborde las previsiones razonables; b) Que dicho acontecimiento sea independiente de la gestión empresarial realizada por el contratista, y c) Que, como consecuencia del acontecimiento imprevisible, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del contrato, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse. De esta forma, se exige que la circunstancia imprevisible tenga un impacto relevante y significativo en la economía del contrato.²²

Este deber de compensar o establecer económicamente el equilibrio tiene lugar por la finalidad a la que está llamada la prestación u objeto del contrato, la de satisfacer los intereses generales, de tal forma que se hace necesario el mantenimiento del servicio por obra del interés general, en este caso, más que operar una especie de compensación económica en favor del contratista opera el deber de compartir con el contratista los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir.²³

A diferencia de las demás causas que originan el desajuste del equilibrio económico, la LCSP no hace mención alguna a este riesgo, ni nos aporta supuestos de cuándo debe operar este riesgo como supuesto de reequilibrio, más allá de los casos de fuerza mayor, establecidos para el contrato de concesión de obra. En todo caso, como se dijo, la teoría del riesgo imprevisible está estrechamente

²² Gallego Córcoles, I. «Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas perspectivas?» *Revista digital de Derecho Administrativo* núm. 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 119.

²³ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª ed. Madrid, 2013, Vol. I, p.797-799.

ligada a una figura del derecho privado que rige en la contratación privada de creación jurisprudencial, que tampoco tiene mención expresa en el código civil, la cláusula “*rebus sic stantibus*”, la cual pasamos analizaremos ahora con más profundidad.

2.3 La cláusula “*rebus sic stantibus*” y el equilibrio económico

La cláusula “*rebus sic stantibus*” está tradicionalmente ligada al derecho privado, es una cláusula que rige en sede de contratos de carácter privado y como la contratación administrativa, no es en absoluto ajena a las instituciones que rigen la contratación privada, esta cláusula también se proyecta sobre la contratación administrativa. La traducción del latín al castellano de esta cláusula viene a ser “estando así las cosas”, hace referencia a las consecuencias derivadas de la alteración de las condiciones del negocio jurídico que existe en el contrato, por concurrir situaciones sobrevenidas, imprevisibles y graves.

No está recogida expresamente en el Código Civil, no obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sala 1ª)²⁴, se ha encargado de ir perfeccionando una definición y un ámbito de aplicación de la misma:

“En efecto, como bien es sabido, y hasta el momento se había encargado de recoger de manera uniforme el TS, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* exige que se aprecien de forma conjunta los siguientes elementos: 1º) una alteración extraordinaria, imprevisible e inimputable de las circunstancias en el momento de cumplir las obligaciones en relación con las existentes al tiempo de la perfección del contrato; 2º) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes que suponga el derrumbe del contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones, y, 3º) que se carezca de otro remedio para la resolución del problema —la doctrina es de aplicación subsidiaria—.Lógicamente, y aunque no siempre se explicita, no basta la concurrencia de estos requisitos. Además, es necesario que exista una relación causal entre ellos: la desproporción exorbitante entre las prestaciones debe venir causada por la alteración extraordinaria e imprevisible de las prestaciones”

El equilibrio económico del contrato hace referencia a la proporcionalidad o *aequalitas* de las prestaciones respectivas de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, y que también existe en los contratos administrativos. El equilibrio económico, también es una característica común

²⁴ *Vid.* Entre otras: STS, 1ª, 27/06/1984 ; STS, 1ª, 17/05/1986; STS, 1ª, 21/2/1990; STS, 1ª, 26/10/1990; STS, 1ª, 10/12/1990; STS, 1ª, 23/04/1991; STS, 1ª, 8.7.1991; STS, 1ª, 6.11.1992; STS, 1ª, 24/06/1993, STS, 1ª, 04/02/1995; STS, 1ª, 29/05/1996, STS, 1ª, 10/02/1997; STS, 1ª, 15/11/2000; STS, 1ª, 18/06/2004; STS, 1ª, 22/04/2004; STS, 1ª, 25/01/2007; STS, 1ª, 01/03/2007 y STS, 1ª, 21/05/2009.

a todos los contratos administrativos y que, como podemos ver, tiene una íntima conexión con la onerosidad y por tanto con el principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa. La onerosidad, hace referencia a la obligada presencia en el contrato de una equivalencia de las obligaciones en él insertas, que conlleven por tanto ventajas y desventajas correlativas entre Administración y contratista. En cambio, el equilibrio económico hace referencia a que esta equivalencia o proporcionalidad se mantenga a lo largo de toda la ejecución del contrato, y se configura como un deber para la Administración de respetar en todo caso, la llamada “ecuación financiera”, para los casos que su actuación comporte una modificación sobre el objeto del contrato, o sobre la onerosidad de este afectando a sus condiciones, o bien cuando son hechos ajenos a la voluntad de las partes los que hacen existir una excesiva onerosidad como los casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.²⁵

Los contratos administrativos, son parte de la actuación de la Administración, la cual se funda sobre la idea de la satisfacción de los intereses generales, por tanto, es completamente comprensible que en el objeto del contrato haya prestaciones destinadas a la satisfacción de estos intereses, y es comprensible también que, en caso de que las obligaciones en él contenidas no lleven a la consecución de este fin, la Administración tienda a modificar el objeto del contrato para el bien de los intereses generales. No obstante, esta idea que ha inspirado desde siempre las normas de contratación se ven bastante constreñida con la entrada en vigor de la nueva LCSP y por la incidencia del Derecho europeo en nuestras concepciones clásicas.

2.4. El traslado del riesgo operacional en el contrato de concesión

Como ya hemos dicho repetidamente, lo que identifica o diferencia a un contrato de concesión es la transferencia del riesgo operacional al concesionario en la explotación de la obra o del servicio, en nuestro caso, nos dedicaremos a su estudio circunscrito al ámbito del contrato de concesión de servicios, no sin antes, ahondar un poco en el origen de este concepto.

El criterio del riesgo operacional se formula inicialmente con un propósito contable, a fin de determinar los compromisos que computan en el endeudamiento público, en un contexto en el que el principio de estabilidad presupuestaria resulta imperativo. Desde un punto de vista contable, los contratos que trasladan el riesgo operacional al contratista pueden no considerarse activos públicos, lo que contribuye a reducir el nivel de endeudamiento de las Administraciones públicas. A este

²⁵ STS 13/11/1986

respecto, hay que tener en cuenta la Decisión de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) 18/2004, de 11 de febrero de 2004, que recomienda que los activos incluidos en una asociación público-privada de larga duración no tengan la consideración de activos públicos, siempre que el contratista asuma no solo el riesgo de construcción, sino también el riesgo de gestión (riesgo de disponibilidad del bien o de demanda).²⁶

Posteriormente, la jurisprudencia europea empieza a utilizar el criterio de riesgo operacional como criterio definidor de las concesiones de servicios frente al contrato de servicios y lo vincula al criterio de quién paga la prestación del servicio (el usuario o la Administración). Para LAZO VITORIA, es la forma de retribución lo que define al contrato como concesión y no tanto el objeto del mismo, ni tampoco por quienes sean los sujetos encargados de la retribución, en definitiva, si la retribución va ligada a los elementos que componen el riesgo operacional, con independencia del sujeto que los retribuya, sea la Administración o sea el usuario mediante tarifa, o ambos inclusive, podremos calificar el contrato como concesión de servicios.

El riesgo operacional, es un concepto completamente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, las fuentes que nos acercan a su comprensión son las Directivas de concesiones y la jurisprudencia del TJUE.

El Considerando 18 Directiva 2014/23 afirma que *“la característica principal de una concesión, el derecho a explotar la obra o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico...”*. De esta forma, la retribución del concesionario debe provenir en su parte sustancial de la explotación de la obra o del servicio objeto del contrato.

Si destacamos los aspectos más relevantes que nos ofrece el Considerando 20 de la Directiva, podemos definir el riesgo operacional como aquel que resulta “de factores que escapan al control de las partes”. El riesgo operacional comporta la “exposición a las incertidumbres del mercado”, debido al “riesgo de demanda” o de “suministro”. El “riesgo de demanda” existe cuando los ingresos del contratista dependen de manera significativa del número de usuarios que libremente demanden el servicio. El riesgo de oferta es el riesgo de que el concesionario no sea capaz de satisfacer las exigencias o preferencias de los usuarios, sin que ello represente un incumplimiento del contrato.

²⁶ Laguna de Paz, J. C. «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos» en *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017 pp.50-51

El legislador europeo precisa que el riesgo operacional, en tanto, riesgo económico, debe implicar “una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (art.5.1 in fine). Más adelante insiste en que no hay riesgo operacional cuando se alivia al concesionario de cualquier pérdida potencial, porque se entiende que, en ese caso, no ha habido asignación real del riesgo al concesionario.

Por otro lado, el TJUE ha ido desgranando manifestaciones concretas del riesgo operacional (no recogidas por la Directiva 2014/23). Así, se ha precisado que el riesgo de explotación económica puede traducirse en: a) el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores; b) el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios; c) el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados; d) el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación; y e) el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación.²⁷

Con todo, la relevancia del riesgo no debe hacernos perder de vista las características singulares de la contratación pública, que no solo explican que el *riesgo sea limitado, sino la conveniencia de que sea limitado*.²⁸ Por ello, el nuevo concepto de riesgo operacional no debe ser llevado a un punto extremo que suponga la plena asunción de riesgos por el contratista, haciendo poco atractiva la contratación con la Administración. En cierto modo, la construcción dogmática del contrato administrativo no solo afianza las prerrogativas de la Administración en la fase de ejecución, sino que también está orientada a mitigar los riesgos del contratista, que está más protegido que en el tráfico jurídico-mercantil.²⁹

²⁷ Vid. STJUE 27/10/2005, Contse y otros, C-234/03, ap.22; STJUE 11/06/2009, Hans christophorus Oymanns, C-300/07, ap. 74; STJUE 10/03/2011 C-274/09 Privater Rettungsdients, ap. 37.

²⁸ Hernández González, F.L. «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos» en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 60, 2016. pp.50-57

²⁹ Ariño Ortiz, G. «El enigma del contrato administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007 pp.94-96.

III. LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO.

3.1. Actuaciones legislativas

a) El cambio normativo y su incidencia en el contrato.

En la LCSP existe cierta previsión para los casos en que una Ley u otras disposiciones de carácter general incidan en el equilibrio económico del contrato de Concesión de Servicios. Ejemplo de esto, es lo previsto en el art. 290.6 LCSP. En él, se prevé la consecuencia jurídica para los supuestos en que la aprobación de una Ley con posterioridad a la formalización del contrato suponga una alteración del equilibrio económico que haga “excesivamente onerosas” las obligaciones para el contratista o, cuando el contratista venga legal o contractualmente obligado a incorporar avances técnicos que la mejoren notoriamente, pero que dichos avances se hallen disponible en el mercado con posterioridad a la formalización del contrato. La consecuencia que se deriva en caso de darse estos supuestos es el nacimiento del derecho de desistimiento del contrato para el contratista, pero, este no comportará ningún derecho indemnizatorio para ninguna de las partes.

Si hacemos un desglose del art. 290.6 LCSP, podemos ver tres formas de alteración de la economía del contrato. Dos que pudieran tener lugar por la aprobación de una Ley, y otra de origen contractual y, a su vez, dentro de las dos que pudieran tener su origen en una Ley, podemos, distinguir entre una forma específica de incidencia y otra genérica.

Debemos advertir que la alteración de origen contractual del apartado a) del art. 290.6 LCSP, no será objeto de estudio en este epígrafe. La causa de origen legal específica sería aquella descrita en el apartado b) del art 290.6 LCSP, que análogamente a la de origen contractual, impone al contratista el deber de introducir innovaciones técnicas para la prestación del servicio en cuestión. Y la tercera, la genérica, es aquella que produce un incremento de coste por causa distinta del deber u obligación de introducir las mejoras técnicas. En esta última forma de incidencia de la Ley en la economía del contrato, se puede decir que cabe de todo.

Por ello, ahondaremos en esta última forma en la que la Ley puede incidir económicamente en el contrato, aunque la LCSP es clara a la hora de determinar la consecuencia jurídica de darse el caso: el nacimiento del derecho de desistimiento del contrato sin lugar a indemnización alguna para ninguna de las partes.

b) Los principios de buena fe y confianza legítima.

Los principios de buena fe y de confianza legítima serán estudiados en este epígrafe desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial que pudiera acaecer por la actuación del poder legislativo cuando la misma afecte directamente a la economía del contrato.

La locución de “confianza legítima” deriva de la palabra alemana “Vertrauensschutz”, que podemos traducir como “protección de la confianza”. La confianza legítima ha significado en el derecho alemán un límite a la indiferencia de los gobernantes en la toma de decisiones respecto a la situación de aquellos que desenvuelven su vida y proyectos de acuerdo con la situación legal y en general normativa imperante con anterioridad a tales decisiones.³⁰

Con ánimo de no detenernos en debates doctrinales ya superados, sobre si existe o no la responsabilidad del poder legislativo por su actuar, daremos por sentado que sí, pues por todos es sabido que el art. 9.3 CE declara como principio del ordenamiento jurídico la responsabilidad de los poderes públicos y, por tanto, la actuación legislativa puede originar responsabilidad patrimonial. Otro argumento para sostener la superación de este debate no es ya solo la larga jurisprudencia europea y nacional que declara responsable al Estado legislador por los daños que pudiera ocasionar su actividad legislativa, sino que esta responsabilidad encuentra su positivización en el ordenamiento jurídico nacional a través de la ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen del Sector Público, en el art. 32. (en adelante, LRJSP).

Por otro lado, hay que destacar que el principio de confianza legítima tiene carácter constitucional por ser una manifestación específica del principio de seguridad jurídica también recogido en el art.9.3 CE, por tanto, la inobservancia al principio de confianza legítima, que actúa como límite a la facultad innovadora del ordenamiento que posee el legislador, puede originar responsabilidad patrimonial. Y es aquí donde radica el soporte constitucional de este tipo de responsabilidad³¹. Una vez sentado esto, procederemos a analizar el sistema de responsabilidad patrimonial derivada de la actividad legislativa, y los requisitos que han de darse para declarar su procedencia.

³⁰ Silvina Mora, P. «La confianza legítima como expresión de la Bonae Fides de la Administración», en *Revista Aequitas*, 2013, pp.98-99

³¹ Reina García, O. M. «El principio de confianza Legítima como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Ordenamiento jurídico Español», en *Revista Iustitia* núm. 8, 2010, s.l. p.269

Como ya hemos dicho, el poder legislativo es titular indiscutible de la facultad de modificación e innovación del ordenamiento jurídico, pero el principio de confianza legítima constituye un límite a esa facultad del legislador. De esta forma, este principio vincula al legislador, primero; imponiéndole el deber de previsión de los efectos perjudiciales que la aprobación y aplicación de la norma puede traer consigo y, segundo; en el eventual caso de que los ocasionare, se impone el deber de prever medidas transitorias que desagraven, compensen o minimicen los posibles daños.

Toca ahora saber qué es lo que queda bajo la protección de este principio. Bajo este principio quedan amparadas las legítimas “expectativas de derecho” y no derechos patrimoniales ya consolidados, ya que de ser esto últimos los que hallen cobertura bajo este principio, la pretensión a deducir ante el ente legislador, estaría fundada en el art. 33.3 CE, es decir, en una expropiación de derechos o bienes; no obstante, la confianza legítima obliga al legislador a cuanto menos responder por la modificación de las circunstancias económicas habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento que causen un perjuicio, siempre que el acto legislativo que altera dichas circunstancias fuese adoptado sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias. Además, cabe señalar que este principio no reconoce el derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja.³²

Una positivización de este principio, lo hallamos en el art. 129 LPAC, relativo a principios de buena regulación, específicamente en su apartado cuarto la ley lo reconoce como una manifestación específica del principio de seguridad jurídica.³³

Ya habíamos anticipado que la responsabilidad del Estado legislador la encontramos en el art.32.2 y los subsiguientes apartados de la LRJSP, hay que advertir que en ella se hace referencia a

³² La STS 30/06/2001 se pronuncia en los siguientes términos: Para examinar si esto es así es menester utilizar varios criterios. Entre ellos reviste singular interés el relacionado con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones. Estos conceptos [...] relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento.

³³ 129.4 LPAC: «A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.»

la responsabilidad del Estado legislador que tendría lugar por aplicación por parte de la Administración de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria que lesionen bienes o derechos del administrado que no tenga el deber jurídico de soportar; también; por aplicación de actos legislativos que posteriormente sean declarados inconstitucionales, o, que sean contrarios a derecho de la Unión. Si bien, el artículo 32 LRJSP, hace referencia a la responsabilidad del Estado legislador, este solamente prevé la responsabilidad patrimonial si el daño es causado por un acto de la Administración en aplicación de una Ley, no cuando es la Ley la que directamente causa el daño. Quede claro que ninguno de estos supuestos que la Ley describe, es un supuesto de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del principio de Confianza Legítima que aquí estamos tratando, más bien, de esta forma, la Ley apunta la manera de exonerar a las administraciones que, por el cumplimiento del principio de jerarquía normativa, dictan actos contrarios a derecho, excluyéndola, por tanto, de una eventual responsabilidad conjunta o solidaria.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, «la incidencia de una Ley en un contrato administrativo o una concesión en curso puede, en efecto, producir una alteración de este tipo, (del equilibrio económico) lo que exigiría la liquidación de sus efectos negativos en el seno de la propia relación jurídica, operando la lógica del contrato, pura y simplemente que exige ese reajuste, no es pues un problema de responsabilidad del legislador». ³⁴

Nosotros compartimos esa idea, pero con matices. Creemos que si el legislador con la aprobación de una Ley genera una situación de extraordinaria onerosidad para el contratista como la descrita en el art. 290.6 LCSP, y el contratista desiste del contrato, este desistimiento que frustra la ejecución del contrato y con ello las expectativas de ganancia por la explotación del servicio, no habría lugar a un reajuste en el seno de la relación contractual, más bien debería instarse el trámite de responsabilidad patrimonial ante el Estado legislador, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios causados y lucro cesante. En cambio, si el contratista, dadas las circunstancias anteriores, no desiste del contrato, persistiendo la extraordinaria onerosidad, se debería proceder a un reajuste económico en el seno de la relación contractual, pero más que operar el *factum principis* como causa de reequilibrio, se debería reconducir a la teoría del riesgo imprevisible, en tanto que ni la Administración contratante ni el concesionario tienen participación alguna en el hecho que origina tal desequilibrio.

³⁴ García de Enterría, E. y Fernández, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª ed. Madrid, 2015, Vol. II, p.417

3.2. Las actuaciones judiciales que pueden incidir en el contrato. Autos y sentencias.

Los actos y decisiones adoptadas por los jueces y magistrados integrantes del poder judicial también pueden tener una eventual incidencia en los contratos celebrados por la Administración, un ejemplo de ello es el Auto declarativo del Concurso que puede adoptar, con carácter general, el juez de lo mercantil.

Sobre los efectos que puede tener el Auto declarativo del concurso en la contratación con Administraciones Públicas, el art. 67.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), nos remite a su legislación específica, es decir, a la LCSP.

El art. 211.1 b), establece que, “*Son causas de resolución del contrato: La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento*”. Aunque parezca más adecuado encuadrar este tema dentro de las causas de resolución del contrato, su tratamiento será en este epígrafe analizándolo desde la incidencia económica que tiene de por sí la posible continuidad del contrato cuando se opta por la vía de su no resolución.

Como ya hemos visto, el art. 211.1 b) incluye dos causas por las cuales se puede acordar la resolución del contrato, una de ellas es automática, así, la declaración de insolvencia del contratista en cualquier procedimiento dará lugar siempre a la resolución del contrato de conformidad con el art. 212.2 LCSP, en cambio, con la declaración del concurso (aunque esta es en sí, una declaración de insolvencia actual o inminente), nace una la potestad resolutoria de la Administración, pudiendo esta ejercerla o no, optando por la continuidad en su ejecución cuando razones de interés público así lo aconsejen, siempre y cuando el contratista prestare las garantías suficientes para continuar su ejecución.

En la regulación anterior, no se establecía ningún tipo de criterio para calificar como suficientes las garantías prestadas, lo que se corrige ahora, estableciendo la Ley que deberán considerarse en todo caso como suficientes, tanto una garantía complementaria de al menos un 5 por 100 del precio del contrato; así como el depósito de una cantidad en concepto de fianza, que quedará constituida como cláusula penal en caso de incumplimiento por parte del contratista³⁵.

³⁵ La fianza se constituirá de la alguna de las formas establecidas en el art. 108.1: En efectivo o en valores; Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezcan las normas de desarrollo de esta Ley o, Mediante contrato de seguro de caución. Para el caso de la concesión de servicios, la garantía podrá constituirse mediante retención en el precio si esto está previsto en el PCAP.

Por otro lado, cabe decir, que estas garantías prestadas serán consideradas suficientes en todo caso, según indica el precepto, pero puede darse el caso que no sean las únicas que puedan tener dicha calificación. Por tanto, ha de valorarse, como anteriormente se hacía en estos casos, si las garantías ofrecidas son “suficientes” para conjurar el riesgo de incumplimiento, que aseguren que su situación de insolvencia no va a impedir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, prevaleciendo así el principio general de continuidad de la actividad empresarial, por tanto, la Administración podría valorar, en caso que se prestasen otras garantías distintas a las ya mencionadas, si estas son “suficientes” a tal fin, debiendo el contratista probar que la declaración del concurso no ha afectado a su capacidad operativa.³⁶

La situación de concurso se produce de conformidad con el art. 21 LC, con el Auto que declara el concurso que, con independencia de su firmeza, será directamente ejecutivo, abriendo las siguientes secciones del concurso. Es en este momento cuando nace, por tanto, la causa de la potestad resolutoria que corresponderá en todo caso a la Administración, por lo que en tanto la administración no decida resolver el contrato, el contratista no quedará liberado del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por tanto, nos vamos a poner en el supuesto de que, una vez declarado el concurso, el contratista decide prestar las garantías suficientes y a su vez la Administración no ejerce la potestad de resolución del contrato, optando por vía de la continuidad en la prestación del servicio. En este punto es donde nos plantearemos las distintas cuestiones que puedan tener incidencia en la economía del contrato.

En la nueva LCSP hay cuestiones que convendría matizar dado que la anterior regulación si lo hacía, una de ellas es por ejemplo el alcance que tiene la potestad de continuar con el contrato, pues la anterior normativa especificaba que la apertura de la fase de liquidación daba lugar a la resolución automática del contrato, ahora nada se dice al respecto (*ex art.224.5 TRLCSP*). Actualmente no queda claro, si puede proseguir o no un contrato durante esta fase, no obstante, el auto que declara la apertura de la fase de liquidación también acordará la disolución de la sociedad, lo que de por sí no supone la extinción de la personalidad jurídica, pero sí que supone la paralización ordinaria de la actividad de la empresa, por lo que si tenemos en cuenta que el fundamento de esta causa resolutoria no es sino el de preservar el interés público, permitiendo a la Administración

³⁶ Barrero Rodríguez, C. «Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma normativa» en *Revista de Administración Pública* núm. 196, Madrid, 2015, p.68.

liberarse de aquellos contratistas cuya situación de crisis le hacen temer fundadamente que pueden frustrar el fin del contrato al no disponer de los medios necesarios para su cumplimiento³⁷, creemos que en la actualidad con la apertura de la fase de liquidación debería resolverse el contrato a fin de preservar el interés público.

Otro matiz que obvia la nueva LCSP, es la eventual consecuencia jurídica pendiente de la calificación del concurso, sea como fortuito o como culpable, esto es algo que la anterior regulación dejaba claro, de tal forma que se acordaba la pérdida de la garantía en caso de que el concurso fuera calificado como culpable, lo que interpretado a *contrario sensu* daba lugar a la devolución de la misma en caso de que el concurso fuera calificado como fortuito. Algunos autores defienden que en la nueva LCSP sigue manteniendo esta solución en tanto que el art. 111.1 LCSP, establece la devolución de la garantía para los casos de resolución sin culpa para el contratista, por lo que en un concurso calificado como culpable procedería la incautación, no obstante, pese a que el concurso contara con esa calificación (culpable), no supondría por sí mismo que también es culpable la resolución del contrato que trae causa de esa declaración³⁸.

En primer lugar, en tanto que la Ley obvia el pronunciamiento respecto a la calificación del concurso, vamos a plantear el supuesto obviando este hecho. La Ley ahora es un poco más clara respecto a la “garantía suficiente” que ha de prestar el contratista. Bien una garantía adicional, o bien un depósito en concepto de fianza. Como se ve, son dos garantías de diferente naturaleza, una es garantía adicional, es decir, un plus económico que se adiciona a la garantía definitiva y, por tanto, el destino de está queda circunscrito al régimen de la garantía definitiva (art.110 LCSP), en cambio, la segunda tiene naturaleza punitiva, en tanto que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista. El destino de estas garantías adicionales dependerá en muchas ocasiones del contratista que es quien decidirá qué tipo de garantía prestar para continuar la ejecución del contrato en caso de declaración de concurso.

En el supuesto de que, tras declaración de concurso de acreedores, la Administración permitiese al contratista prestar las garantías suficientes del apartado a) del art. 212.5, LCSP, para continuar prestando el servicio. Posteriormente, la Administración podrá instar la resolución si los motivos de interés público que motivaron su continuidad desaparecen y siempre potestativamente.

³⁷ Ibidem, p.66

³⁸ Barrero Rodríguez, C. «Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017» en *D.A. Nueva Época* – núm. 4, 2017, p. 64.

En este caso, la causa por la que se resuelve el contrato no debería considerarse que es la descrita en el apartado b) del art. 211.1 LCSP, es decir, la declaración del concurso misma, más bien debería llevarse a cabo por la causa descrita en la letra c) del mismo artículo, esto es, por el mutuo acuerdo (siempre que lo hubiera, claro). El 212.4 LCSP, relativo a la aplicación de las causas de resolución estipula que, *“La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”*. Como podemos ver, la aplicación de esta causa también lleva aparejada consigo la conjunción de dos requisitos: 1) la no concurrencia de otra causa de resolución imputable al contratista y, 2) que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

En el ejemplo descrito, si desaparecen las razones de interés públicos que aconsejaban la permanencia del contrato, la continuidad de este se hace innecesaria o incluso inconveniente, cumpliéndose el segundo de los requisitos. El primero de los requisitos también se cumple, ya que cuando el contratista prestó las garantías suficientes, la situación de crisis que pudiera fundar el temor de la Administración por la eventual frustración del fin del contrato desapareció y a su vez desapareció el fundamento de esta causa de resolución, por lo que la declaración de concurso como causa de resolución ya no conculca a efectos de instar el mutuo acuerdo de resolución, pudiendo instarse el mismo.

Por lo que, en este caso, el destino de la garantía prestada estará a lo que las partes pacten válidamente en el acuerdo de resolución. Por otro lado, si en el ejemplo, la garantía suficiente prestada para la continuación hubiera sido un depósito en concepto de fianza esta debiera ser devuelta siempre que no se hubiera tenido lugar ningún tipo de incumplimiento por parte del contratista.

La cuestión trascendental, es determinar si en el caso de resolución por declaración de concurso existe responsabilidad frente a la Administración por la frustración del cumplimiento del contrato y por los daños derivados en su incumplimiento durante el concurso.

Anteriormente, como ya dijimos, se debía esperar a la calificación del concurso y si este era culpable, se incautaba la garantía, y si esta no cubría el total de los daños ocasionados, subsistía la responsabilidad por el importe no cubierto. En cambio, si este era calificado de fortuito, llegó a haber dictámenes que incluso sugerían que los incumplimientos no debían ser imputables al contratista si

el concurso era calificado como fortuito³⁹, en cambio otros, sugirieron que incluso siendo calificado de fortuito se debía reparar el daño⁴⁰. Esto es importante, desde el punto de vista de la responsabilidad.

En el art.295.1. II y III LCSP, establece que en caso de resolución por causas no imputables a la Administración se deberán abonar los importes al concesionario por razón de “la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración y dicho importe será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 281. Y el siguiente párrafo establece que “en todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando esta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a), b) y f) del artículo 211.

El art.281 LCSP, se dedica a regular un nuevo proceso de adjudicación para los casos en que se resuelve el contrato por causas no imputables a la Administración (para el contrato de concesión de obras y aplicable por remisión directa al de concesión de servicios), en él, se nos advierte que el único criterio que se tendrá en cuenta para la nueva adjudicación será el precio. Por otro lado, en este artículo existe un elemento con relevancia económica que vale la pena reseñar, el llamado “tipo de licitación”, que es un tipo porcentual que ayuda a la determinación del valor de las concesiones en este segundo proceso de licitación y que varía en función del grado de cumplimiento que el contratista hubiera alcanzado hasta la resolución del contrato.

Para el cálculo del tipo de licitación, hay unas reglas establecidas en el art. 282 LCSP, que serán de aplicación según el caso. Una vez calculado y aplicado el tipo de licitación se determinará el valor de la concesión y se procederá a la primera subasta, la cual, en caso de quedar desierta, se prevé que el tipo de licitación se reduzca en un 50% y con ello, se produzca una reducción del valor de la concesión. Y ya para el caso en que la segunda licitación también quedare desierta, el tipo de licitación pasaría a constituir el valor de la concesión, quedando ya determinado el importe a ingresar por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración, de esta forma podría darse el caso que el contratista originario recibiera mucho menos ingresos de los desembolsados para el cumplimiento del contrato, produciéndose una especie de sanción indirecta por incumplimientos o por la frustración de la ejecución, pero el alcance quedaría al albur de los futuros licitadores, ya que de estos depende en gran medida la fijación del valor de la concesión y por tanto el importe a ingresar al concesionario originario.

³⁹ Dictamen 471/ 2012, de 26 de julio, del Consejo Consultivo de Madrid,

⁴⁰ Dictamen 136/2008, de 3 de julio, de la Comisión Jurídica de Euskadi.

4. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS QUE INCIDEN EN LA ECONOMÍA DEL CONTRATO

4.1. El ejercicio del "ius variandi"

Ya hemos hecho referencia al *ius variandi* como causa que presupone el reequilibrio de la economía del contrato, y el carácter extracontractual del que está revestido. Para no repetir lo ya dicho sobre el mismo, en este apartado nos dedicaremos al estudio de esta potestad de la Administración, no como causa de reequilibrio económico sino como la extraordinaria potestad que posee la Administración en sede contractual, siendo esta una modulación de la institución contractual privada que caracteriza la contratación pública.

El *ius variandi* nace del interés público que está llamado a servir tanto la Administración como el servicio que el particular gestiona por ella a través del contrato. La Administración a través de un contrato de concesión no hace un traspaso absoluto de facultades sobre el servicio al concesionario, más bien siempre se reserva prerrogativas y potestades que se proyectan en sede de ejecución del contrato. El *ius variandi* es una de esas potestades y se ha considerado irrenunciable para la Administración, que podrá ejercitar siempre que el interés público lo reclame. No obstante, no debe obviarse que el mismo supone una excepción a los principios de "inalterabilidad de los contratos" y de "pacta sunt servanda".

El *ius variandi* tiene límites formales y materiales, el límite formal viene constituido por el procedimiento que ha de seguirse para efectuar tal modificación, el cual está presidido por los principios de contradicción -dando audiencia al contratista- y publicidad. Las modificaciones pueden estar previstas o no previstas en los pliegos, para estos últimos casos es de aplicación el procedimiento descrito en el art. 207.2 LCSP (ex art. 205 LCSP.)

El ejercicio del *ius variandi* se ha ido acotando con la entrada en vigor de la nueva LCSP, en este sentido, la Ley intenta darle una aplicación residual y establece un carácter excepcional y tasado para el ejercicio de esta facultad. El art. 205 LCSP es rotundo, y nos ilustra sobre como el *ius variandi* de la Administración debe operar y en que supuestos lo hace, nos señala también el carácter extraordinario, limitado y tasado de esta prerrogativa. Los supuestos que habilitan a modificar el contrato por esta vía son tres: prestaciones adicionales, circunstancias imprevistas y modificaciones no sustanciales. El art. 205.1 a) nos reconduce a los supuestos tasados del apartado siguiente, y las condiciones que han de darse con carácter cumulativo para poder apreciar cada una de ellas. Por otro

lado, el apartado b) del art. 205.1 LCSP, nos informa que incluso dándose la circunstancia que habilita a la modificación, está ir presidida por los principios de intervención mínima y de necesidad, pues se establece un límite a “introducir variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”.

Los límites económicos a las variaciones no previstas en los pliegos se regulan en el art. 206 LCSP, al establecer la obligatoriedad de asumir por el contratista la modificación siempre que no impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Más adelante, prosigue el apartado segundo diciendo que, si las modificaciones sobrepasan los límites previstos esta no resultará obligatoria para el contratista, por lo que queda supeditada a la conformidad del contratista que no se abra otro procedimiento de licitación.

4.2. El ejercicio de la potestad de interpretación del contrato.

El art. 190 LCSP, referido a las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos estipula que, “con los límites que señala al propia Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.” De la lectura del art. 190 LCSP, se infiere que la Administración puede interpretar el sentido de las cláusulas del contrato cuando no surja una discrepancia, o motivado por una discrepancia con el contratista, en cuyo caso estaría resolviendo dudas acerca de su cumplimiento.

Esta facultad o prerrogativa nace del interés público que revisten las prestaciones debidas de un contrato administrativo, por lo que sería contrario a este interés esperar a que los tribunales se pronuncien sobre el sentido que posee una cláusula que plantee dudas en su interpretación. Ese interés público justifica también que se reserve este poder en favor del órgano contratante, consistente en decidir unilateralmente las controversias que surgieran en la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos, a través de un procedimiento de carácter administrativo cuyas resoluciones fueran inmediatamente ejecutivas.⁴¹

Esta prerrogativa, aun reconducida a un plano formal, no deja de ser un privilegio, porque impone al contratista la necesidad de cumplir inmediatamente con la decisión administrativa, con

⁴¹ Hernández Corchete, J. A. «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos» en “GAMERO CASADO, G. Y GALLEGÓ CÓRCOLES, I. (Dir): *Tratado de Contratos del Sector Público T.III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.2146

independencia de que la misma sea ajustada a la ley y/o al contrato, imponiéndole la carga de impugnación ante los tribunales, so pena de que se entienda consentida e inatacable la interpretación de la Administración.⁴²

Ahora bien, la facultad de interpretar de la Administración es una potestad general, que tiene otras expresiones a lo largo de la vida del contrato, no ciñéndose únicamente a la interpretación de las cláusulas y al cumplimiento del contrato, por ejemplo, esta facultad de interpretar también se manifiesta en la prerrogativa que tiene la Administración de modificación del contrato, en tanto la apreciación por parte de la Administración de causas que conlleven una modificación, son inmediatamente ejecutivas, sin esperar a la resolución por parte de los tribunales.

Ahora bien, es importante destacar cuales son las reglas de interpretación de los contratos administrativos, es decir, cual es la *ratio decidendi* para que la interpretación que haga la Administración se tenga por autentica. Las doctrinas finalistas defienden que el fin del contrato constituye un principio autónomo de interpretación del contrato y en el contrato administrativo la interpretación finalista prevalece sobre la interpretación voluntarista del derecho civil. De esta forma los contratos administrativos adquieren reglas de fondo especiales que rigen la interpretación de los contratos⁴³.

En el otro extremo de la cuerda están las teorías voluntaristas, afirmando que es la voluntad la que debe regir la interpretación de los contratos administrativos, siendo por tanto las normas del Código Civil las que rijan sobre el fondo de la interpretación. LAVILLA ALSINA, parte de la base de que «El contrato administrativo no ve desvirtuada su esencia de acuerdo de voluntades, por lo que no se puede entender que el interés público que lo preside se configure como una excepción al principio voluntarista, siendo por tanto el objeto de la interpretación la voluntad contractual»⁴⁴

Con respecto a la incidencia económica que puede tener esta potestad exorbitante de la Administración, pueden darse casos en que la Administración haga un uso laxo de esta facultad de interpretar el contrato, con conocimiento y consentimiento del contratista, haciendo que las decisiones administrativas que adoptan la forma de interpretación del contrato lo alteren

⁴² García de Enterría, E. (1963): «La figura del contrato administrativo» en, *RAP* núm. 41, p.122

⁴³ Hernández Corchete, J. A. «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos» en GAMERO CASADO, E y GALLEGO CÓRCOLES, I (Dir.): *Tratado de Contratos del Sector Público T.III*, Tirant lo Blanch, Valencia,2018, pp.2147-2148.

⁴⁴ Lavilla Alsina, L. «El interés público en la interpretación de los contratos Administrativos» en *DA*, núm110, 1967, p.16

económicamente, suponiendo una auténtica modificación contractual, claramente hecha en fraude de ley, que pudiera afectar a los límites objetivos del *ius variandi*, el cual garantiza que no quede defraudada la libre concurrencia que rige el proceso de adjudicación.

4.3) Las decisiones sobre el cambio de gestión del servicio.

A diferencia de las instituciones anteriores que hemos estudiado hasta ahora en este epígrafe, las decisiones que tome la Administración contratante con respecto al cambio de gestión del servicio contratado no constituyen ninguna prerrogativa extraordinaria de la Administración, entendidas como tales, aquellas que serían nulas en un contrato de carácter privado. Es más, se hace complicado hablar de decisiones sobre el cambio de gestión que sean realmente una decisión de la Administración, en tanto que la resolución que la acuerde es un acto de carácter reglado, donde la discrecionalidad de la Administración ya no juega un papel tan importante como antes.

Cuando hacemos referencia al cambio de gestión del servicio, estamos hablando de la institución contractual de la cesión del contrato. La naturaleza de esta institución ha sido de carácter instrumental, suponiendo una excepción al principio de ejecución personal por el contratista. Así se pronuncia la Junta Consultiva de Extremadura en su informe 39/1978, de 22 de noviembre, al decir:

“La cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la obra que le ha sido adjudicada. (...) Quiere ello decir que la cesión está concebida como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita, en casos excepcionales y siempre que las características del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación, la sustitución del elemento subjetivo del contrato”.

La legislación de contratos en esta materia ha sido modulada por la entrada en vigor de las directivas europeas de contratación y concesiones. La Directiva 2014/23 la regula en el art. 43.1 d), localizándola en sede de modificación del contrato.

“Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes: cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:

- i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),
- ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien...”

En coherencia con esta regulación el art. 285.1 e) LCSP, relativo a los pliegos contractuales, establece que se deberán incluir en estos pliegos la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato con lo previsto en el art. 214 LCSP, y este artículo en cuestión señala que “la modificación subjetiva de los contratos solo será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, con los límites que señala el párrafo siguiente.”

Un límite es que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación y que de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Otro límite es que, de tratarse de una concesión de servicios, se haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato, aunque no será necesario apreciar este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en una situación que comprometa su solvencia.⁴⁵ En este sentido, la capacidad y solvencia del cesionario, también son un límite para que la cesión tenga lugar.

4.4) Intervención y secuestro, rescate y resolución del contrato

La **intervención o secuestro** de la concesión de servicios es un medio de carácter temporal que tiene la Administración frente a las perturbaciones graves y no reparables, por causas ajenas al concesionario o por incumplimientos graves de éste, que pusiera en peligro la explotación de un servicio público. El carácter público que reviste al servicio concesionado es lo que justifica en cierto modo esta posibilidad, estando vetado en principio, por silencio de la ley, la intervención y secuestro de un servicio no público.

La intervención o secuestro, es una decisión de la Administración contratante, que se resuelve en un procedimiento con previa audiencia del concesionario, que deberá ser siempre motivada. También prevé la Ley que, si tras la notificación del acuerdo que resuelve acordar la intervención o secuestro, el concesionario dentro del plazo que se le hubiere fijado, no corrigiera la deficiencia, será dicho acuerdo ejecutable. En la resolución se fijará también la duración de la intervención, la cual no puede exceder, incluidas las prórrogas, de 3 años.

⁴⁵ El art. 214.2.b) se pronuncia en los siguientes términos: No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso, aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.

El principal efecto de la declaración de intervención del servicio público es la explotación directa por parte del órgano contratante del servicio y el derecho a percibir las contraprestaciones establecidas por su uso, pudiendo utilizar la Administración los medios del concesionario, tanto el personal como el material. Además, el órgano designará uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria.

La intervención o secuestro no supone que la explotación del servicio deje de prestarse por cuenta y riesgo del concesionario, pues al finalizar la medida, se devolverá al concesionario el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos derivados de la misma, incluidos los interventores nombrados por esta en la dirección de la empresa y, la Administración deducirá la cuantía de las penalidades impuestas por los incumplimientos, en su caso. En todo caso, a tenor del art. 293.2 LCSP, sea por causas ajenas o por incumplimiento del contratista, este deberá abonar los daños y perjuicios que efectivamente se haya ocasionado a la Administración.

Corresponde a la Administración de oficio o por instancia del contratista el levantamiento de esta medida, cuando resultase acreditada la desaparición de las causas que la hubieran motivado y el concesionario estuviera en condiciones de seguir explotando el servicio.

Por otro lado, cuando la intervención es acordada por incumplimiento grave de las obligaciones por parte del concesionario que supongan una perturbación grave al servicio público y no reparable por otros medios, habrá que estar al régimen de penalidades establecidas, el art. 293.2 LCSP, nos remite a las penalidades del art 264 LCSP, referente al régimen de penalidades de la concesión de obras, y nos advierte que son de aplicación las mismas siempre que resulten compatibles con la naturaleza de la concesión de servicios.

En el artículo 264 LCSP, se establece que los pliegos de contratación establecerán un régimen de penalidades por incumplimiento, distinguiéndolos por su carácter leve o grave. No obstante el art. 285 relativo a los pliegos en el contrato de concesiones de servicio, no impone el deber de establecer el régimen de penalidades, pero este deber puede venir impuesto por virtud del art. 284.2 LCSP, al decir que cuando se trata de un servicio público, la Administración antes de proceder a la contratación deberá haber establecido el régimen jurídico del mismo, que regule los aspectos de carácter jurídicos, económicos y administrativos concernientes a la prestación del servicio. Esta interpretación es coherente dado que la intervención solo cabe cuando se presta en régimen de concesión un servicio de carácter público.

Los límites económicos al régimen de penalidades que se debe establecer se modularán en función de la gravedad o levedad del incumplimiento, y no pueden exceder, para el caso de la concesión de servicios, del 20 por cien de los ingresos obtenidos por la explotación del servicio el año anterior, pero cabe la posibilidad que el daño causado por el incumplimiento supere la penalización máxima, en este caso se ampliará el límite hasta el valor del daño causado.

El acuerdo de la intervención o secuestro del servicio incide económicamente en el contrato por cuanto una vez ejecutada la medida, se procederá a depurar responsabilidad por los daños ocasionados a la Administración y por los gastos que se ocasionen por dicha intervención. Por otra parte, la explotación del servicio sigue corriendo a cuenta y riesgo del concesionario, pero la gestión de este pasa a manos de la Administración, es decir, hay un traslado o reversión de facultades de gestión del servicio a la Administración sin un traslado efectivo de los riesgos, los cuales seguirá asumiendo el contratista.

Por último, si la intervención dura más de los 3 años estipulados, porque el contratista en dicho plazo no haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, esta pasa a ser una causa de resolución del contrato de concesión de servicios, que tiene naturaleza de causa de extinción por incumplimiento del contrato imputable al contratista. Por lo tanto, quedará a expensas la pérdida de la garantía -y subsiguiente depuración sobre esta de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración- a que se determine la culpa o no del contratista.

Por lo que respecta al **rescate** de la concesión, esta se prevé como una causa de resolución del contrato específica de los contratos de concesión. El rescate supone una decisión unilateral de la Administración fundada en razones de interés público en virtud de la cual el servicio pasa a ser gestionado directamente por la Administración. Esta causa de resolución se configuraba tradicionalmente como un supuesto de resolución derivado de las potestades administrativas vinculadas a la ordenación del servicio, no obstante, ahora la Ley, establece un específico deber de justificar que la prestación por parte de la Administración es más eficaz y eficiente que la concesional, con independencia del interés público que se invoque.

En este sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999, diciendo que «El rescate es una forma de extinción anticipada del contrato por motivos de oportunidad y no por incumplimiento contractual, supone la reunificación en una misma mano de la titularidad y la gestión del servicio, siendo imposible rescatar para volver a contratar la gestión del servicio»

En relación con la regulación anterior, el art. 269 TRLCSP establecía una definición del rescate, así decía que, “Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante, la buena gestión de su titular.” En la actual redacción del art. 294.c) LCSP, se establece que, “Es causas de resolución del contrato de concesión servicios: el rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”.

Una diferencia destacable con la redacción anterior es la supresión de la referencia al carácter discrecional de la resolución que acuerda el rescate, que por consiguiente implica la exigencia de especificación del interés público que lo determina, esta simple modificación comportará un nivel de exigencia mayor de motivación, justificación o acreditación del interés público para poder proceder al rescate⁴⁶.

Otra modificación digna de ser destacada es la supresión de la locución “no obstante la buena gestión de su titular” y la introducción ahora de la necesidad de “acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”. Esta modificación, comporta la realización de un juicio comparativo que acredite que la gestión directa del servicio por la Administración permite alcanzar de forma más adecuada los objetivos perseguidos (eficacia) o que optimiza mejor de mejor forma la relación medio/fin (eficiencia)⁴⁷. La pregunta que se me suscita es si en dicho juicio comparativo es relevante o no la gestión llevada a cabo por el contratista o si, por el contrario, el juicio debe obviar la buena o mala gestión de este, y simplemente establecer la comparación de forma objetiva, comparando las ventajas y desventajas del régimen concesional con el régimen de gestión directa en relación a determinado servicio.

A efectos económicos, el rescate, implica el deber de la Administración de indemnizar al contratista por los perjuicios derivados de la resolución anticipada de la concesión. En este sentido, el fundamento de la indemnización ha tenido naturaleza expropiatoria, en tanto que es la concurrencia de un interés público declarado lo que faculta a la Administración a resolver la gestión anticipadamente, por lo que se tiene derecho a una indemnización determinada, de conformidad con la propia LEP, y con el art. 295.4 LCSP, de tal forma que corresponderá indemnizar los daños y

⁴⁶ Fernández Valverde, R., «El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *DA. Nueva Época* – núm. 4, enero-diciembre, 2017, p.80.

⁴⁷ Lazo Vitoria, X., «El contrato de concesión de servicios» en GAMERO CASADO E. Y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratado de Contratos del Sector Público*, T.III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.2610-2611.

perjuicios causados como los beneficios futuros que se dejen de percibir, sin perjuicio de los gastos realizados por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión.

Por último, en lo que respecta a la **resolución del contrato**, cabe decir que la naturaleza de esta institución se encuadra dentro de las prerrogativas que en materia de contratación poseen las distintas Administraciones Públicas. La resolución del contrato es una extinción anticipada del contrato que la Administración contratante adoptará bien de oficio o a instancia de parte, mediante acto administrativo motivado llevado a cabo por el procedimiento estipulado en la Ley. Por su naturaleza de potestad administrativa, es evidente que la resolución no puede ser acordada por el contratista, ni formal ni materialmente, no pudiendo este desatender sus obligaciones contractuales cuando la Administración incumple sus obligaciones, pues esto determinaría el cambio de causa de resolución, de tal forma que lo que en principio era una causa imputable a la Administración ahora le es imputable a él.⁴⁸

La resolución del contrato administrativo, como ya dijimos, es una potestad cuyo ejercicio es causal, y las causas que motivan su apreciación no pueden estar incluidas, por muy razonable que parezcan, en otra disposición normativa que no tenga valor de Ley. Desde la perspectiva formal, el ejercicio de esta prerrogativa se debe articular, según la jurisprudencia, «En un procedimiento autónomo, con sustantividad propia y no como un mero incidente de ejecución del contrato⁴⁹», la ausencia de este procedimiento motivará una declaración de nulidad del acuerdo de resolución. Con respecto a la impugnación del acuerdo de resolución del contrato, podemos decir que la misma corresponde al legitimado que no esté de acuerdo, y el régimen de recursos aplicable es el general de la LPAC, puesto que no está entre los supuestos susceptibles de recurso especial que se refiere el art. 44 LCSP, salvo para la resolución que acuerde el rescate de las concesiones.

Las causas de resolución, se suelen clasificar en tres categorías, en aquellas causas que afectan a la persona o a la solvencia del contratista, causas que afectan al cumplimiento del contrato y causas que afectan al contenido del mismo, nosotros, dado que el contenido de este estudio tiene como fin ilustrar acerca del contenido económico, las clasificaremos en atención a su imputabilidad, de esta forma, serán causas imputables a la Administración y causas imputables al contratista y dentro de

⁴⁸Roás Martín, P. L. «El control jurisdiccional de la contratación pública: aspectos problemáticos» en GAMERO CASADO E. Y GALLEGU CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratado de Contratos del Sector Público, T.III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.512

⁴⁹ STS, secc.7 22/03/2012

estas, no nos centraremos en las causas generales de resolución del art. 211 LCSP, sino que únicamente esta clasificación la llevaremos a cabo sobre las causas de resolución del art.294 LCSP, aplicables al contrato de concesión de servicios.

Las causas imputables a la Administración del art. 294 LCSP son 4: 1)la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, 2) el rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público, 3) la supresión del servicio por razones de interés público y 4) la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Estas causas de resolución comportan como norma general -además del abono del importe al concesionario de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión- la indemnización al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración, además, para el caso que la resolución del contrato fuera el retraso imputable a la Administración, el contratista tendrá derecho, además, al abono del interés de demora previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega y hasta la liquidación de la indemnización resultante de la resolución.

Por otro lado, las causas del art. 294 LCSP imputables al contratista serían: la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley y, el secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el apartado 3 del artículo 263, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

Dentro de esta categoría, se hace necesario distinguir, a su vez, entre aquellos casos en los que hay culpa del contratista y aquellos en los que no. Para determinar la culpa de este, la STS sec.4, 21/12/2007, nos ilustra acerca de como determinarla, en este sentido establece que, «La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto,

esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar».

La determinación de la existencia o inexistencia de culpa del contratista, comporta la determinación de los efectos de la resolución, así en caso de que la resolución del contrato fuere acordada por una causa imputable al contratista y además culposa, se procedería a la incautación de la garantía sobre la que se detraerá la correspondiente indemnización, pero ojo, la misma sentencia antes citada declara que: «En cualquier caso, una resolución culpable no lleva consigo necesariamente el reconocimiento de derecho indemnizatorio, para lo cual es preciso su acreditación y la referencia a los concretos aspectos que han derivado en su producción»

5. LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

5.1. Responsabilidad contractual y extracontractual.

La palabra responsabilidad proviene del latín “*responsum*”, que es una forma de ser considerado sujeto de una deuda u obligación, en línea con esta definición podemos definir que la responsabilidad contractual es aquella deuda u obligación que nace en el sujeto que incumple total o parcialmente un contrato. En nuestro código civil los arts. 1101, 1105, 1256 y 1258, se dedican a la regulación de esta materia en lo que se refiere a los contratos de carácter privado, pero es la fuente de inspiración de la responsabilidad contractual de los Contratos Administrativos.

La responsabilidad contractual tiene lugar siempre que previamente se haya constituido una relación jurídica contractual válida con un sujeto, que en el marco de esa relación contractual se haya producido el incumplimiento total o parcial de alguna de las obligaciones estipuladas, que dicho incumplimiento se haya producido por culpa o negligencia del deudor, que exista nexo causal entre el hecho y el resultado, y que con ello se haya ocasionado un daño o perjuicio reparable y cuantificable.

La responsabilidad extracontractual, se funda sobre estos mismos requisitos salvo que esta última no requiere la previa existencia de una relación contractual ni, por tanto, tampoco el incumplimiento de una obligación contractual, sino que requiere la existencia de un hecho culpable o negligente ocasionador de un daño o perjuicio reparable y cuantificable, mediante el cual nace el deber de indemnizar.

Como ya hemos dicho, la responsabilidad contractual presupone un incumplimiento del contrato que ocasiona daños y perjuicios a la otra parte, entre dicho incumplimiento y los perjuicios ocasionados debe existir una relación de causalidad imputable por culpa o negligencia a la parte incumplidora, pero la potestad de interpretación del contrato, faculta a la Administración a decidir en quien concurre culpa en caso de haber lugar un incumplimiento, y a determinar la consecuencia jurídica derivada del mismo.

El art. 34.1 LCSP, relativo a la libertad de pactos, habilita a incluir en los contratos administrativo los pactos, cláusulas y condiciones que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena Administración. El incumplimiento de las obligaciones y sus consecuencias jurídicas se prevé en el art. 192 LCSP, en el que se dispone la

posibilidad de que los Pliegos Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), contengan un régimen de penalidades para los casos de cumplimiento defectuoso por parte del contratista.

En la contratación administrativa las cláusulas penales tienen ciertos límites que debemos conocer. El principal límite es que no caben penalidades con carácter alternativo, es decir, aquellas que habilitasen al contratista a liberarse de realizar la prestación debida mediante el abono de la penalidad, por tanto, las penalidades pactadas siempre tendrán el carácter de cumulativas, debiéndose cumplir la prestación debida junto con el abono de la penalidad en su caso.⁵⁰

El contrato de Concesión de servicios que no llevase aparejado la ejecución de una obra es un contrato cuyo incumplimiento por parte del contratista, no se rige tanto por las previsiones generales descritas en los art. 192 y ss, sino más bien por el propio PCAP, en tanto que el art. 286 LCSP, excluye la aplicación del apartado 2 del art. 192, al art. 193 y 195, artículos todos ellos dedicados, respectivamente, a configurar la responsabilidad contractual en casos de incumplimiento parcial imputable al contratista, configurar el incumplimiento por demora en la ejecución y la resolución por demora y la ampliación del plazo.

En la concesión de servicios, el régimen aplicable a la responsabilidad por incumplimiento se recoge en el art.293.2 LCSP, tanto si se trata de un servicio público, como para el caso de que no, pero en cambio, el art. 293.1, solo es aplicable cuando se trata de un servicio público. El art. 293.2 LCSP, nos remite al art. 264, en él, se contiene el régimen de penalidades por incumplimiento del contrato de concesión de obras, que será de aplicación siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios.

Haciendo un breve resumen de lo estipulado en la Ley, se puede decir que “los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, distinguiendo entre los de carácter leve y grave. Deberán considerarse penalizables el incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en esta Ley, la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella [...] la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas.” Además, se establece un deber de proporcionalidad de las penalidades al

⁵⁰Hernández Corchete, J.A. «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos» en “GAMERO CASADO, G. Y GALLEGÓ CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratado de Contratos del Sector Público T.III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.2160.

tipo de incumplimiento y un límite cuantitativo a las penalidades no previstas, no pudiendo ser superior al 20 por cien de los ingresos obtenidos durante la explotación del año anterior.

Por otro lado, la ley establece que, con independencia de las penalidades previstas en los pliegos, se podrá imponer al concesionario multas coercitivas cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones, siempre que hubiere un previo requerimiento de cumplimiento en plazo determinado, y que en caso de no existir legislación específica que determine la cuantía, el importe diario de la multa será de 3.000€. ⁵¹(art. 264.6 LCSP)

Un incumplimiento que origine daños y perjuicios por culpa o negligencia del contratista conlleva siempre el deber de indemnización. Las cláusulas penales resarcitorias que rigen en el derecho privado implican el nacimiento de una obligación dineraria determinada por incumplimiento contractual, la determinación previa evita la determinación exacta de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados, por tanto, el abono y cumplimiento de esta, agota la responsabilidad del contratista.⁵²

Esto no es así en el caso de los contratos administrativos, aunque lo es con carácter limitado, en tanto que el art. 194.1 establece que “En los supuestos de incumplimiento [...] que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios”, esto implica que la penalidad abonada sirva de resarcimiento y que la Administración reclamara a este el exceso no cubierto. El art. 264.2.II LCSP, se pronuncia en un sentido parecido estableciendo que, «Si la cuantía del daño causado es superior a la penalización máxima establecida en este artículo, se ampliará el límite hasta el valor del daño causado». En este sentido, todo parece indicar que en las concesiones de servicio (y de obra), la cláusula penal siempre tiene una función resarcitoria, en tanto que la Ley exige que las mismas, estén proporcionalmente ligadas al tipo de incumplimiento y a la importancia económica de su explotación.

Por lo que respecta a la imputación, procederá imputar al contratista del incumplimiento para la aplicación de la penalidad, cuando este incurra en uno de los supuestos de culpa que configura el Derecho civil adaptado en lo que sea necesario a la institución del contrato administrativo, por lo que la culpa se presume *iuris tantum* en el contratista incumplidor. Por otro lado, otros autores defienden

⁵¹ En el presente supuesto no estamos ante una penalidad de carácter contractual, sino más bien se trata de un mecanismo de ejecución forzosa de los actos administrativos. (art.100.1c) LPAC)

⁵² Ibidem, p.2164

que las penalidades por incumplimiento de un contrato administrativo solo se deben considerar imputables al contratista cuando quede acreditado el título de imputación de que se trate ⁵³.

Toca analizar ahora la responsabilidad contractual en la que incurre la Administración y las subsiguientes consecuencias jurídicas del incumplimiento. La principal obligación que tiene la Administración en cualquier contrato es el pago del precio al contratista, en la concesión otro posible incumplimiento de la Administración puede ser no entregar los medios auxiliares a los que esta se comprometió en el PCAP.

La consecuencia jurídica de estos incumplimientos será la prevista en el art.292 LCSP, por tanto, el retraso dará derecho al concesionario al interés de demora de las cantidades o de los valores que aquellos signifiquen, de conformidad con el art. 198 LCSP. En esta línea el artículo 198 nos informa que dichos intereses son los establecidos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La existencia de prerrogativas de la Administración en los contratos es la nota definitoria de los contratos administrativos, de esta forma el uso de las prerrogativas que ocasionaren daños al contratista supone la existencia de una responsabilidad contractual por parte de la Administración, sobre todo si estas no están previstas en el PCAP. De esta forma son prerrogativas de la Administración interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, suspender la ejecución del mismo y determinar los efectos de esta. (art.190).

Estas prerrogativas nacen de la Ley, son de derecho necesario, no pueden quedar excluidas en un contrato de carácter administrativo, si por el uso de estas se originan daños nacerá responsabilidad contractual en la Administración, de esta forma, los daños y perjuicios o los desequilibrios que se ocasionaren se deberán indemnizar, bajo el principio de plena indemnidad para el contratista. No obstante, los daños podrán ser objeto de compensación distinta a la indemnización monetaria, pudiendo la Administración alterar las cláusulas de contenido económico del contrato, con los límites que se hayan previamente establecido los pliegos de contratación, para no contravenir el principio de libre concurrencia en la contratación pública.

⁵³ Suay Rincón, J. «La ejecución del contrato administrativo», en Gómez Ferrer, R. (Dir.): *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas,2004 p.482

Queda por último analizar la responsabilidad extracontractual del contratista y de la Administración. Evidentemente, en tanto que entre el contratista y la Administración existe un vínculo contractual, los supuestos de responsabilidad extracontractual no despliegan efectos entre ellos, más bien nace frente a terceros por los daños ocasionados tanto por el contratista como por la Administración en la ejecución del servicio.

El art. 288.c) LCSP, establece como obligación general del contratista “indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”, en este mismo sentido se pronuncia el art.196.1 y 2, al decir que “Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes”. Por tanto, si el contratista causa el daño hay responsabilidad civil extracontractual cuando no media una orden inmediata y directa de la Administración, el régimen sustantivo para determinar la responsabilidad extracontractual deberá ser, en este caso, conforme a las reglas de derecho privado.

Por otro lado, en el caso que sí mediere tal orden, la responsabilidad es objetiva de la Administración y se estaría ante un supuesto de responsabilidad patrimonial, circunscrita directamente al poder de dirección que tiene la Administración sobre el contratista.

No obstante, existe una tercera vía en donde la Administración responderá del daño causado que se haya infligido en la ejecución del contrato que sean imputables a un inadecuado ejercicio de los deberes de vigilancia y supervisión que debe desplegar sobre el contratista, esta es la llamada: *culpa in vigilando* de la Administración, en donde el daño infligido no está estrechamente relacionado con los poderes de dirección que la Administración despliega sobre el contratista, sino que más bien se relaciona con el poder genérico de policía que Administración debe desplegar sobre la forma y condiciones concretas en que se desenvuelve la prestación contractual⁵⁴. Para el caso de las concesiones de servicios, esta responsabilidad solo existirá si se trata de un servicio público, dado que solo en ellos la Administración conserva estos poderes de policía (art. 287.2 LCSP).

⁵⁴ Casares Marcos. A. «La responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos» en, QUINTANA LOPEZ, T. Y CASARES MARCOS, A. (coord.): *la responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 p.18

5.2. La vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El art. 32.1 LRJSP establece que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

La responsabilidad patrimonial de la Administración descansa sobre la existencia de un daño, exigiendo que este daño, sea un daño antijurídico desde la perspectiva del lesionado, es decir, que no exista en él un deber jurídico de soportarlo y que entre el actuar u omitir de la Administración y el daño producido exista una relación de causalidad distinta de la fuerza mayor.

La imputación es un fenómeno jurídico que consiste en la atribución a un sujeto determinado el deber de reparar un daño causado a otro, en base a una relación existente entre aquél y este. La responsabilidad patrimonial es una responsabilidad de la Administración cuya relación existente que justifica la atribución del deber de reparar el daño no se establece por medio de un vínculo contractual con el sujeto perjudicado.

Tenemos que partir de la base de que la imputación a la Administración no puede realizarse en base a la mera causación material del daño, como ocurre en el derecho civil o penal, basadas en culpa o negligencia -ya que como persona jurídica esta solo actúa a través de personas físicas- por lo cual habrá que apoyar la imputación en otras razones o títulos jurídicos diferentes. De esta forma no se trata de localizar al autor material de un hecho dañoso, sino la relación que el autor del hecho o la cosa causante del hecho tengan con la Administración, de esta forma, se produce una disociación entre la relación de causalidad y la imputación, por lo que, una vez constatada la relación de causalidad, se procede a la imputación.

La existencia de una relación de causalidad supone una relación causa efecto entre el hecho producido y el daño causado, supone afirmar que determinada actividad es causa de la lesión patrimonial. El concepto de relación causal se torna complicado en tanto que cualquier acontecimiento lesivo se presenta normalmente como el efecto o resultado de varias causas autónomas entre sí o dependientes una de otras. La teoría de la equivalencia de las condiciones estipula que todos estos hechos o condiciones que contribuyen a producir el resultado final deben ser considerados como causa.

Ahora bien, es necesario estrechar tan abstracta concepción y concretarla para poder afirmar que determinada actividad es causa de la lesión patrimonial. La jurisprudencia ha optado por el criterio de la causalidad adecuada, de tal forma que, para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo, solo así la actividad tomada en consideración constituye la causa verdadera del daño. Esto supone, a su vez, la exclusión de aquellos hechos que, con toda evidencia, no hayan tenido ningún poder determinante en la producción del daño final.

Constatada y determinada la actividad productora del daño, conviene proceder a la imputación, esto es, determinar en base a qué títulos puede atribuirse a la Administración el deber de reparación.

La titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es suficiente para imputar a la Administración la responsabilidad, sobre la base del “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” que la Ley declara. Si el daño que surge a consecuencia de la conducta de una persona física, el problema se traslada a constatar la integración de esta en la organización prestadora del servicio o actividad, por lo que, si esta persona se integra de alguna forma en la organización administrativa, le es imputable el daño a la Administración. Por tanto, los concesionarios al no estar integrados bajo la organización de la Administración, la actividad dañosa no se imputa a la Administración sino al contratista, salvo para los casos en que el daño se produce a consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración, ya que el mismo actuaría bajo la potestad de dirección de la Administración. (art.192.2 LCSP).

La Ley alude al “funcionamiento anormal” del servicio como título de imputación a la Administración, pues a veces no es necesario localizar a un agente productor del daño y constatar que el mismo se encuentra bajo la organización de la Administración para imputar el daño a esta, puesto que en muchas ocasiones los daños son impersonales o anónimos. El funcionamiento anormal del servicio es un concepto jurídico indeterminado para cuya concreción se nos remite a los estándares de rendimiento medio del servicio de que se trate, de esta forma, entran en su estimación factores variables en cada época.

El funcionamiento “normal de los servicios públicos” es un criterio de imputación de responsabilidad cuando el daño producido es causado por un evento directamente conectado al objeto dañoso o al funcionamiento mismo del servicio que integra ese objeto. Por decirlo de otra forma, el

daño fortuitamente ocasionado por la creación de un riesgo inherente al servicio será imputable al titular de la Actividad en cuestión, es decir, a la Administración. En boca de GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Es el único caso de responsabilidad patrimonial estrictamente objetiva»⁵⁵ El daño fortuito se caracteriza por la indeterminación e interioridad del hecho dañoso, es decir, el daño fortuito es entendido como evento, interno, intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida.

Por último, el enriquecimiento injusto o sin causa, es un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, su justificación radica, en la localización de un beneficio en el patrimonio de esta, incluso bajo la forma negativa de eliminación de un perjuicio, a consecuencia del hecho mismo del daño acaecido en la víctima. Este tipo de responsabilidad no tiene reflejo específico en la LCSP, pero no por ello se debe obviar su apreciación cuando proceda.

Una eventual apreciación de este supuesto en la concesión de servicios podría tener lugar cuando la Administración en uso de la potestad de dirección, ordena la ejecución de la prestación al concesionario de una forma concreta que supone un coste adicional y un beneficio extra para la Administración, no obstante, esta no deja constancia documental de tal orden. Lo que a falta de medio de prueba que justifique una acción contractual de equilibrio económico, podría instarse una indemnización por responsabilidad patrimonial, como opción menos mala. Sería la opción menos mala, en tanto la responsabilidad contractual con la Administración tiene un plazo de prescripción de 4 años,⁵⁶ y la responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto (o de cualquier tipo), prescribe en el plazo de 1 año.

⁵⁵ García de Enterría, E. y Fernández, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª ed. Civitas, Navarra, 2015, p.396.

⁵⁶ Dictamen Consejo de Estado 3205/2003 de 20/11/2003, se pronuncia en los siguientes términos: Establecida la naturaleza contractual de la acción de indemnización, es necesario, por consiguiente, atribuir a dicha acción el plazo de prescripción que, con carácter general, se prevé en la Ley General Presupuestaria, cuyo artículo 46.1 fija el plazo de cinco años para el reconocimiento de obligaciones de la Hacienda Pública, y no el de un año establecido para las acciones de responsabilidad extracontractual. (debe entenderse 4 años, dada la actual redacción de la Ley)

VI. CONCLUSIONES

- 1- La primera conclusión realmente es compartida con otros muchos autores, y es otra que suscribir la idea de que el contrato de concesión de servicios ha mutado, pero no solo el contrato en cuestión, sino también la concepción que hasta ahora nos habíamos formado de la gestión indirecta de servicios. Las nuevas directivas no solo transformaron los elementos de la concesión en sí con la introducción del riesgo operacional y los elementos que lo componen, sino que también abrieron la posibilidad de gestionar mediante esta modalidad, servicios no públicos y cuya titularidad no sea de la entidad contratante, sino que basta con que sea de su competencia.
- 2- La nueva LCSP, constriñe notablemente las causas de restablecimiento económico cuando de una concesión se trata, esta lleva a cabo una descripción más exhaustiva de las causas que dieran lugar a un eventual restablecimiento de la economía del contrato, de tal forma que se hace preferible una nueva licitación a una modificación no prevista, esto va en consonancia con los principios del derecho europeo que rigen la contratación, evita los fraudes en favor de los contratistas, evitando que se abuse de este derecho cuando los sobrecostos son producto de una decisión de la Administración.
- 3- En cuanto al alcance de las prerrogativas que la Administración posee sobre el contrato administrativo, estas también se estrechan bastante. El *ius variandi*, está sujeto a las previsiones que la propia Administración pueda hacer sobre las modificaciones del servicio, no pudiendo exceder además determinados márgenes que la Ley impone. La cesión del contrato pierde su categoría de prerrogativa de la Administración, en tanto queda constituido como derecho del contratista cuyo ejercicio requiere del conocimiento previo de la Administración. En cuanto al rescate de los servicios públicos, la discrecionalidad queda también bastante estrechada, en tanto se exige un plus de motivación en cuanto a la eficacia y eficiencia de gestionar directamente el servicio, por lo que la cuestión económica prima sobre la idea del fin que el servicio público satisface.
- 4- Con respecto al destino de las garantías definitivas, considero que se retrocede en cuanto a la certidumbre del destino de esta. Anteriormente, en lo que respectaba al concurso de acreedores, el destino se condicionaba a la calificación del concurso, lo que a su vez llevaba a la incautación de la garantía como medida cautelar a la espera de la calificación del mismo. Ahora desaparece esta previsión, algo que en cierto modo lo veo más ajustado para no

desvirtuar el fin de la misma, pues la garantía sirve para asegurar el cumplimiento del contrato, la calificación del concurso como fortuito o culpable no es de por sí indicativo de ningún incumplimiento de ese contrato, ya que solo es indicador de la insolvencia sobrevenida del contratista, cuestión relacionada con la capacidad de contratar cuestión que se valora en fase de adjudicación, y la garantía sirve para asegurar los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado durante la ejecución del contrato. Son dos cosas que aun relacionadas, están separadas, una cosa es la adjudicación del contrato y otra su ejecución, es la garantía provisional la que cubre las eventualidades perjudiciales en fase de adjudicación y la definitiva los daños y perjuicios en la ejecución. La Administración ya tuvo ocasión de constatar la solvencia del contratista.

- 5- El riesgo operacional dará mucho que hablar, queda por ver si la existencia de este no perjudica el atractivo que tiene contratar con la Administración. De momento, pareciera que la ley se hubiera redactado en torno a este concepto en lo que a ejecución se refiere, limitando un poco más la protección que la Administración proporciona al empresario que contrata con ella, pero, por contra prima la economía de la Administración antes que los servicios en sí, ya que la continuidad del servicio no es lo primordial. Esto se refleja en dos puntos clave, cuando se debiera proceder al equilibrio económico y en el rescate.
- 6- El riesgo operacional abarca los daños ocasionados a terceros durante la ejecución del contrato, pero ello no desvirtúa el régimen garantista de la responsabilidad en los servicios públicos, por lo que la Administración debería seguir respondiendo directamente ante el administrado perjudicado conservando los derechos de repetición contra el contratista ante un eventual daño ocasionado por el contratista a un tercero.

BIBLIOGRAFÍA.

-ARIÑO ORTIZ, G. (2007): «El enigma del contrato administrativo» *Revista de Administración Pública*, núm. 172. Págs.79-102.

-ALIAGA MORENO Í. (2015): «La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas directivas europeas. visión crítica de la regulación en navarra» *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 45-46, Zaragoza. Págs. 260-311

-BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2015) «Los Efectos De La Resolución De Los Contratos Administrativos: Resolución Por Concurso Y Por Incumplimiento Del Contratista. La Conveniencia De Una Reforma Normativa.» *Revista de Administración Pública*, núm. 196, Madrid, págs. 61-95.

— (2017): «Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017» en *DA. Nueva Época* – núm. 4. Págs. 52-70

-BAUZÁ MARTORELL F. J. (2016): «Presunción De Culpa. La Deducción De Negligencia En La Responsabilidad Patrimonial De La Administración» *Revista de Administración Pública*, núm. 201, Madrid. Págs. 373-411

-CASARES MARCOS. A. (2013): «La responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos» en, Quintana López, T. y Casares Marcos. A. (Coord.): *la responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, 2ªed. Tirant lo Blanch, Valencia. Pág. 1487-1548.

-CASTIÑEIRA JEREZ J. (2014): «Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014» *InDret* núm. 4/2014, Barcelona. Págs.1-26

- DÍEZ CUQUERELLA, J. (2012): «Responsabilidad De La Administración Por Daños Derivados De La Actuación De Sus Contratistas Y Concesionarios» *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 18, julio-diciembre, págs. 41-62

-FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2017): «El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo» *DA. Nueva Época* – núm. 4. Págs. 71-91

-FUENTETAJA PASTOR J Á. (2004): «Riesgo Y Ventura En La Concesión De Obra Pública» *Revista De Derecho De La Unión Europea* núm. 7 -2ºsemestre. Págs.183-195

-GALLEGO CÓRCOLES, I. (2016): «Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público ¿Nuevas perspectivas?» *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, primer semestre, Págs. 115-14

– (2018): «El Derecho de a contratación pública: evolución normativa y configuración actual», en GAMERO CASADO, E. Y GALLEGU CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratados de Contratos del Sector público T. I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 72-160

-GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE, E. (s.d.) «Comentarios Monográficos: Riesgo Y Ventura Y Fuerza Mayor En El Contrato Administrativo» Págs. 83-108

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª ed. Civitas, Madrid, 2013, Vol. I,
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª ed. Aranzadi, Navarra, 2015, Vol. II,
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A. (2018): «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos» en “GAMERO CASADO, G. Y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratado de Contratos del Sector Público T.III*, Tirant lo Blanch, Valencia. Págs. 2133-2199
- HERNÁNDEZ GONZALEZ, F. L. (2016): «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos» en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 60. Págs.50-57
- (2017): «La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)» *Revista de Administración Pública*, 202. Págs. 205-222.
- (2018): *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, edit. Aranzadi, Navarra
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017). Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos. *Revista de Administración Pública*, 204. Págs. 41-68.
- LAZO VITORIA, X. (2018): «El contrato de concesión de servicios» en, GAMERO CASADO, E. Y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratados de Contratos del Sector público T. III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. Págs. 2574-2614
- LEIVA RAMÍREZ, E. Y ALONSO GARCÍA, M.C. (2012): “La responsabilidad patrimonial del legislador”. *Administración & Desarrollo* vol. 40, núm. 55. Págs. 33-48.
- LORENZO DE MEMBIELA JUAN B. (2006): «El Principio De Confianza Legítima Como Criterio Ponderativo De La Actividad Discrecional De La Administración Pública» *Revista de Administración Pública*, núm. 171, Madrid, Págs. 249-263
- MOREO MARROIG, T. (2018) «Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato» en, GAMERO CASADO, E. Y GALLEGO CÓRCOLES, I (Dir.): *Tratados de Contratos del Sector público T. III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. Págs. 753-799
- MUÑOZ MACHADO S. (1994): «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo» *Documentación Administrativa* núm. 237-238. Págs. 105-138
- PRIETO GONZÁLEZ L.F. (2016): «La insolvencia del contratista con la Administración» HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L.(Dir.). *Estudios. El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia, Francia*, ed. Aranzadi, Pamplona. Págs. 261-282
- REINA GARCÍA Ó. M. (2010): «El Principio De Confianza Legítima Como Fundamento De La Responsabilidad Patrimonial Del Estado Legislador En El Ordenamiento Jurídico Español» en *IUSTITIA* s.f. Págs. 253-270

-ROÁS MARTÍN, P. L. (2018): «El control jurisdiccional de la contratación pública: aspectos problemáticos» GAMERO CASADO E. Y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.): *Tratado de Contratos del Sector Público, T.III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. Págs. 467-516

-RODRÍGUEZ DE HARO, F. (1979) «La concesión administrativa de servicios (reseña histórica)» *REVL* núm. 203. Págs. 455-468.

-SILVINA MORA P. (2013): «La confianza legítima como expresión de la bonae fides de la Administración» *revista aequitas*. Págs. 96-113