

RELACIÓN CONCLUSIVA

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
Catedrático de Derecho Administrativo

Cómo citar/Citation

Santamaría Pastor, J. A. (2021).

Relación conclusiva.

Revista de Administración Pública, 216, 91-98.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.03>

I

Por cuarta vez, miembros de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y profesores de Derecho Administrativo se han reunido (octubre de 2021) para someter a debate un nuevo conjunto de cuestiones que afectan a aspectos capitales del ordenamiento jurídico administrativo. Hasta la fecha, la dirección de la revista y la presidencia de la Sala eligieron, con indudable acierto, temas de alcance muy general: la situación del nuevo recurso de casación que inició su andadura en 2017, la invalidez de los reglamentos por vicios procedimentales (con especial atención a los instrumentos de planeamiento urbanístico) y la responsabilidad extracontractual de la Administración; las ponencias defendidas en estos encuentros fueron publicadas en los números 207, 210 y 213 de esta revista.

Para esta ocasión, el tema seleccionado tiene un alcance más restringido, pero no por ello menos relevante. La cuestión del equilibrio económico de los contratos del sector público y, en términos más generales, la distribución de riesgos entre las partes contratantes posee una actualidad capital, como consecuencia de la situación de crisis económica mundial que se inició en 2008 y que no se ha superado al día de hoy. Como señaló en el curso del debate el profesor Jiménez-Blanco, apenas las economías estaban acabando de salir de la debacle financiera que simbólicamente estalló con la quiebra de

Lehman Brothers, sobrevino, en todo el mundo, la gran caída de la actividad ocasionada por la lucha contra la pandemia, declarada en marzo de 2020. Y no hemos salido aún de este desastre cuando han surgido nuevas y gravísimas amenazas derivadas de la abrupta subida de los precios de la energía, de la crisis de los transportes marítimos y de la más que preocupante intensificación de las tensiones geopolíticas entre las dos nuevas potencias dominantes del mundo. Sin abusar de profecías pesimistas, todo hace pensar que hemos de enfrentarnos a una situación de desorden e inestabilidad económica permanente durante los próximos años.

Esta situación afecta, por supuesto, a todos los operadores económicos, y, en el ámbito funcional de las Administraciones públicas, al desarrollo de toda su actividad contractual —sobre todo, a los contratos de larga duración—, cuya normal ejecución se está viendo seriamente perturbada. Aunque no exista estadística alguna que dé cuenta de este fenómeno, basta seguir con algún detenimiento los repertorios de resoluciones judiciales para percatarse del altísimo número de reclamaciones de reequilibrio formuladas por contratistas a los que resulta inviable dar cumplimiento estricto a las cláusulas económicas de sus pactos; y, también, de las acciones indemnizatorias emprendidas por quienes no logran de la Administración respectiva un reajuste razonable de sus obligaciones y derechos.

II

En la medida en que el derecho está naturalmente avocado a contribuir a paliar estas dificultades (sin aspirar a eliminarlas, lo que excede mucho de sus posibilidades), es obligado revisar los instrumentos que el ordenamiento pone al servicio de este fin. El resultado de este análisis no es especialmente reconfortante: la normativa de contratos muestra muy graves carencias (amén de incongruencias notables) y las técnicas jurídicas de creación doctrinal y jurisprudencial adolecen también de notables defectos.

Las insuficiencias que, en este orden de cosas, aquejan a nuestra legislación han sido advertidas muchas veces. El detallismo obsesivo que muestra esa legislación en el tratamiento de las fases de preparación y adjudicación del contrato contrasta vivamente con el notorio desinterés que acredita a la hora de regular la ejecución del contrato y sus incidencias, a las que apenas se dedica un puñado de preceptos —además, redactados con muy escaso empeño—. Este desequilibrio está causado, sin duda, por el modelo regulatorio ofrecido por las directivas de la Unión, a las que parecen importar exclusivamente los valores de publicidad, igualdad y competencia en la adjudicación de los contratos, cuando tales trámites no son más que el preámbulo de toda la dinámica contractual; de manera que todo lo que atañe a la ejecución de los contratos se entiende implícitamente remitido a la normativa de cada uno de los Estados miembros.

Y muchos de ellos —el nuestro, en particular— han mostrado un escaso interés por establecer cumplidamente tal regulación. A ello han contribuido diversas razones. La más comprensible e históricamente omnipresente, la resistencia a consagrar legislativamente situaciones de anomalía que pueden generar cargas indemnizatorias importantes para la hacienda. También, la más que limitada perspectiva de los responsables políticos, cuya atención se ciñe a resolver airoosamente la pugna entre las grandes empresas que aspiran a ser sus contratistas (entre otras razones menos presentables, para no ser acusados penalmente de prevaricación o cohecho); una vez adjudicado el contrato, su preocupación desaparece, entendiéndolo implícitamente que lo que luego suceda en su ejecución es cosa de los ingenieros o funcionarios (y, en última instancia, de sus servicios jurídicos).

A estas insuficiencias ha de añadirse el fuerte sesgo de la legislación, que desde siempre ha conferido a las Administraciones una posición de intenso predominio en su condición de contratante, muy alejada de la de equilibrio formal que, hipotéticamente, debe presidir toda relación contractual. Esta posición de superioridad se manifestaba en tres factores: la atribución de una potestad de modificación unilateral sin apenas límites reales; la regla del riesgo y ventura, que tendía a cargar sobre el contratista la mayoría de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato; y, ante todo, una regulación fuertemente restrictiva de los supuestos en los que el uso del *jus variandi* y el riesgo y ventura podían generar derechos económicos a favor de la contraparte.

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

Esta situación ha quedado bien reflejada en las dos ponencias presentadas en el debate: la suscrita por el magistrado señor Fonseca-Herrero da completa cuenta de la doctrina que la Sala Tercera ha sentado a propósito del significado y alcance de dichos conceptos; y la elaborada por el profesor Fernández Farreres formula una aguda crítica de la regulación que la legislación de contratos hace de todas estas nociones; una crítica que es, al tiempo, una suerte de autocensura a su deficiente elaboración doctrinal, en la que coincidieron la práctica totalidad de los intervinientes en el debate (en particular, los magistrados señores Calvo Rojas y Díez-Picazo Giménez).

No he de oponer objeción alguna al contenido de ambas ponencias, cuyas conclusiones asumo sin reserva y cuya lectura —que recomiendo— nos ha suscitado a todos reflexiones muy serias. La más importante de ellas, las debilidades que aquejan a los conceptos básicos antes mencionados, que se han trasladado a la legislación corregidas y aumentadas. Obviamente, no sería procedente, en el estricto marco de una relación conclusiva del debate, tratar de depurar en profundidad este marco conceptual: baste con formular algunas de las reflexiones que las ponencias y el debate suscitaron.

III

1. En primer lugar, una reflexión metodológica: no es coherente abordar el tratamiento doctrinal de estos problemas partiendo —como se ha hecho habitualmente— de una tipificación teórica de las técnicas de corrección de las anomalías contractuales y tratando de interpretar, en base a ellas, los preceptos legales correspondientes. Esta forma de operar es tan incongruente como lo era la medicina galénica hasta finales del siglo XVIII, que versaba casi exclusivamente sobre los diferentes remedios curativos (por así llamarlos) utilizados tradicionalmente, que luego se aplicaban de modo indistinto a todo tipo de dolencias. La medicina no empezó a adquirir una cierta racionalidad hasta que comenzaron a analizarse los diferentes tipos de enfermedades, y a buscar acto seguido las vacunas o intervenciones adecuadas a cada una de ellas. Parece, pues, que el método correcto de actuar debería consistir en una tipificación de las diferentes anomalías contractuales, decidiendo a continuación las consecuencias indemnizatorias o compensatorias que proceda reconocer (o no) en cada una de ellas. Esto es, por otra parte, lo que hace la legislación de contratos, por más que lo haga de manera muy defectuosa.

La tipificación de situaciones de anomalía no presenta dificultades especiales. La alteración de las condiciones contractuales, en general, puede venir ocasionada: a) por actuaciones (voluntarias) de alguna Administración, o b) por hechos o circunstancias externos y ajenos a la voluntad o a la conducta de las partes del contrato. Dentro de las primeras, cabe distinguir: a') las decisiones adoptadas por la Administración contratante y dirigidas inmediatamente a alterar el contenido del contrato, de b') las decisiones de alcance general que, de hecho, alteran las obligaciones y cargas de los contratistas. Y aún cabría diferenciar, dentro de esta última categoría: a'') las decisiones de alcance general adoptadas por la propia Administración contratante de b'') las adoptadas por una Administración distinta, que quizá merezcan un tratamiento diferente.

2. Las dos modalidades de alteraciones que llamaremos voluntarias han sido asociadas a las nociones de *jus variandi* (cuando la modificación del contrato se opera mediante decisiones unilaterales de la Administración contratante dirigidas inmediatamente a alterar su contenido) y hecho del príncipe o *factum principis*

(cuando tal alteración se produce como consecuencia de la adopción de medidas de carácter general). Que una y otra potestad de modificación han de ser reconocidas y aceptadas es incuestionable. Cosa distinta es su regulación en la LCSP, que, como pone de relieve la ponencia del profesor Fernández Farreres, es seriamente defectuosa.

El *jus variandi* aparece consagrado, de forma enfática, en diversos preceptos del texto legal (genéricamente, en los arts. 190 y 203.1), los cuales, por imperativo de las directivas comunitarias, dedican toda su atención a los supuestos en los que cabe el ejercicio de esta potestad y al procedimiento para ejercitarla. Resulta altamente chocante y reprochable, sin embargo, que ninguna norma establezca con claridad el inexcusable deber indemnizatorio que va anejo a su ejercicio, un deber que en el mejor de los casos se da por supuesto, como parece deducirse de los arts. 242 y 262.2, referidos exclusivamente a los contratos de obras y de concesión de obra, y como la jurisprudencia (recogida en la ponencia del señor Fonseca Herrero) ha declarado. Toda modificación del contenido contractual que incida efectivamente en su ecuación económica debe ser indemnizado, incluyendo la ocasionada por las órdenes o instrucciones de la Administración, como la ponencia del profesor Fernández Farreres señala con acierto.

Este silencio es una fuente de inseguridad para cualquier contratista, y se agrava con la práctica inexistencia de límites materiales al poder de modificación. El que el ejercicio de este poder debe responder a razones de interés público, como dicen los artículos antes citados, es una declaración absolutamente vacía por redundante, que en nada constriñe tal ejercicio (¿es que la Administración puede hacer algo que no vaya dirigido a la satisfacción del interés público?). Sería muy oportuno que, además de regular minuciosamente el procedimiento, la ley precisara, respecto de cada contrato, los extremos del contenido contractual que pueden ser objeto de modificación.

La intensidad de estos defectos se multiplica en la regulación de los supuestos de *factum principis*. Después de notables resistencias, esta figura ha sido acogida en la LCSP, pero con restricciones injustificables. De una parte, solo se prevé respecto de los contratos de concesión de obras (art. 270.2.b) y de concesión de servicios (art. 290.4.b), no de los restantes: ¿es que la modificación por vía general de los contratos de obras, de servicios y de suministros no ha de tener consecuencia económica alguna? De otra, el derecho correlativo a un reajuste de las condiciones económicas se limita a los supuestos en los que la modificación determine «de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato»: como idea, esta fórmula puede tener una cierta lógica, pero su expresión no aporta seguridad alguna y aboca irremisiblemente a un conflicto contencioso. Por fin, la apelación al concepto de reequilibrio económico aporta nuevas e irresolubles incertidumbres: cuando una Administración introduce una modificación de este tipo, indirecta, en los contratos que tiene suscritos, lo que tiene que hacer es, sencillamente, indemnizar el coste de la modificación; no hay razón alguna para tratar discriminadamente las obligaciones indemnizatorias en los casos de *jus*

variandi y de *factum principis*, como enseña la experiencia francesa. Y aun cabría hacer alguna censura al derecho al desistimiento que los dos artículos antes citados reconocen al contratista en los casos en que la modificación mediante *factum principis* ocasionara una excesiva onerosidad: es correcto reconocer este derecho, pero en absoluto prever que, en tal caso, el contratista no podrá exigir indemnización de ningún tipo; de manera que la Administración que provoca la excesiva onerosidad puede apropiarse gratis de la parte de obra ejecutada y de los bienes afectos a la concesión, aunque no estén amortizados. Dicho lisa y llanamente, este es un nítido supuesto de enriquecimiento injusto consagrado legislativamente.

3. Los supuestos de alteración de la relación contractual en virtud de hechos externos y ajenos a la conducta de las partes son tratados doctrinalmente con las nociones de fuerza mayor y riesgo imprevisible, cuya regulación ofrece también defectos notables, que las dos ponencias han puesto de relieve.

La fuerza mayor aparece regulada hoy en el art. 239 de la LCSP con una formulación que ha experimentado algunos cambios a lo largo del tiempo, pero que es omnipresente en nuestra legislación histórica, siempre con un tono fuertemente restrictivo y con defectos notorios. Para empezar, la tipificación de supuestos que este artículo realiza es en sí misma cuestionable: no tiene sentido alguno restringir los incendios a los causados por la electricidad atmosférica, que estadísticamente se producen en número despreciable frente a los provocados maliciosamente, excluyendo a los ocasionados por causas ajenas a la conducta y diligencia del contratista; y resulta incomprensible que el apdo. 2.b) guarde silencio respecto de las situaciones de pandemia, que solo con esfuerzo podrían encajarse en la cláusula abierta de «otros [fenómenos naturales] semejantes». En segundo lugar, es injustificable que la técnica de la fuerza mayor se silencie por completo en la regulación de los contratos de servicios y de suministro (solo se prevé expresamente respecto de los tres restantes contratos: artículos 239, 270.2 y 290.4), en los que los medios de ejecución de que disponga el contratista también pueden ser destruidos por incendios, inundaciones o terremotos, por ejemplo. Nada se opone a su aplicación analógica respecto de dichos contratos, pero la omisión en que incurre el legislador es inexplicable. Y, en tercer lugar, carece de toda justificación que el derecho a indemnización al contratista se sujete a la condición de «la ruptura sustancial de la economía del contrato» en los de concesión de obras y de servicios (arts. 270.2 y 290.4); condición que no existe en el contrato de obras de acuerdo con el art. 239, una incongruencia que también señala el profesor Fernández Farreres.

La cuestión de cuál deba ser el importe de la indemnización debe ser analizada conjuntamente con el segundo de los conceptos doctrinales antes aludidos, el del riesgo imprevisible. Como se ha indicado en numerosas ocasiones, la situación de esta figura es desconcertante. La LCSP se ha empeñado en omitir toda referencia a ella, lo que permite dudar de la vigencia de los viejos preceptos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que lo acogieron terminantemente. Esta pertinacia es atribuible, con toda probabilidad, al estre-

mecimiento que produce la perspectiva de reclamaciones e indemnizaciones de importe astronómico en caso de crisis de extrema gravedad, y quizá a la creencia implícita de que, en el caso de concurrir alguna de estas situaciones, las medidas correctoras habrán de ser establecidas mediante una legislación singular de urgencia (como la improvisada, a propósito de la COVID-19, por el Real Decreto Ley 8/2020 y sucesivos).

Pero, sin negar la lógica de esta creencia, creemos que no sería impertinente que la legislación general sentara algún principio acerca del alcance de la contribución que las Administraciones deberían afrontar en estos casos críticos; alcance que, a mi juicio, en ningún caso podría ni debería regirse por la regla de la indemnización integral, sino limitarse a asegurar que la obra o servicio se realicen o se sigan desempeñando correctamente, porque así lo exige el interés público, por razones elementales. No se trata, desde luego, de mantener intacto el beneficio empresarial previsto en su plan de negocio por los contratistas afectados por la crisis, sino solo de garantizar la finalización de la obra o la continuidad del servicio.

Y, por más que ello no resulte grato a los contratistas de obras, la misma regla debería ser aplicable en los supuestos de daños ocasionados por fuerza mayor, para los que el art. 239 parece consagrar el principio de indemnización integral. No hay diferencia alguna de sustancia entre estos supuestos y los que serían calificables de riesgo imprevisible (solo en el volumen de los daños, y eso dependiendo de la importancia de algunas catástrofes naturales o bélicas), que bien podrían ser refundidos en una única figura; el impacto de las tragedias, cualquiera que sea su origen, debe ser asumido por todas las partes de un contrato.

4. Las dos ponencias presentadas a debate hacen también referencia al principio de reequilibrio económico. Ya en una colaboración que vio la luz en esta misma revista expresé mi insatisfacción con esta figura y su regulación en los dos supuestos en que la LCSP la prevé. En una singular continuidad con su origen francés, esta noción se utiliza por la ley, sencillamente, para reducir artificialmente el deber de indemnización integral no solo en los supuestos de *factum principis*, sino también, y sobre todo, en los de ejercicio del *jus variandi* (véanse los arts. 270.2 y 290.4). Ello es así por la suposición, nada desencaminada, de que el deber de aportación de las Administraciones mediante la técnica del reequilibrio conlleva indemnizaciones o compensaciones de importe siempre inferior a la indemnización integral. Ello viene acreditado por la experiencia profesional, en la que las solicitudes de reequilibrio, en los contados supuestos en que son atendidas, reciben una respuesta de la Administración concedente cuantitativamente mínima; y puede argumentarse así, con una mera apariencia de solidez, por la razón elemental de que nadie, absolutamente nadie, sabe a ciencia cierta cómo se reequilibra una concesión en términos financiera y matemáticamente rigurosos. El equilibrio económico es un bello concepto que solo sirve para iniciar una discusión inacabable, que finaliza y degenera, en la mayor parte de los casos, en un simple chalaneo. Es, dicho sin ambages, una noción perturbadora: si la Administración modifica el contrato, tanto mediante medidas directas como mediante

regulaciones generales, debe indemnizar íntegramente su coste; y, si las alteraciones vienen provocadas por supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible, el deber de la Administración ha de limitarse a realizar las aportaciones necesarias para la finalización de la obra o la continuidad del servicio.

IV

Quisiera albergar la esperanza de que las críticas y propuestas que han visto la luz en este debate indujeran al legislador futuro —una vez que cobre conciencia de que hay cosas tan importantes o más que el régimen de las adjudicaciones— a regular las situaciones de anomalía en la ejecución de los contratos de manera más sensata de como se ha hecho hasta la fecha. En términos generales, la legislación de contratos respira, por todos los poros, una actitud de desconfianza y maltrato a los contratistas, utilizando un lenguaje autoritario propio del despotismo ilustrado. Quizá ello tenga su origen en la mala experiencia histórica de la contratación pública, siempre acosada por contratistas de moralidad más que dudosa, pero es insostenible en la actualidad, cuando las grandes obras y servicios públicos son asumidos de modo creciente por empresas que cuentan en su capital con actores extranjeros que sencillamente no entienden que hayan de ser sometidos a regulaciones que se apartan de los principios clásicos de la contratación y de las reglas básicas de la seguridad jurídica. A partir de este importante debate, valga lo que valga, no podrá decirse que la doctrina y la justicia española, en su máximo nivel, no han hecho sus deberes.