

## **JURISPRUDENCIA**

---

**Comentarios monográficos**

**Notas de jurisprudencia  
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal  
Europeo de Derechos Humanos**

**Notas de jurisprudencia de la Corte  
Interamericana de Derechos Humanos**



# ¿RIESGO SIN VENTURA? COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2019 Y 19 DE FEBRERO DE 2020

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR  
Universidad Complutense de Madrid<sup>1</sup>

## Cómo citar/Citation

Santamaría Pastor, J. A. (2021).  
¿Riesgo sin ventura? Comentario de las Sentencias del Tribunal  
Supremo de 12 de diciembre de 2019 y 19 de febrero de 2020.  
*Revista de Administración Pública*, 214, 135-164.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.05>

## Resumen

Muchos de los conceptos que rigen el régimen jurídico del cumplimiento de los contratos públicos poseen un grado de definición claramente mejorable. El trabajo analiza su empleo por dos recientes sentencias del Tribunal Supremo y el empleo en ellas de la figura del equilibrio económico en una forma que se considera rechazable.

## Palabras clave

Contratos públicos; inmodificabilidad; potestad de modificación; *factum principis*; riesgo imprevisible; equilibrio económico.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo.

**Abstract**

Many of the concepts that govern the legal regime for the fulfilment of public procurement agreements are endowed with a degree of precision which clearly stand improvement. The work analyses the employment thereof through two recent Supreme Court judgments as well as the employment therein of certain figure of economic equilibrium, which is considered dismissible.

**Keywords**

Public procurement; unamendable; power to amend; *factum principis*; unforeseeable risk; economic equilibrium.

## SUMARIO

---

I. LAS SENTENCIAS. II. EL FUNDAMENTO DE LOS FALLOS. III. PRECISIONES DE CONCEPTO: 1. El sistema de conceptos. 2. Riesgo y ventura. 3. Sobre el *jus variandi*. 4. Algunas consideraciones sobre el equilibrio económico. 5. Una conclusión obligada. IV. LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS: 1. Valoración inicial. 2. El régimen de reequilibrio previsto en el art. 290 LCSP. 3. El error en el concepto de equilibrio. 4. Algunos argumentos adicionales de sentido común.

---

### I. LAS SENTENCIAS

1. A finales de 2019 y comienzos de 2020, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó dos importantes sentencias relativas al sector de las concesiones. No han merecido la atención que era esperable, quizá por los terribles acontecimientos que comenzaron a asolar el mundo menos de un mes después; pero la conmoción que han producido en ese específico sector empresarial no ha sido mucho menor que la que el virus ha producido. Se trata de las Sentencias 3974/2019, de 12 de diciembre (dictada por la Sección Quinta, recurso 1558/2016), y 491/2020, de 19 de febrero (de la Sección Cuarta, recurso 626/2017), que resolvieron los recursos interpuestos por una asociación empresarial y una empresa, respectivamente, ambas del área de concesiones de servicios, contra otras tantas resoluciones que habían impuesto una modificación de sus contratos en el sentido de una reducción de los ingresos a percibir por las sociedades concesionarias.

2. Los términos de las modificaciones respectivas son un tanto diversos, y la forma en que los conflictos respectivos se resolvieron aconseja dar breve noticia de aquellas.

La Sentencia 3974/2019 resolvió el recurso interpuesto contra la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el 15 de marzo de 2016, en el recurso formulado contra una orden de la Consejería de Economía y Empleo, que había modificado los contratos de concesión del servicio de ITV en el doble sentido de: 1) imponer una reducción del 20% de las tarifas previstas en el contrato, y 2) modificar la cláusula de revisión, sustituyendo el sistema de modificación anual automática conforme al IPC por un régimen de acuerdo formal adoptado en cada caso de la Administración concedente en base a la información proporcionada por un estudio económico previo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia confirmó la legalidad de la primera de las modificaciones citadas

y anuló, en cambio, la segunda; y el Tribunal Supremo confirmó ambos pronunciamientos, bien que alterando sustancialmente la argumentación empleada por la sentencia de instancia.

Por su parte, la Sentencia 491/2020 tuvo por objeto la impugnación directa del Real Decreto 803/2017, de 28 de julio, que modificaba el convenio celebrado entre la Administración General del Estado, la Xunta de Galicia y Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A., aprobado por Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo. Simplificadamente, la modificación consistía en sustituir las bases de cálculo del importe del peaje en sombra de un tramo de autopista, que la Administración se había comprometido a abonar, por otro distinto, que suponía un menor desembolso por parte de esta; y la Sentencia 491/2020 anula dicha modificación.

En ambos casos, pues, se trataba de supuestos de ejercicio por parte de la Administración del *jus variandi* mediante el que se imponía una disminución de los ingresos de los concesionarios, justificada en que los hasta entonces previstos en los contratos se juzgaban excesivos; en el primer caso, para los usuarios del servicio, y, en el segundo, para la Administración que había asumido el pago del peaje. Y la solución que adoptó el Tribunal Supremo fue diversa: la Sentencia 3974/2019 consideró legal la reducción unilateral y lineal de las tarifas, pero ilegal la modificación del sistema de revisión. La Sentencia 491/2020, por el contrario, entendió que la modificación del sistema de cálculo del peaje a abonar por la Administración era contraria a derecho, ordenando mantener el régimen pactado en 2006 y abonar al concesionario la diferencia entre la cuantía resultante de dicho régimen y el establecido en 2017.

No sería correcto afirmar que nos hallamos ante dos fallos meramente descoordinados, producto del olvido o desconocimiento, por una Sección de la Sala, de los criterios sentados por otra (la Sentencia 491/2020 cita y reproduce en parte la 3974/2019, en su fundamento quinto). Hay una clara contradicción en su objeto principal; y esta contradicción parece deberse a los diferentes fundamentos teóricos que una y otra sentencia emplean, y también, si se me permite, a una cierta confusión en el empleo de los conceptos fundamentales para resolver estas cuestiones, que la legislación española regula con notable imprecisión y sobre los que la doctrina tampoco ha acertado a proporcionar unos perfiles mínimamente claros.

## II. EL FUNDAMENTO DE LOS FALLOS

1. Según los antecedentes que describe la Sentencia 3974/2019, la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León, en la preparación del expediente para la licitación del contrato, realizada en 1988, había elaborado un estudio económico a efectos de la fijación de las tarifas. En él, tras el cálculo del importe de las inversiones necesarias (para la construcción de las estaciones y la adquisición de los equipos de inspección) y de los costes de explotación, se estimó un beneficio industrial en torno al 13%. Este beneficio se incrementó sustancialmente en

los años posteriores hasta alcanzar, según estudios posteriores de la Administración recurrida, una tasa de retorno del 50%; lo cual, a juicio de la Administración concedente, suponía una ruptura del equilibrio económico del contrato, que debía ser restaurado mediante una correlativa reducción de las tarifas.

El recurso interpuesto contra esta orden fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que argumentó, en síntesis, que, aunque el principio de equilibrio financiero solo ha sido aplicado a favor del contratista:

[...] si por una alteración de las circunstancias que presidieron la celebración del contrato dicha alteración se produjera, de una forma desproporcionada, a su favor, con ruptura del equilibrio financiero en perjuicio de los usuarios del servicio, ha de entenderse que también podrá producirse una modificación contractual por la Administración que tendiera a reestructurar dicho equilibrio inicial.

La Sentencia 3974/2019 rechaza abiertamente esta argumentación, afirmando taxativamente que:

[...] la ejecución del contrato será a riesgo y ventura del concesionario —solo del concesionario, no de la Administración— en todas sus fases. Para la Administración no juega la necesidad del equilibrio económico financiero, y su derivado reequilibrio. La posibilidad de obtener una modificación del equilibrio económico-financiero del contrato, con su consiguiente reequilibrio, no juega —se insiste— en favor de la Administración, pues tal posibilidad resulta de aplicación, exclusivamente, en beneficio del concesionario (FJ 4, 6º).

No obstante lo cual, el Tribunal Supremo confirma el fallo desestimatorio del recurso, argumentando que la reducción tarifaria se apoyaba en la potestad o *jus variandi*, que la Administración puede ejercitar cuando concurren razones de interés público (que la sentencia enumera en un lugar posterior).

El razonamiento se invierte, en cambio, cuando la sentencia enjuicia el segundo de los extremos cuestionados de la orden, la sustitución del sistema de revisión de las tarifas previsto en el pliego (revisión automática anual conforme al IPC) por un régimen de acuerdo formal, adoptado en cada caso por la Administración concedente, en base a la información proporcionada por un estudio económico previo. Esta sustitución, que afectaba a una cláusula del contrato, había sido anulada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, anulación que confirma el Tribunal Supremo argumentando que, además de no citarse en la orden las razones de interés público en que se justificaría la medida, la nueva dicción de la cláusula («La revisión o actualización de tarifas *podrá* ser efectuada en el mes de diciembre de cada año por la Dirección General de Industria e Innovación Tecnológica...») dejaba la revisión «al arbitrio de una de las partes» y, lo que es más importante, la modificación se efectuaba «sin previsión de compensación alguna»<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Esta última alusión es, con toda evidencia, la fundamental. No parece tener tanta consistencia el reproche que se hace a la cláusula modificada en base al empleo por la misma del

2. La argumentación de la Sentencia 491/2020 es bastante más sencilla. Tras una larga exposición de las normas legales que disciplinan el *jus variandi* de la Administración, su FJ 8 recuerda que dicho poder «permite a la Administración modificar el proyecto en lo necesario, bien porque haya sido mal elaborado, por dificultades técnicas imprevistas o por resultar más conveniente lo modificado o reformado», pero cuyo empleo se encuentra condicionado a un conjunto de requisitos a los que más adelante aludiré.

Sobre estas bases, la sentencia concluye que la regulación de esta potestad «impide la variación del régimen de retribución del contratista cuando se alteren las bases para la determinación de ese régimen retributivo sin incidir en la cuantía de las tarifas y, por tanto, se haga depender la retribución compensatoria de elementos extraños al sistema inicialmente determinado, que era el tarifario», anulando la modificación introducida por el real decreto impugnado<sup>3</sup>.

### III. PRECISIONES DE CONCEPTO

Las sentencias que aquí se comentan —al igual que otras muchas— emplean varios de los conceptos que identifican las que podrían denominarse anomalías en la ejecución de los contratos públicos: me refiero, entre otros, al riesgo y ventura, al *jus variandi* o poder de modificación unilateral del contrato, y al equilibrio económico. No me parece superfluo formular algunas precisiones sobre su significado. Reconozco, por descontado, el mérito de los múltiples análisis doctrinales

---

término «podrá», que no necesariamente atribuye un poder discrecional de revisar o no las tarifas; «podrá» también puede querer decir que la revisión podría o no acordarse, en hipótesis, en función de las conclusiones del estudio económico. Quizá la sentencia tenía presente el hecho notorio de que, con cláusulas de este tipo, es harto frecuente que las Administraciones se nieguen a hacer revisiones al alza de las tarifas, sobre todo cuando su pago ha de hacerse por los usuarios, llevando a congelaciones que han producido, en las últimas décadas, la crisis de numerosas concesiones.

<sup>3</sup> Esta conclusión es ciertamente extraña. No tiene demasiado sentido decir que la modificación del régimen retributivo del concesionario puede lícitamente realizarse cuando no se incida en la cuantía de las tarifas, porque si el concesionario sigue percibiendo su retribución íntegra, aun cuando varíen los conceptos, la compensación es improcedente. Y carece de lógica, sobre todo, porque en el caso de autos no solo se había operado un cambio del sistema de cálculo de los peajes a abonar por la Administración, sino también, y sobre todo, una disminución de su importe total; la sentencia, cuando ordena abonar al concesionario la diferencia entre ambas cantidades, lo que está queriendo decir, sin decirlo, es que la rebaja del ingreso del concesionario, impuesta unilateralmente por la Administración, es contraria a derecho, lo que obliga a esta a compensarle por igual cantidad. Es razonable suponer que la poco comprensible dicción de la sentencia se debe a un simple error de redacción.



de que han sido objeto, cuya calidad envidio sanamente; pero también me parece que la imagen que suele darse de ellos se encuentra contaminada por una serie de prejuicios que ocultan la finalidad a la que debieran servir y, sobre todo, sus importantes defectos.

## 1. EL SISTEMA DE CONCEPTOS

Tomo pie para exponerlos de una enfática afirmación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que fue objeto de la STS 3974/2019: que la regla del mantenimiento del equilibrio económico del contrato «se ha erigido en nuestro ordenamiento jurídico como un principio general» (del régimen de cumplimiento de los contratos administrativos, se supone).

Esta aseveración, aunque comprensible en el contexto argumental en que se formula, es inexacta. El principio básico que determina las relaciones entre las partes en el cumplimiento de un contrato del sector público, es, al igual que en el derecho civil, el del cumplimiento estricto de lo pactado: *pacta sunt servanda* o *lex contractus* (art. 189 LCSP, que no dice cosa distinta de lo que dispone el art. 1091 del Código Civil). De dicho principio derivan dos efectos esenciales: la inmodificabilidad inicial de las prestaciones acordadas y su consecuencia, la atribución al contratista de los riesgos inherentes al cumplimiento (riesgo y ventura); el mismo principio presenta cuatro excepciones: dos, originadas por decisiones de las Administraciones contratantes, el poder de modificación unilateral del contrato y el *factum principis* o hecho del príncipe; y otras dos, surgidas de eventos extraordinarios ajenos a la voluntad y conducta de las partes, cuales son la fuerza mayor y el riesgo imprevisible. La regla o principio de equilibrio económico juega un papel meramente secundario, como técnica dirigida a la resolución —muy poco afortunada, como luego trataré de razonar— de los problemas causados por dichas excepciones o anomalías.

Este esquema conceptual se encuentra perfectamente asentado en toda la doctrina española, así como en la jurisprudencia<sup>4</sup>, pero el significado de algunos de sus elementos está lejos de hallarse definido con precisión.

---

<sup>4</sup> Véase, por todas, la STS 956/2015, de 28 de enero, dictada en el recurso de casación 449/2012, así como las SSTS 5401/2015, de 6 de noviembre (recurso 2785/2014); 3439/2016, de 15 de junio (recurso 1905/2015); y 3839/2016, de 20 de julio (recurso 339/2015), de todas las cuales fue ponente Nicolás Maurandi Guillén. También las SSTS 3962/2017, de 17 de octubre (recurso 446/2012; ponente, Rafael Toledano Cantero), y 2589/2019, de 16 de julio (recurso de casación 308/2016; ponente, doña Inés María Huerta Garicano).

## 2. RIESGO Y VENTURA

Así sucede con el muy añejo de riesgo y ventura<sup>5</sup>, cuyo contenido material ofrece importantes lagunas. Su significado jurídico se expresa con claridad en todas las monografías: por ejemplo, el que «la onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual»<sup>6</sup>; o, también, que «supone que el contratista se obliga a entregar una obra terminada y asumir las consecuencias y vicisitudes que pueden producirse antes de que la obra sea entregada definitivamente; los daños que se puedan ocasionar a la obra o los perjuicios que circunstancias sobrevenidas puedan irrogar al contratista serán de su cuenta y tendrá que asumirlos necesariamente»<sup>7</sup>. No hay objeciones, obviamente, a estas descripciones, pero su acierto no excusa de formularles dos reproches.

El primero, su escasa expresividad para determinar el sentido económico del concepto, que coincide sustancialmente con el de transferencia del riesgo operacional<sup>8</sup>, como pone de manifiesto el art. 254.1, al decir que el concesionario de

<sup>5</sup> Que tiene una larga tradición en el derecho de los contratos públicos de obra: véase la exhaustiva investigación histórica de G. Ariño Ortiz (1968), *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, págs. 39 y ss. Aunque sin hacer uso de esta denominación, el principio aparece establecido en el art. 26 del primer pliego de condiciones generales para las contratas de las obras públicas de caminos, canales y puertos (Real Orden de 14 de abril de 1836), bajo la forma de exclusión de todo derecho a indemnización por causa de «pérdidas, averías o perjuicios» salvo los supuestos de caso fortuito (más adelante denominado fuerza mayor). Esta norma fue reiterada en el art. 22 del pliego de condiciones generales para las contratas de obras públicas de caminos, canales y puertos, aprobado por Real Orden de 16 de abril de 1846, en los arts. 41 y 42 del pliego de 1861 (Real Decreto de 10 de julio de 1861), en el art. 40 del pliego de 1886 (Real Decreto de 11 de junio de 1886), en los arts. 41 y 42 del pliego de 1900 (Real Decreto de 7 de diciembre de 1900), y en los arts. 42 y 43 del pliego de 1903 (Real Decreto de 13 de marzo de 1903), hasta conferírsele un alcance general por el art. 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 y, años después, por el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado de 1965.

<sup>6</sup> E. García de Enterría (1950), «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *RAP*, 2, pág. 88.

<sup>7</sup> S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, XIII, Madrid: BOE, 4.ª ed., págs. 160-161. Y, en la misma línea que estos dos autores, la totalidad de la doctrina: véase, por todos, Ariño Ortiz, 1968: págs. 113 y ss.; J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra (2004) «El principio de riesgo y ventura», en R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, págs. 525-559; últimamente, R. Sahún Pacheco (2019), *Riesgo operacional y servicio público*, Madrid: BOE, págs. 74 y ss.

<sup>8</sup> Que nos ha sido impuesto por el derecho de la Unión, como es sabido, y que la LCSP ha acogido con un entusiasmo inusitado, reiterándolo con una abundancia que linda con

obras «asumirá el riesgo operacional de la concesión, *de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239*» (que se refieren al riesgo y ventura). Riesgo y ventura y transferencia del riesgo operacional son, en efecto, dos modalidades nominales del mismo fenómeno, el desinteresamiento de principio de la Administración respecto del resultado económico de la actividad objeto del contrato<sup>9</sup>: el contratista está obligado al estricto cumplimiento de las cláusulas contractuales, y la Administración se separa del devenir de su ejecución, trasladando íntegramente a la contraparte sus consecuencias y asumiendo, por tanto, una posición de ajenidad respecto del éxito o fracaso financiero de la empresa. Este desinteresamiento puede denominarse riesgo y ventura cuando el objeto del contrato se refiere a obras (las propias del contrato de este nombre y las que es necesario realizar en el de concesión de obra), y transferencia del riesgo operacional cuando dicho objeto consiste en el desarrollo de una actividad de gestión empresarial durante un tiempo dilatado (en los contratos de concesión de obras y de servicios).

Se dirá que esto es evidente, y lo es, pero es importante para explicar el segundo reproche que merece el concepto doctrinal del que tratamos. En su uso y entendimiento habitual, el concepto es reduccionista porque contempla solo la faz negativa de la institución, omitiendo toda mención a su carácter bidireccional<sup>10</sup>. Es cierto que la inmensa mayoría de los conflictos que este principio suelen suscitar se refieren y se han referido históricamente<sup>11</sup> a pretensiones indemnizatorias formuladas por los contratistas cuando los resultados económicos de la ejecución de sus contratos no les son favorables. Pero el riesgo y ventura, como la transferencia del riesgo operacional, posee una indisociable vertiente positiva: la del derecho del contratista a patrimonializar todos los beneficios que lícitamente pueda obtener de la ejecución del contrato, aunque excedan de los implícitamente previstos en el contrato: por ejemplo, a retener la diferencia del precio por el que haya adquirido los bienes y materiales previstos en los pliegos para realizar la obra o servicio contratado. El riesgo y ventura y la transferencia del riesgo operacional significan, dicho en términos simples, que a la Administración

---

lo impertinente: véanse, respecto de la concesión de servicios, los arts. 15.2 y 285.1.c); y, respecto de la concesión de obras, los arts. 14.4, 250.1.m), 254.1, 258.b), 265.1 y 2.

<sup>9</sup> Así lo decía sin eufemismos, con el lenguaje directo de la legislación del siglo XIX, el art. 26 del antes citado pliego de 1836, señalando que a la Administración «le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir».

<sup>10</sup> Así, en la doctrina, por todos, D. Blanquer Criado (2013), *Los contratos del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 393: «El adjudicatario de un contrato administrativo asume la ejecución de las prestaciones pactadas a su “riesgo y ventura”, por lo que debe soportar estoicamente el eventual sobrecoste de las prestaciones que derive de circunstancias sobrevenidas después de celebrar el negocio jurídico oneroso, pues ese desequilibrio económico no puede ser trasladado a la Administración Pública»; esta visión parcial no empaña, desde luego, la calidad de la exposición.

<sup>11</sup> Así, en los numerosos ejemplos glosados por Ariño (1968: 40 y ss.), que se remontan a la época de la Nueva Recopilación (¡de 1567!).

le es y debe serle indiferente que el concesionario pierda, y cuánto pierda (riesgo), de la misma manera que le es y debe serle indiferente que el concesionario gane, y cuánto gane (ventura, expresión que no alude al riesgo negativo, sino al posible resultado *venturoso* de la explotación). El que esta faceta del riesgo y ventura, por más evidente que resulte, sea olvidada con frecuencia<sup>12</sup>, hace pertinente su recuerdo.

### 3. SOBRE EL *JUS VARIANDI*

La potestad de modificación unilateral del contrato tiene un aspecto exterior muy diferente. Frente al concepto de riesgo y ventura, que siempre ha sido objeto de reservas y salvedades, el *jus variandi* se viene calificando entre nosotros —con un orgullo tan indisimulado como apriorístico— como la característica diferencial por excelencia de los contratos administrativos, la primera y más relevante de sus señas de identidad en contraste con los contratos de derecho privado; y, lo que es más importante, como un rasgo por así decir natural y axiomático. Esta percepción es absolutamente sesgada y, lo que es más grave, tiene consecuencias altamente negativas para el buen funcionamiento de la contratación pública.

Para empezar, el *jus variandi* no tiene nada de connatural y sempiterno, como demuestra una leve ojeada a la historia. En España, el poder de modificación apareció como una singularidad de los contratos de obras públicas, establecida en los sucesivos pliegos de condiciones generales<sup>13</sup> y justificada por la escasa calidad de los proyectos y por la ausencia, entonces, de estudios geotécnicos. Y esta excepción tardaría más de un siglo en convertirse en regla general, lo que se produjo por influencia del ordenamiento francés, que presenta unas características semejantes. Conviene recordarlas.

<sup>12</sup> Aunque, no obstante, se menciona fugazmente en alguna sentencia, como en las antiguas de 14 de mayo de 1976 y de 20 de enero de 1984, y también en la antes citada STS 3839/2016, de 20 de julio (recurso de casación 339/2015), FJ 7. No está de más recordar que así se entendía, ya en tiempos muy lejanos, respecto de los contratos de arrendamiento de rentas reales, en los que, de igual manera que se desestimaban las reclamaciones de los arrendatarios invocando lesión cuando el importe de las rentas arrendadas resultaba inferior al previsto en el contrato, se prohibía a los agentes públicos efectuar reclamación alguna a los arrendatarios cuando tal importe venía a ser superior: Nueva Recopilación, libro IX, tít. IX, ley 1, condición XVI, cit. por Ariño (1968: 46).

<sup>13</sup> Así, en el pliego de 1846, art. 20. Con más claridad en el art. 44 del pliego de 1861, según el cual «si antes de principiarse las obras o durante su construcción, *la Administración resolviera* ejecutar por sí parte de las que comprenda la contrata, o acordare introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento, reducción o aun supresión de las cantidades de obre, marcadas en el presupuesto [...] *serán obligatorias estas disposiciones para el contratista...*». En sentido muy similar, los arts. 34 a 46 del pliego de 1886, 45 a 48 del pliego de 1900, y 46 a 49 del pliego de 1903.

A) Hasta finales del siglo XIX, el derecho francés de contratos públicos partía de la aceptación incondicional del principio de inmodificabilidad contractual, sentado en el art. 1134 del Código Napoleónico<sup>14</sup>. En esas fechas, sin embargo, algunas Administraciones —las que conservaban el espíritu y los afanes de la *Commune de Paris*— comenzaron a adoptar decisiones que alteraban profundamente la posición jurídica y los intereses económicos de sus contratistas y que, naturalmente, provocaron las consiguientes reclamaciones indemnizatorias. La ausencia de fundamento legal de estas decisiones hizo que la doctrina primero, y el Conseil d'État después, tuvieran que salir en auxilio de las Administraciones, forjando los conceptos que las legitimaran.

El primero en el tiempo fue el de *fait du prince*, acuñado por la influyente pluma de Maurice Hauriou, que rescató del olvido esta antigua denominación en el comentario que hizo, en 1902, del conocido como *arrêt Prévêt*<sup>15</sup>. En apa-

<sup>14</sup> Aunque la cláusula *rebus sic stantibus* tiene una larga tradición en el derecho europeo, habiendo llegado a ser acogida en algunos importantes textos legales de la época (en el cap. IV, 15, § 12 del *Codex Maximilianus Bavaricus* de 1756, y en los arts. 377 y 378 del *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* de 1792), fue tácitamente rechazada por los Códigos decimonónicos, seguramente por influencia de la codificación francesa: ninguna referencia a ella hay en el Código civil italiano de 1865, ni en la versión original del BGB ni, por supuesto, en el español; los principios de seguridad jurídica y respeto a la libertad contractual excluían de raíz cualquier institución que permitiese alterar el contenido de los contratos y, por tanto, la libre voluntad de las partes. Sobre la evolución de la cláusula, véase G. Osti (1912), «La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico», en la *Rivista di diritto civile*, págs. 1 y ss. En España, con otras referencias, F. Candil (1946), *La cláusula rebus sic stantibus* (no consta editorial ni lugar), págs. 21 y ss., y R. M.<sup>a</sup> Roca Sastre y J. Puig Brutau (1948), «El problema de la alteración de las circunstancias», en sus *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 237 y ss. De esta aceptación habría de excluirse al *common law*, que tradicionalmente no admitió otra excusa al cumplimiento de las obligaciones que el *act of God*; véase P. Gallo (1992), *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, Milan: Giuffrè, págs. 92 y ss., y H. McGregor (1997), *Contract Code*, Barcelona: Bosch. Y, sobre el fundamento liberal de esta exclusión, J. Beltrán de Heredia (1956), *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 348 y ss. y J. V. Gavidia Sánchez (1987), «Presuposición y riesgo contractual», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, pág. 57.

<sup>15</sup> CE, 8 de marzo de 1901, *Prévêt c. Ministre de la guerre*. El comentario se halla en las páginas 734 y ss. de sus célebres *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal de Conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 a 1928*, I, Bordeaux, Imprimerie Cadoret, 1929. Hablamos de rescatar del olvido porque la expresión venía siendo usada desde siglos atrás en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra municipios —como después demostraría la profunda investigación de J. L. Mestre (1976), *Un droit administratif a la fin de l'Ancien Régime: le contentieux des communautés de Provence*, Paris: LGDJ, pág. 414—, pero que había quedado en desuso. El propio Hauriou lo advierte en la introducción de su comentario, señalando que sería inútil «buscar esta rúbrica en los manuales elementales, ni incluso una indicación en esa fuente de revelaciones que es el *Traité de la juridiction administrative* de M. Laferrière».

riencia, su pretensión se limitaba a describir abstractamente el fenómeno<sup>16</sup> y a intentar legitimar el poder de modificación como un acto de estricta soberanía; pero añadió a su descripción una consecuencia esencial (aunque discutida por las Administraciones demandadas); que el *fait du prince* «es susceptible de comprometer la responsabilidad contractual de las administraciones públicas» (pág. 737), lo que obligaba a estas a indemnizar al contratista. Su aportación al tema no fue más allá<sup>17</sup>, pese a lo cual el prestigio del autor hizo que el Conseil d'État comenzara muy tempranamente a utilizar esta categoría<sup>18</sup>, aunque sin sentar criterios generales acerca de cuándo el *fait du prince* era legítimo ni de cuándo generaba la obligación de indemnizar; criterios que solo después de décadas de soluciones empíricas han podido ser extraídos por la doctrina<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Diciendo que «existe *fait du prince* cuando una administración pública, vinculada con un particular por un contrato que entraña la ejecución de servicios públicos, un contrato de suministro o un contrato de obras públicas, introduce un cambio en el contrato mediante uno de los actos en los que se revela el poder público independiente, especialmente un acto reglamentario; es, pues, el hecho del poder público que, después de haber condescendido a tratar, a comerciar, a vincularse, de golpe se reencuentra como Príncipe, es decir, absoluto en el sentido originario de la palabra, libre de todo vínculo, de modo que esta manifestación de poder absoluto es apto para modificar los elementos de la situación contractual que había permitido establecer» (pág. 735).

<sup>17</sup> De hecho, sus obras posteriores más conocidas muestran un escaso interés por el *fait du prince*, al que se dedica muy poca atención: dos líneas, en nota, en la 6.<sup>a</sup> edición de su *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1907 (pág. 489); algo menos de una página en la 8.<sup>a</sup> edición de 1914 (pág. 491); y una breve nota al pie en la pág. 870 de la 9.<sup>a</sup> edición de 1919, reproducida en la 10.<sup>a</sup> ed. de 1921 (pág. 758). Es significativo que el trabajo fundamental sobre la obra de Hauriou no contenga ninguna referencia al *fait du prince*: L. Sfez (1966), *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris: LGDJ.

<sup>18</sup> Aunque empleando, en lugar de la fórmula literal utilizada por Hauriou, la más neutra, y menos evocadora del absolutismo, de *fait de l'Administration*; así, en sus *arrêts* de 23 de enero de 1903, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (véase la nota de Hauriou al mismo en sus *Notes d'arrêts...*, *cit.*, III, págs. 459 y ss.); de 20 de mayo de 1904, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur*; de 13 de enero de 1905, *Soc. Fichet et Cie*; de 5 de julio de 1907, *Humbler*; de 19 de noviembre de 1909, *Zeilabadine* (también en *Notes d'arrêts...*, *cit.*, I, págs. 727 y ss.). A ello contribuyó en gran medida la actuación del *commisaire du gouvernement* Georges Teissier, que acogió el concepto en su obra, de gran relevancia en aquellas fechas (*La responsabilité de la puissance public*, Paris: P. Dupont, 1906; hay varias reimpressiones recientes de esta obra; la consultada es la de la editorial Hachette, 2018), y también en varias de sus conclusiones; también, y bastante después, en la obra de G. Pequignot (1945), *Théorie générale du contrat administratif*, Paris: A. Pédone, (reed. en *La Mémoire de Droit*, 2020).

<sup>19</sup> En la cual, véase S. Badaoui (1954), *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, Paris: LGDJ; P. Terneyre (1989), *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Paris: Economica; J.-F. Oum Oum (2014), *La responsabilité*

Pese a su permanencia en el tiempo, la construcción propuesta por Hauriou no tuvo una acogida unánime en la doctrina. En las mismas fechas en que se formuló se hallaba ya en plena efervescencia la llamada «querelle de l'électricité et du gaz»<sup>20</sup>; conflicto al que inmediatamente se sumó el que enfrentó al gobierno con las compañías concesionarias de ferrocarriles, con ocasión de las leyes que agravaban sensiblemente sus cargas o empeoraban su posición contractual.

El Conseil resolvió los litigios a favor de las concesionarias<sup>21</sup>, lo que produjo un sensible malestar en diversos partidos y un fuerte debate público. Y esto dio lugar, en menos de cinco años, a un radical *overruling* jurisprudencial —con un claro giro a la izquierda, diríamos—, que se produjo en el muy conocido *arrêt Compagnie générale française del tramways*<sup>22</sup>. En él, y en un supuesto práctica-

---

*contractuelle en droit administratif*, Paris: LGDJ. Para una exposición general, concisa y ajustada, véase A. de Laubadère, F. Moderne y P. Delvolvé (1984), *Traité des contrats administratifs*, II, L.G.D.J., Paris, págs. 515 y ss.

<sup>20</sup> Una descripción del conflicto, en J.-P. Benoit (1968), *Le droit administratif français*, Paris: Dalloz, págs. 652 y ss. Se trataba de la pugna que los concesionarios del servicio de iluminación de las vías públicas mediante lámparas de gas mantuvieron con los municipios que intentaron imponerles su sustitución por otras de luz eléctrica. El Conseil d'État resolvió el debate con una solución salomónica, diciendo que, si bien los contratos atribuían a las compañías el privilegio de realizar la iluminación por cualquier medio —lo que impedía que se les pudiera forzar unilateralmente a sustituir el gas por la electricidad—, esto no privaba al municipio de la facultad de otorgar una nueva concesión a un tercero. Véanse, entre otros, CE, 26 de diciembre de 1891, *Compagnie du gaz de Saint-Etienne c. Ville de Saint-Etienne*; de 11 de enero de 1895, *Compagnie du gaz de Limoges c. Ville de Limoges*; de 8 de febrero de 1895, *Compagnie du gaz de La Rochelle c. Ville de La Rochelle*; de 2 de febrero de 1900, *Compagnie du gaz de Bourg*, y 10 de enero de 1902, *Compagnie du Gaz de Deville-les-Rouen*. Todas estas decisiones se encuentran en Hauriou, *Notes d'arrêts...*, cit., III, págs. 522 y ss.; sobre la última, véase Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genevois (2003), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14.ª ed., Paris: Dalloz, págs. 57 y ss.

<sup>21</sup> Así, en el *arrêt Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*, antes citado, y en el de 30 de junio de 1905, *Compagnie des tramways de Paris*. En el primero de estos *arrêts* se decía terminantemente que los poderes conferidos a los prefectos por un reglamento de 1881 para determinar el cuadro de servicio de trenes debían conciliarse con una cláusula del pliego de condiciones en la que se establecía el número mínimo diario de viajes; dicho número, añadía, «representa, pues, un mínimo contractual, que solo puede modificarse por acuerdo recíproco de las partes». En la doctrina, en línea con esta solución, H. Ripert (1905), *Rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*, RDPSP, págs. 36 y ss.

<sup>22</sup> CE, 11 de marzo de 1910, *Ministre de Travaux Publics c. Compagnie générale française del tramways* (en Hauriou, *Notes d'arrêts...*, cit., III, págs. 470 y ss., y en Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genevois, 2003: 135 y ss.). El sesgo político de este *arrêt* podría tener bastante relación con el hecho de que el *commissaire du gouvernement* autor de las conclusiones fuera M. Léon Blum, que nueve años después entró a formar parte del comité ejecutivo

mente idéntico a los antes mencionados, el Conseil d'État declaró formalmente que la Administración ostentaba «no solo el derecho de aprobar los horarios de los trenes desde el punto de vista de la seguridad y comodidad de la circulación, sino también de prescribir las modificaciones y adiciones necesarias para asegurar, en interés del público, la marcha normal del servicio». A esta proclamación general del poder de modificación unilateral del contrato administrativo se añadía, no obstante, el inexcusable deber indemnizatorio: con su habitual contención expresiva, el Conseil recordó que «pertenece solamente a [la decisión de] la Compañía, si lo cree fundado, presentar una demanda de indemnización en reparación del perjuicio que estimara haberle sido causado por una agravación de las cargas de explotación»<sup>23</sup>.

Desde aquellas fechas, el poder de modificación unilateral de los contratos se ha mantenido intacto en el país vecino, reforzándose como una pieza capital del régimen de los contratos públicos. Ello no ha impedido que haya recibido muy severas críticas<sup>24</sup>, por más que la mayoría de la doctrina más autorizada lo haya asumido, si bien con muy serios límites<sup>25</sup>.

B) Caben pocas dudas de que fueron la doctrina y jurisprudencia francesas las que indujeron a incorporar la figura del *jus variandi* a nuestro ordenamiento como un poder general de alteración del contenido contractual. Como es sabido, esto tuvo lugar en los reglamentos de régimen local de los años cincuenta<sup>26</sup>, en los

---

de la SFIO y que en 1936 ocupó la cartera de primer ministro en el gobierno del Frente Popular.

<sup>23</sup> Este criterio ha sido mantenido, sin alteración, hasta la actualidad, habiendo sido reforzado con la declaración formal de que el poder de modificación unilateral forma parte de las «règles générales applicables aux contrats administratifs»: CE de 2 de febrero de 1983, *Union des transports publics*.

<sup>24</sup> Las inició A. Mestre, en el prólogo a la obra de M. Teste (1940), *Les services publics' de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Paris: Dalloz, a las que siguieron las de J. L'Huillier (1953), *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration?*, Paris: Dalloz, pág. 87; J. Dufau, *Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration et les contrats de concession de service public*, AJDA 1955.I.65; F.-P. Benoit, *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, JCR, 1963.1.1775 (y en su *Le droit...*, págs. 655 y ss., donde se habla enfáticamente de «la fausse doctrine du pouvoir de modification unilatérale du contrat»).

<sup>25</sup> Que, obviamente, no pueden exponerse aquí: véanse, además de A. de Laubadère, F. Moderne y P. Delvolvé (1984: 388 y ss., 430 y ss., 461 y ss. y 484 y ss.; G. Vedel y P. Delvolvé (1990), *Droit administratif*, I (11.ª ed.), Paris: PUF, pág. 416; G. Lebreton (1996), *Droit administratif général*, I, pág. 235; Y. Gaudemet (2001), *Traité de droit administratif*, Paris: LGDJ, pág. 703; H. Hoepffner (2009), *La modification du contrat administratif*, Paris: LGDJ, y L. Richer y F. Lichère (2019), *Droit des contrats administratifs*, Paris: LGDJ, 11.ª ed., págs. 250 y ss.

<sup>26</sup> Art. 54 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 («Por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, podrán las Corporaciones modificar las prestaciones de obra o servicio contratadas, previo informe de



que se inspiró la Ley de Contratos de 1965<sup>27</sup> y, por supuesto, todas las sucesivas hasta la vigente de 2017. Esta, como su antecesora, ofrece una regulación un tanto desconcertante: muestra una insistente preocupación en proclamar enfáticamente esta potestad; lo hace con alcance general en los arts. 190 y 203, pero lo reitera, no sé si innecesariamente, en los arts. 242, 255, 261.1.b), 262 y 290<sup>28</sup>. Y esta insistencia se compadece malamente con las importantes restricciones que se imponen a esta potestad en los arts. 203 a 207, provenientes de una normativa comunitaria que siempre ha mostrado una fuerte aversión y desconfianza hacia el *jus variandi*<sup>29</sup>.

Estas restricciones, y los conflictos ante la jurisdicción europea a que dio lugar la transposición de las directivas, han acaparado la atención de la doctrina, como si lo único que importase en el régimen de esta potestad fuera lo que con fortuna se ha denominado licitocentrismo<sup>30</sup>, la imperiosa conveniencia de realizar nuevas licitaciones como alternativa a la modificación de los contratos y las limitaciones a estas que se imponen con tal objeto. Esto ha determinado que la LCSP —igual que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia— haya dejado al margen cuestiones capitales, como son las referentes al ámbito de aplicación del *jus variandi*, que solo se mencionan esporádicamente y con notable vaguedad en dos aspectos.

---

los Organismos técnicos de las mismas y de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, siempre que no se altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte»). Con más contundencia aún, el art. 127.1 del Reglamento de Servicios de 1955: «La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: 1.ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público».

<sup>27</sup> Art. 18: «El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley»; y, respecto de los contratos de obras, de gestión de servicios públicos y de suministro, arts. 48 a 50, 74 y 93, respectivamente.

<sup>28</sup> Para los contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios; preocupación que desaparece, por cierto, al regular los contratos de suministro y de servicios, donde no se encuentra alusión específica alguna a la misma.

<sup>29</sup> Por razones que, por conocidas, no es necesario recordar aquí: véase, sobre ello, M. Garcés Sanagustín (2012), «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos», en L. Parejo Alfonso y Palomar Olmeda (dirs.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Barcelona: Bosch, págs. 68 y ss.; J. M.ª Gimeno Feliú (2013), «La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable», en el volumen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, *La contratación pública: problemas actuales*, Madrid, págs. 83 y ss. (entre otras muchas obras); F. J. Vázquez Matilla (2015), *La modificación de los contratos públicos*, Cizur Menor: Aranzadi; X. Codina García-Andrade (2019), *La modificación de los contratos del sector público*, Madrid: BOE.

<sup>30</sup> En Codina García-Andrade (2019: 125).

Primero, en cuanto a su alcance objetivo, que se define y presume de carácter prácticamente universal: en apariencia, cualquier contenido del contrato puede ser objeto de modificación y con cualquier intensidad (con los únicos límites establecidos en los arts. 204 y 205); admitiéndose incluso la posibilidad de alterar las cláusulas económicas del contrato (así, en el art. 290.1 respecto de las tarifas en el contrato de concesión de servicios), algo que solo con muchas reservas se admite en el nada liberal ordenamiento francés<sup>31</sup>. No sería impertinente una reflexión serena acerca de qué contenidos contractuales deben quedar excluidos del poder de modificación<sup>32</sup>.

Y segundo, en cuanto a sus presupuestos habilitantes, que la legislación ha enumerado con tanta heterogeneidad como imprecisión: el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 comenzó utilizando el socorrido rótulo de «motivos de interés público», fórmula que, en un alarde de imaginación y originalidad, copiaron de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y, en la actualidad, los arts. 190, 262.1 y 290.1 de la LCSP (también el art. 261.1.b, que, menos mal, añade que dichos motivos deberán estar «debidamente justificados»). El mismo Reglamento local de 1953 apuntó un nuevo criterio (alternativo del antes citado): que la modificación venga impuesta «por causas imprevisibles e inevitables», rasgo que el Reglamento General de Contratación de 1967 modificó levemente, eliminando el factor de inevitabilidad y hablando de «necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas», y también en parte el art. 205.2.b) de la LCSP, mencionando «circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles» (digo en parte, porque imprevisto no es lo mismo que imprevisible).

Todo este caótico baile de términos es puramente ficticio. Hablar de motivos de interés público es una simple obviedad, porque las Administraciones, por imperativo constitucional, deben servir obligatoriamente los intereses generales o públicos; como también lo es referirse a causas nuevas e imprevistas, por supuesto. Lo que ello acredita es que el legislador no tuvo la menor intención de establecer límites positivos, reales y eficaces, al ejercicio del *jus variandi*, porque la justificación escrita de la concurrencia de algunos de estos conceptos (absolutamente indeterminados) es una tarea que se encuentra al alcance del funcionario público más obtuso.

<sup>31</sup> La doctrina del Conseil d'État proscribió tradicionalmente la modificación unilateral de tales cláusulas: véase CE, 7 de agosto de 1891, *Morelli*; de 16 de mayo de 1941, *Commune de Vizille*; de 11 de julio de 1941, *Hôpital-hospice de Chauny*; de 9 de marzo de 1951, *Di-donna*; y de 7 de diciembre de 1973, *Le Couteur et Sloan*. Esta prohibición fue relativizada en el *arrêt* CE de 2 de febrero de 1983, *UTP*; pero la doctrina posterior ha puntualizado que la modificación de estas cláusulas solo puede realizarse excepcionalmente y mediante la correspondiente indemnización a los contratistas: CE de 27 de octubre de 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*: véase, al respecto, L. Richer y F. Lichère (2019: 252 y 253).

<sup>32</sup> Que no tienen que ser necesariamente los mencionados como ejemplos de modificaciones sustanciales en el apdo. 2.c) del art. 205, que están pensados exclusivamente desde la mencionada perspectiva del licitocentrismo.

En el fondo, lo que late tras todos estos preceptos es una comprensión implícita del poder de modificación como una potestad rigurosamente discrecional, tal como decía, con la crudeza que le permitía la época, el antes citado art. 127.1 del Reglamento de Servicios de 1955 («ordenar discrecionalmente» las modificaciones...).

C) Las resoluciones del Tribunal Supremo que se comentan en esta colaboración son un buen ejemplo de las consecuencias que acarrea esta deficiente regulación legal.

La Sentencia 3974/2019 (FJ 4º, p. 9º) se limita a constatar que lo que la ley exige «es la *justificación* de la existencia de una razón de interés público»; justificación que, en la medida en que se contiene efectivamente en la orden allí impugnada, resulta suficiente, sin que parezca necesario valorar y enjuiciar su realidad y consistencia.

La Sentencia 491/2020 va, afortunadamente, más allá. Aunque comienza reconociendo (FJ 8º) que el poder de modificación «comporta un elemento de discrecionalidad», advierte inmediatamente que «está delimitado por factores sujetos a control», que enumera: 1) «que su ejercicio se justifique por razones de interés público», 2) «que la modificación no conlleve o produzca la alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación», 3) que se limite «a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria» y, finalmente, 4) que responda «a necesidades nuevas o causas imprevistas». Y parece suponer que todas estas circunstancias son conjuntamente exigibles como requisitos para la validez de una modificación, porque acto seguido decreta la anulación del acto recurrido por faltar una de ellas (la segunda de las mencionadas). No hubiera sido superfluo que también se hubiera hecho una valoración de las restantes circunstancias habilitantes (que, en apariencia, estaban también manifiestamente ausentes), pero el paso que da es un buen comienzo. Los órganos de la jurisdicción están obligados a ponderar la concurrencia efectiva de todos y cada uno de los presupuestos fácticos que autorizan para ejercer el poder de modificación, como es preceptivo en el control de cualesquiera otros conceptos indeterminados, y debemos felicitarlos que en este caso se haya hecho así. Lo cual no debería olvidar la conveniencia de que la ley diera a esta materia un tratamiento más serio y convincente del que hoy contiene.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO

A) Igual que el *jus variandi*, la noción de equilibrio económico (o financiero) tiene su origen en el sistema francés de contratos, también con ocasión del antes citado *arrêt Compagnie générale française del tramways*. Su formulación no figura en el texto del *arrêt*, sino en las conclusiones emitidas para el mismo por el comisario del gobierno Léon Blum, en las que intentó razonar minuciosamente los fundamentos tanto del poder de modificación unilateral que el *arrêt* consagró como del derecho del contratista a la indemnización que el mismo reconocía como elemento indisoluble. A este último propósito dijo que:

[...] pertenece a la esencia misma de todo contrato de concesión procurar y conseguir, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se otorgan al concesionario y las cargas que le son impuestas. Las ventajas y las cargas deben compensarse (*se balancer*) de manera que constituyan la contrapartida de los beneficios probables y las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión está implicado, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Esto es lo que se denomina la equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión.

Conociendo la estimable afición de los juristas franceses a la claridad, habrá de reconocerse que habría sido difícil redactar un párrafo más oscuro y ambiguo que el transcrito. Hubiera sido sumamente fácil decir que el poder de modificación del contrato entraña el deber de compensar al contratista con una suma equivalente al valor de las cargas adicionales que la modificación le impone; pero las conclusiones se cuidan mucho de decirlo, apelando vagamente a la igualdad y, sobre todo, a la «honesta» equivalencia, expresión de resonancias éticas que hace recordar las teorías del *justum pretium*. Con ello se abría la posibilidad de que la compensación a la que el contratista tendría derecho fuera meramente parcial (la suficiente, y solo la suficiente, para no desestabilizar su negocio). Luego volveré sobre ello.

Esta sutil insinuación ha sido desestimada por la doctrina y jurisprudencia francesas, que han afirmado taxativamente el derecho a una indemnización integral, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante<sup>33</sup>; una conclusión que en nuestro ordenamiento se halla desgraciadamente ausente, al menos de manera explícita.

B) Una vez más, el principio de equilibrio económico fue objeto de importación —como es bien sabido— por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 en su art. 127.2.2<sup>34</sup>. Lo hizo, sin embargo, con dos variantes respecto de su modelo: se preveía exclusivamente respecto de las concesiones de servicios públicos, no para todos los contratos locales, y solo con relación a los

<sup>33</sup> Así, y entre otros muchos, CE de 1 de agosto de 1914, *Seychal*, y de 14 de marzo de 1980, *Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques* (sobre el contrato de obras); CE de 5 de junio de 1953, *Département de l'Isère*, y de 27 de octubre de 1978, *Ville de Saint-Malo* (sobre la concesión de servicios). Sobre el deber de indemnizar el lucro cesante, además de los *arrêts* antes citados, CE de 19 de enero de 1938, *Ville de Nantes*, de 26 de enero de 1938, *Barré*; y de 25 de enero de 1963, *Société des alcools de Vexin*. Para una descripción general, en la doctrina clásica, R. Bonnard (1926), *Précis de droit administratif*, Paris: Sirey, pág. 744; G. Pequignot (1945: n. 337), y, en la más reciente, nuevamente Laubadère, Moderne y Delvolvé (1984: 516 y ss.), y L. Vidal (2005), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles: Bruylant.

<sup>34</sup> La inspiración del Reglamento en la doctrina y jurisprudencia francesas se encuentra recogida en la obra de uno de sus autores, F. Albi (1960), *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid: Aguilar, págs. 565 y ss., una obra de excepcional calidad técnica para los años en que fue escrita.

supuestos de riesgo imprevisible, concepto que también importó<sup>35</sup>; para los casos de *jus variandi*, en cambio, el mismo artículo hablaba de «compensar económicamente al concesionario». También habré de volver después sobre estas variantes, que me parecen bastante afortunadas.

La claridad académica con que se expresaba el Reglamento de Servicios fue considerablemente enturbiada por la normativa estatal. La Ley de Contratos del Estado de 1965 se preocupó de proclamar enfáticamente el poder de modificación unilateral de los contratos, como antes vimos, pero eludió —incomprendiblemente— una referencia paralela a la indemnización a que debía dar lugar<sup>36</sup>; solo lo hizo al regular la modificación del contrato de gestión de servicios públicos, y de manera atípica, mezclando los conceptos de restablecimiento del equilibrio económico y de compensación que utilizaba el Reglamento de Servicios<sup>37</sup>.

La misma línea fue seguida por la Ley de 1995, cuyo art. 164 se limitó a reproducir el precepto recién citado de la de 1965, sin previsión alguna respecto de los demás contratos, y también, en lo sustancial, por las de 2007 y por la vigente. Sus características a este respecto deben ser recordadas: 1) no hay mención alguna al deber de compensar al contratista en los arts. 190 y 203 a 207, que establecen el régimen general de modificación contractual (como habría sido lógico que se hiciera), ni tampoco al tratar de los contratos de obras, de suministro ni de servicios; 2) se establece el deber de mantener el equilibrio económico solo respecto de los contratos de concesión de obra (art. 270) y de concesión de servicios (art. 290), refiriéndolo a los supuestos de modificación contractual y a los de *factum principis*; 3) no se precisa en qué y en cuánto consista este reequilibrio, indicando solo, respecto del segundo de los contratos mencionados y para

<sup>35</sup> Albi (1960: 568) criticaba esta restricción alegando que «el principio del equilibrio financiero no constituye patrimonio exclusivo de la concesión administrativa, como parece deducirse del articulado del Reglamento, que encuadra sus previsiones básicas sobre el particular en la Sec. 2.<sup>a</sup> de su Cap. V, en el Tít. III, refiriéndose exclusivamente a la repetida concesión, siendo así que es notorio que la ecuación financiera, como el “hecho de príncipe” y la teoría de la imprevisión a los que complementa, afectan de modo general a todos los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, y por tanto su desarrollo hubiera tenido cabida adecuada en el Reglamento de Contratación, que no estimó oportuno recoger esa creación de la doctrina francesa».

<sup>36</sup> Su art. 50, sobre la modificación del contrato de obras, se limitaba a negar la procedencia de indemnización en los casos de reducción o supresión de unidades de obra, guardando silencio respecto de los supuestos de aumento de las mismas (en los que parece admitir implícitamente un incremento del precio, pero que no se mencionaba); y, respecto del contrato de suministro, el art. 93 solo preveía la potestad de modificación. La única referencia a algún tipo de indemnización se establecía en su art. 46, al enumerar los casos de fuerza mayor.

<sup>37</sup> «Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá *compensar* al empresario de manera que *se mantengan en equilibrio los supuestos económicos* que presidieron la perfección de aquél» (art. 74, p. 2.<sup>o</sup>).

el caso de que se trate de modificaciones que afecten a su régimen financiero, que debe mantenerse «el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato» (art. 290.2), hablándose en este caso de «compensar»; y 4) no se alude en lugar alguno a los supuestos de riesgo imprevisible, aunque sí a los de fuerza mayor (en cuyo caso sí se habla de «indemnización de daños y perjuicios»: art. 239).

Este modo de regular, incompatible con los más elementales principios de técnica legislativa, es muestra de la intensa (aunque comprensible) repugnancia que siempre han mostrado las Administraciones a reconocer cualquier tipo de deber indemnizatorio como contrapartida de los poderes que se le atribuyen. No tiene justificación posible que este deber no se mencione con carácter general, que se silencie en la regulación de varios tipos de contratos, y, sobre todo, que se apele a una noción, la de reequilibrio económico, en relación con otros dos concretos tipos.

C) Y es que esta noción, dicho sea en román paladino, es tan incierta como fraudulenta. Es incierta desde su mismo origen, porque, como antes vimos, la descripción que hizo de ella un fino jurista como León Blum no parece que pretendiera otra cosa que evitar aludir al imperativo de una indemnización integral; y no otra cosa puede decirse de la aventurada en el art. 290.2 que, aparte de una erudita alusión a la teoría civilista de la base del negocio, no dice absolutamente nada que sea directamente aplicable por un jurista corriente; los «supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato» no son un elemento fáctico identificable *prima facie*, sino algo a inventarse, dicho sencillamente, una invitación a especular sobre algo por naturaleza incognoscible. En definitiva, la noción de equilibrio económico no pasa de ser un mero instrumento dialéctico que permite a las partes discutir, en cada caso, si la aportación económica que ha de realizar la Administración debe ser total (es decir, por un importe exactamente equivalente al valor de las cargas económicas que se recaen o se imponen *ex novo* al contratista) o meramente parcial, y, en este caso, en qué proporción. Así es como sucede en la práctica de todas las demandas de reequilibrio.

Y es también una noción fraudulenta, decimos, porque no pretende más que eludir el fundamento auténtico de la indemnización que se debe al contratista, y su consecuencia natural, la modificación unilateral del contrato, es, como ha repetido hasta la saciedad la doctrina, un simple supuesto de responsabilidad contractual por incumplimiento, que debe conllevar el íntegro resarcimiento a la parte dañada. Esta finalidad se diluyó desde el momento en que la noción de reequilibrio comenzó a ser aplicada extensivamente a los supuestos de fuerza mayor y de riesgo imprevisible: cuando los daños al contratista son causados por eventos completamente ajenos a la actividad de la Administración contratante, resultaba imposible aplicar los principios de la responsabilidad contractual. En tales casos, la colaboración económica de la Administración no tendría por objeto indemnizar al contratista, sino meramente asegurar la realización de la

obra pública o la continuidad en la prestación del servicio concedido (con objeto de evitar que la sobrecarga económica excepcional le lleve a la imposibilidad de hacerlo), adoptando las medidas necesarias para garantizar la viabilidad de su organización. Estas medidas deberían ser, por lo tanto, meramente parciales, de manera que las consecuencias dañosas de los eventos excepcionales se repartan equitativamente entre las partes del contrato; dicho sencillamente, en ellos no se trataría de *indemnizar* al contratista, sino de prestarle el *apoyo* necesario para asegurar la completa realización del objeto del contrato<sup>38</sup>.

Con esta ampliación de su ámbito, el concepto de mantenimiento del equilibrio pasó a comprender tanto supuestos de compensación total como parcial, de manera que, de la misma forma que podía admitirse que, en casos excepcionales de riesgo imprevisible o fuerza mayor, la compensación al contratista podía abarcar (en algunos supuestos excepcionales) el importe total de los daños, también cabía la posibilidad de que, en algunos casos de *jus variandi*, la indemnización tuviera un alcance meramente parcial, o incluso nulo<sup>39</sup>.

D) Esta confusión fue lúcidamente evitada por la jurisprudencia contenciosa de años atrás, que, en la correcta línea establecida en 1955 por el Reglamento de Servicios, distinguió con nitidez los supuestos de *jus variandi*, los cuales conllevaban la *indemnización integral* de los daños, y los de riesgo imprevisible y fuerza mayor, que suponían solo el deber de aportar una *ayuda de cuantía parcial* dirigida al sostenimiento del servicio<sup>40</sup>. Pero la evolución de la terminología legislativa no ha

<sup>38</sup> Esta directriz ya fue establecida en el bien notorio *arrêt Gaz de Bordeaux* (CE de 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*), hito inicial del reconocimiento de la teoría del riesgo imprevisible. En su segundo considerando se decía que la solución del problema causado por el alza inusitada de los precios del carbón (provocada por la Primera Guerra Mundial) debía «tener en cuenta, a la vez, el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía [...] y las condiciones especiales que no impidan la ejecución normal del contrato»; y que, por tanto, «de una parte la compañía debe asegurar el servicio concedido, y, de otra, *que debe soportar solo*, a lo largo de este período transitorio, *la parte de las consecuencias onerosas de la situación* de fuerza mayor antedicha que una interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo», en Long, Weil, Braibant, Genevois, Delvolvé (2003: 188 y ss.) Sobre estas cuestiones, véase, por todos, Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 608 y ss.).

<sup>39</sup> La confusión fue denunciada por la doctrina francesa clásica, advirtiendo que el concepto de equilibrio económico no debería aplicarse a los supuestos de riesgo imprevisible, porque «la teoría de la imprevisión se distingue radicalmente de las teorías de la mutabilidad [del contrato] y del equilibrio financiero», ya que «el equilibrio financiero conlleva la indemnización integral del perjuicio, y la imprevisión a la concesión de una ayuda, a la participación en un álea», Péquignot (1945: nº 398). La crítica es certera, siempre que pudiera ser entendida justamente al revés de como Péquignot la formuló.

<sup>40</sup> Así, en la STS de 14 de marzo de 1985 (ponente, don Eugenio Díaz Eimil), de ejemplar claridad: «[...] la más matizada, progresista y aceptada construcción conceptual de la teoría del riesgo imprevisible es la que distingue entre el desequilibrio económico producido por la potestad “variandi”, el hecho del príncipe y el error de cálculo como causas

contribuido al mantenimiento de esta claridad: se habla de equilibrio económico respecto de los supuestos de modificación contractual (en determinados contratos), eludiendo el término de indemnización; se incluyen bajo este concepto de reequilibrio los supuestos de *factum principis*, cuyo alcance indemnizatorio está aún por determinar<sup>41</sup>; y, en contraste, se habla de indemnización en los casos de fuerza mayor, en los que es normal y habitual una compensación puramente parcial al contratista (siendo así que el término indemnización evoca necesariamente una restitución integral del valor: indemnizar significa dejar indemne).

Cuanto se ha expuesto ofrece las características de un perfecto galimatías, que es muy posible que algunos lectores no hayan alcanzado a comprender. En teoría, el panorama podría ser calificado de forma muy sencilla, rectificando el error que supuso utilizar el principio de equilibrio económico como una suerte de navaja suiza de funcionalidad universal. En primer lugar, es claramente inconveniente, por las razones antes expuestas, aplicarlo a los supuestos de *jus variandi* y *factum principis*, cuya consecuencia resarcitoria no puede ser la de un inescrutable reequilibrio, sino simplemente la indemnización integral al contratista: ambas categorías constituyen, dicho lisa y llanamente, incumplimientos contractuales, cuya sanción no puede ser otra que la mencionada en el art. 1101 del Código

---

que imponen a la Administración el deber de indemnizar al contratista tanto el daño emergente como el lucro cesante, *lo cual supone restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas en atención al coste del establecimiento, los gastos de explotación y el beneficio industrial que determinaron en su momento inicial dicha retribución y el desequilibrio producido por causas sobrevenidas e imprevisibles ajenas a la conducta de las partes, que ponen en peligro la supervivencia del servicio público por ruptura de la economía de la concesión, en cuyo caso la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes [...]*». Tomo la cita de Blanquer Criado (2013: 1272), que también menciona otra de idéntico sentido, de 11 de junio de 1978 (ponente, don José Gabaldón López). La finalidad de asegurar la continuidad de la obra o servicio se ha resaltado también, más recientemente, en la STS 952/2014, de 4 de febrero (recurso 486/2011: ponente, doña Celsa Picó Lorenzo), recordando sentencias anteriores de 6 de junio de 1975 y 11 de febrero de 1978 (que no he podido localizar en el antiguo *Repertorio* de Aranzadi). También se menciona la posibilidad de ayuda meramente parcial en la STS 8855/2011, de 12 de diciembre (recurso de casación 4849/2008, ponente, don Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

<sup>41</sup> Ante todo, por las dudas que suscita la gran variedad de supuestos que pueden ser calificados como tales: no solo medidas singulares, sino también normas jurídicas, reglamentarias o legales, cuyas consecuencias indemnizatorias son discutibles. Algo semejante sucede en Francia, donde, sin perjuicio de la equiparación general del *fait du prince* con el *jus variandi*, se enumeran múltiples supuestos que no pueden encajarse en la primera de estas categorías (y que, por tanto, no dan derecho a indemnización), de otros en los que la indemnización es meramente parcial, igual que en los casos de riesgo imprevisible: véase Laubadère, Moderne, Delvolvé (1984: 555 y ss.), hablando de la *règle de l'indemnisation intégrale*, y Richer y Lichère (2019: 286).



Civil. La Administración puede modificar el contrato (directamente, mediante su *jus variandi*, o indirectamente a través de *facta principis*); pero, como se ha dicho con acierto, esta potestad «no es sino una manifestación de la potestad expropiatoria general, que exige siempre una justa compensación»<sup>42</sup>.

La noción de reequilibrio económico, en cambio, podría y debería limitarse a los supuestos de riesgo imprevisible y fuerza mayor, esto es, a los de anomalías graves en el entorno físico o económico, ajenas a la actividad de las partes contratantes, que ponen en riesgo la viabilidad de la empresa contratista y la continuidad de la obra o servicio concedido y que, como se prevé en el país vecino, solo deben dar lugar, normalmente, a la concesión de una ayuda parcial<sup>43</sup>. Y esto por simples razones de claridad semántica: en el lenguaje económico, reequilibrar alude a las operaciones necesarias de urgencia dirigidas a mantener las condiciones financieras mínimas para que una empresa pueda mantener su actividad en un entorno de riesgo; algo que nada tiene que ver con la indemnización debida por un incumplimiento contractual, consista o no en una modificación unilateral, que no persigue *per se* asegurar la viabilidad de una empresa, sino solo restaurar íntegramente el valor de las prestaciones previstas en el contrato.

## 5. UNA CONCLUSIÓN OBLIGADA

Las consideraciones precedentes permiten concluir, a mi entender, que sería altamente oportuno que la legislación hiciera un serio esfuerzo por precisar el contenido y alcance de todos los conceptos que se han examinado; no solo por las incertidumbres que ofrecen, sino porque, en su conjunto y en su regulación vigente, tienen consecuencias altamente disfuncionales sobre la dinámica de la contratación pública, que son frecuentemente silenciadas.

En efecto. En la realidad de las cosas, la acumulación de prerrogativas que la ley confiere a la Administración en su actuación contractual convierte a esta en una parte contratante peligrosa y poco fiable. Es difícil acercarse con una actitud de lealtad y de buena fe a una organización que puede exigir el cumplimiento riguroso de las cláusulas contractuales (riesgo y ventura); que puede interpretarlas con casi absoluta libertad (a reserva de una sentencia judicial que tardará años en llegar); que también puede modificarlas a su arbitrio (*jus variandi*), y que, si las modifica, no está ni mucho menos claro que vaya a indemnizar los mayores costes o perjuicios causados, sino solo a restablecer, cuando lo admite, un incierto equilibrio económico. Y, lo que es tan grave o más, de una organización, además,

---

<sup>42</sup> Así, E. García de Enterría y T. R. Fernández (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, I, 19.<sup>a</sup> ed., págs. 793 y ss., cuyas opiniones se recogen en estas páginas.

<sup>43</sup> Una mera posibilidad, pues, en estos casos, el deber de apoyo económico al concesionario ha de tener todo el volumen y las características necesarias para asegurar la prestación del servicio en condiciones aceptables, lo que supone que, si bien la compensación podrá ser parcial en muchos casos (nunca nula), en otros habrá de ser total y completa.

dirigida por responsables políticos cuyo modo de entender la economía y el cumplimiento de los pactos no tiene mucho que ver con el que cultivan los operadores privados y que, para colmo, cambian o pueden cambiar por completo de orientación ideológica cada tres o cuatro años.

En este marco de incertidumbres, es comprensible que las empresas que practican la seriedad y el rigor se vean obligadas a adoptar cautelas que incrementan el precio de los contratos o disminuyen preventivamente el valor o la calidad de sus prestaciones; y también que otras, irresponsables o sencillamente golfas, acudan con frecuencia a las licitaciones confiando en su capacidad de persuasión, o en otras cosas, para conseguir ulteriormente mejorar sus ofertas. Por ello, las quejas que con frecuencia se escuchan en los servicios públicos de contratación acerca de los contratistas carecen de justificación objetiva: las Administraciones tienen los contratistas que la ley les ha empujado a tener.

En tanto el régimen de todas estas prerrogativas (que, por descontado, no tienen por qué dejar de existir) no se aclare drásticamente, y su empleo no se condicione al cumplimiento de requisitos y de controles rigurosos y efectivos, los problemas y la conflictividad subsistirán.

#### IV. LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS

##### 1. VALORACIÓN INICIAL

A la luz de lo expuesto, volvamos a las decisiones adoptadas por las Sentencias 3974/2019 y 491/2020. Como antes se dijo, en ambos casos se enjuiciaron sendas decisiones administrativas que impusieron unilateralmente una reducción de las tarifas de las respectivas concesiones. La sentencia 491/2020 negó la validez de dicha reducción, alegando que la disminución de las cantidades a que se había obligado a abonar la Administración concedente suponía una alteración, no compensada en modo alguno, de un supuesto económico básico del contrato concesional. La Sentencia 3974/2019, por su parte, rechazó que la reducción de las tarifas (que en este caso debían ser abonadas por los usuarios del servicio) pudiera basarse en la necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato; pero la admitió y validó por haber sido realizada en uso del *jus variandi*, entendiendo que concurrían los motivos de interés público que habilitan para el ejercicio de dicha potestad.

La solución adoptada por la primera de estas sentencias es sustancialmente correcta. No habiéndose previsto compensación alguna, la reducción tarifaria vulneraba lo establecido en el actual art. 290.2 de la LCSP, que obliga a tal compensación «cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato», como es obvio que sucede cuando se alteran las tarifas. La Sentencia no menciona el restablecimiento del equilibrio económico al que el precepto legal alude, ni tampoco —lo que quizá hubiera sido aconsejable— a la posibilidad de que la

reducción hubiera sido conforme a derecho si, simultáneamente, se hubiera previsto una compensación por el mismo valor; pero estas omisiones no perjudican el acierto en lo fundamental de la decisión judicial.

La argumentación de la Sentencia 3974/2019 es más cuestionable. De una parte, es discutible su tajante aseveración de que la regla de restablecimiento del equilibrio económico solo puede jugar a favor del concesionario, no de la Administración: el apdo. 4 del art. 290 prevé que dicho equilibrio deberá restablecerse «en beneficio de la parte que corresponda», precisión sobre la que luego volveré. Y, de otra, concluir que la reducción tarifaria, hecha en ejercicio del *jus variandi*, puede efectuarse sin compensación alguna, no parece compatible con lo dispuesto en el mismo art. 290.4, que ordena restablecer el equilibrio económico, sin excepción alguna, «cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo», una de las cuales es, precisamente, la modificación de las tarifas. Es posible que esta segunda afirmación se deba a una errónea concepción del equilibrio económico, sobre la que también habré de volver.

No ignoro que ambas sentencias enjuiciaban modificaciones de contratos concesionales sujetos a normas anteriores a la vigente LCSP, pero los principios básicos de unas y otras son los mismos.

## 2. EL RÉGIMEN DE REEQUILIBRIO PREVISTO EN EL ART. 290 LCSP

Pese a sus evidentes deficiencias de redacción, el régimen de modificación/compensación en el contrato de concesión de servicios que establece el art. 290 de la LCSP es, en el fondo, bastante simple: su apdo. 1 admite expresamente la posibilidad de que el *jus variandi* afecte a las tarifas concesionales; y el apdo. 2 obliga, en tales casos, a restablecer el equilibrio económico, entendiendo por tal «los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato». Este es el punto de partida obligado de cualquier razonamiento ulterior.

Aunque hubiera sido deseable que la ley hubiera hecho alguna indicación acerca de cuáles sean esos supuestos económicos básicos, parece que no pueden referirse a otra cosa que a los constituidos y tenidos en cuenta por las partes en el momento de la formalización del contrato (de la adjudicación, dice el precepto), no en cualquier fecha posterior. Y puede coincidirse, simplificando un tanto las cosas, que tales supuestos se reducen a tres: el punto de partida está constituido por los costes de inversión y de explotación del servicio a prestar (más el margen empresarial), en base a los cuales se determina el precio o tarifa a percibir por los mismos y el tiempo de duración de la concesión. Ciertamente, cualquier *business plan* confeccionado por una empresa comprende muchos más conceptos; pero, desde la perspectiva de la Administración concedente, estos son los fundamentales que ha de tener en cuenta, porque son los únicos que afectan al interés público. Y, supuesto que las modificaciones que se introduzcan en cualquiera de

dichos elementos han de suponer, por imperativo del reequilibrio, una alteración de los restantes, la reducción de las tarifas a percibir por el concesionario obligaría, bien a la reducción paralela de los costes cuyo establecimiento y control dependa de la Administración concedente (por ejemplo, del canon concesional a percibir, cuando exista), bien a una prolongación del período concesional<sup>44</sup>.

### 3. EL ERROR EN EL CONCEPTO DE EQUILIBRIO

Pero la cuestión principal que suscita la Sentencia 3974/2019 es la relativa a la situación contractual que ha de considerarse a efectos del restablecimiento del equilibrio. Dicha sentencia, y sobre todo la del Tribunal Superior de Justicia que enjuicia, parten de la hipótesis de que el equilibrio a restablecer es el derivado de la situación financiera de la empresa concesionaria *en el momento en que se procede a la reducción de las tarifas*. Y en el caso de autos, dado que dicha situación parecía extraordinariamente saneada como consecuencia de haberse producido un incremento sustancial del número de servicios prestados, se entiende procedente reequilibrar el contrato operando un recorte de los beneficios obtenidos, mediante la disminución de la cuantía de las tarifas.

Esto es un error. En primer lugar, porque la situación de equilibrio a tener en cuenta y a restaurar es, como acabamos de decir, la de la fecha inicial de adjudicación o formalización del contrato: así lo dice terminantemente el art. 290.2. Desde el punto de vista jurídico, el concepto de equilibrio económico alude a la situación de equivalencia de prestaciones que las partes consideraron justa y adecuada en el momento de celebración del contrato, no al grado de estabilidad o inestabilidad financiera en que se encuentre la concesionaria en cualquier momento posterior al inicio de la relación contractual, cuestión a la que la Administración concedente es y debe ser indiferente (salvo cuando, por su eventual deterioro, llegara a poner en riesgo la correcta ejecución del servicio concedido). Tal es el resultado del principio de riesgo y ventura, en los términos que antes expusimos.

---

<sup>44</sup> Que, sin embargo, y de modo paradójico, se prohíbe implícitamente en el apdo. 5 del art. 290 (solo cabe para los supuestos de *factum principis* y para los de incumplimiento de las previsiones de demanda). Esta prohibición es ridícula (tanto como el tope de ampliación del 15%, que no sirve para nada, salvo para concesiones de larguísima duración, cada vez más infrecuentes): se entiende su origen, pero se olvida que, con ello, se está excluyendo, *de facto*, la posibilidad de reducción unilateral de tarifas, cuyo importe tendría que ser asumido por la hacienda de las Administraciones concedentes, que no pasan precisamente por sus mejores momentos (o, lo que es lo mismo, que no podrán realizarse). Por supuesto, las técnicas de compensación posibles son muchas más de las que figuran en el esquelético listado del citado art. 290.5, pero las que normalmente han intentado establecerse (por ejemplo, reducciones tributarias, o aportación gratuita de bienes necesarios para la prestación del servicio) son claramente insuficientes para compensar una reducción de las tarifas que no sea puramente simbólica.

Esto es así y, además, no podría ser de otra manera sin infringir los principios básicos del régimen concesional: si se reconoce a la Administración la potestad de reducir las tarifas cuando el resultado económico positivo de la concesionaria, a lo largo del desarrollo de la concesión, es superior al inicialmente previsto, también será forzoso reconocer a esta el derecho a su elevación cuando la tasa de retorno efectiva llegara a ser inferior a la mencionada o supuesta en el contrato, aunque ello no pusiera en peligro la correcta prestación del servicio; y este derecho constituiría una garantía o seguro de beneficios, que eliminaría el riesgo operacional y que la jurisprudencia siempre ha proscrito (con lo que no podría, hoy, existir legalmente concesión).

Y a ello ha de añadirse otra razón, específicamente aplicable al supuesto de autos: la reducción de las tarifas en los casos en que los resultados de la explotación alcancen un nivel superior al inicialmente previsto, o al que se considere razonable, como consecuencia de un incremento espontáneo de la demanda del servicio, contradice la prohibición establecida en el párrafo final del art. 290.4: «En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero *por incumplimiento de las previsiones de la demanda* recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario»; incumplimiento que, si juega en los supuestos de disminución de la demanda (como estableció la jurisprudencia en los bien conocidos casos de no alcanzarse los tráficos previstos en la construcción de nuevas autopistas de peaje<sup>45</sup>), habrá de jugar, también, en los casos de aumento de la misma.

#### 4. ALGUNOS ARGUMENTOS ADICIONALES DE SENTIDO COMÚN

Con todo, ha de reconocerse que el esquema de pensamiento en que se apoya la Sentencia 3974/2019 (y, más explícitamente, la de Tribunal Superior de Justicia que fue objeto del recurso de casación) parece dotado de una cierta consistencia lógica y, más aún, estar apoyado en un criterio de justicia.

Nada más lejos de la realidad. Pretender restablecer un supuesto equilibrio de la concesión mediante la reducción de las tarifas en los casos de aumento no previsto de la demanda del servicio, y del correlativo incremento de los beneficios, no tiene nada de justo; y esto sucede tanto cuando las tarifas de una concesión han de abonarse por los usuarios como cuando su pago se asume por la propia Administración concedente.

Si quien debe abonar la tarifa es la Administración concedente, la posibilidad de reducción sin compensación supondría, simplemente, reconocer a esta nada menos que una potestad de autominoración del precio contractual, con

---

<sup>45</sup> Por ejemplo, en las SSTS 3125/2011, de 16 de mayo (recurso 566/2008); 956/2015, de 28 de enero (recurso 449/2012); 1597/2015, de 20 de abril (recurso 54/2013); 2125/2016, de 12 de mayo (recurso 451/2012); 3962/2017, de 17 de octubre (recurso 446/2012); y 1657/2019, de 22 de mayo (recurso 904/2015).

ruptura de la igualdad sinalagmática inicial; de un precio contractual, además, que la propia Administración impuso sin negociación con la otra parte, que ha de presumirse que no se basaba en graves errores de cálculo y que siempre se consideró como adecuado hasta que el servicio comenzó a generar beneficios. Admitir esta tesis es tan falaz como la que, en el mundo privado, sería la que pretendiera justificar la pretensión del vendedor de un inmueble de exigir al comprador un sobreprecio cuando el valor del bien haya experimentado, con el paso del tiempo, un alza considerable (o, a la inversa, la pretensión de un comprador de viviendas, en los años de la burbuja, de exigir a los vendedores la devolución de parte del precio cuando el valor de sus inmuebles cayó en picado como consecuencia de la crisis de 2008); autorrebajarse el precio de un contrato (que es lo que hizo la Administración del Estado en el asunto resuelto por la Sentencia 491/2020) es algo que ninguna razón de interés público puede justificar, sencillamente porque es una frescura.

Pero sucede lo mismo si los obligados al pago de la tarifa son los usuarios del servicio. El afán obsesivo de los gestores públicos de rebajar el precio de los servicios prestados a los ciudadanos está muy extendido, y políticamente es legítimo<sup>46</sup>. Pero es una regla elemental que las ventajas económicas que pretendan otorgarse a la generalidad de los ciudadanos han de financiarse con recursos tributarios<sup>47</sup>, no cargando su coste sobre los ingresos de la empresa que presta el servicio, porque esto supone una expropiación sin indemnización.

Y hay, finalmente, motivos de orden económico que se oponen abiertamente a la admisión de esta peculiar forma de actuar. El primero, el efecto perverso que tiene sobre la calidad de la gestión del servicio público que se presta, que es deseable —suponemos— que sea óptima. El equilibrio económico, entendido en el sentido asumido por las sentencias, constituye, con toda evidencia, un incentivo de la gestión mediocre, porque ningún concesionario tendrá ninguna inclinación

<sup>46</sup> Pero es, también, falaz e inútil en términos pragmáticos. Contra lo que creen algunos gestores ignorantes, las reducciones tarifarias tienen un impacto nulo en el comportamiento electoral, ya que las individuales que se consiguen son imperceptibles para el usuario; porque cuando —en el supuesto de la Sentencia 3974/2019— lleva su vehículo a hacer la inspección, poco le importa que los treinta euros (por ejemplo) que le costó dos años atrás se hayan convertido ahora, con una rebaja del 20%, en veinticuatro. Y, aunque recordase lo que pagó dos años atrás, lo que pesa en ese momento sobre él no es el precio del servicio, sino el malestar por haber tenido que pedir permiso en su empresa para acudir a una estación inspectora, y el temor de que, en la inspección, puedan obligarle a cambiar las ruedas del vehículo.

<sup>47</sup> Que fue lo que se hizo en el conflicto resuelto por la Sentencia 491/2020, en el que las Administraciones liberaron de peaje determinados tramos de autopista, asumiendo su pago en sombra, aunque luego resultara que este gesto de generosidad resultaba gravoso y se pretendiera rebajar el importe de las obligaciones de pago mediante el diseño artificioso de un sistema de cálculo basado en el número de usuarios de otros tramos de autopista menos concurridos.

a emplear una maquinaria más eficaz, conseguir unos precios más favorables de los materiales y equipos o mejorar sus procesos de actuación, si sabe que los beneficios que puedan resultar de su esfuerzo pueden ser confiscados para *reequilibrar* el contrato. Ello es contrario a toda lógica económica.

Y el segundo, que se trata de un instrumento simplemente primitivo. Este modo de entender el reequilibrio económico se basa, como antes señalamos, en la idea del *beneficio razonable*, cuya difusión actual (en España) no debe hacer olvidar que —igual que el de la «honesta equivalencia» que acuñara el comisario Léon Blum— se trata de la transposición al lenguaje contemporáneo de la figura del precio justo, un producto de la economía precapitalista y de los postulados religiosos del tomismo y de la contrarreforma; y también, por supuesto, de la manifiesta aversión hacia las comunidades judías, enriquecidas con una actividad comercial que los cristianos de la época condenaban como indigna<sup>48</sup>. Ambas ideas expresan, subliminal o conscientemente, una abierta hostilidad hacia los beneficios empresariales inusuales, condenados entonces por razones éticas y hoy invocando auténticas o falaces razones de justicia social. Se trata, entonces como ahora, de postulados puramente ideológicos, que podrán ser más o menos aceptables, pero que en todo caso son incompatibles con las reglas de la economía de mercado que se implantó generalizadamente en el Occidente a partir del siglo XVI y en la que, nos guste o no, vivimos hoy en el mundo global que nos ha correspondido. La penalización de los resultados del esfuerzo o de la fortuna con fines redistributivos se lleva a cabo en los Estados contemporáneos mediante los sistemas tributarios progresivos, no mediante artificios rústicos, más propios de la época de Robin Hood.

Y no se trata solo de las cuestionables raíces históricas de esta teoría, sino de su impacto en el presente. Su acogimiento por el sistema judicial ha producido, sin duda sin pretenderlo, un profundo estremecimiento y desánimo en el sector de las empresas prestadoras de servicios y, lo que es peor aún, de los fondos y entidades bancarias que las financian, haciendo desaparecer los pocos estímulos que restaban a la inversión en el sector de los servicios públicos, ya de por sí inconfortable. El crecimiento económico, en nuestros días, depende casi exclusivamente de la educación y de la capacidad de un país para atraer inversiones masivas de capital, de las que España va a precisar en cantidades ingentes para superar la actual y gravísima crisis económica. Y decisiones como la que hemos comentado no cooperan, lamentablemente, a ofrecer un entorno amigable y de seguridad a los operadores internacionales.

---

<sup>48</sup> Sobre lo cual deberían releerse atentamente, y reflexionar, las obras de Max Weber (1969), *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (Barcelona: Península) y, sobre todo, de Werner Sombart, *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno* (Madrid: Alianza, 4.ª ed., 1982, en especial págs. 243 y ss.), y, sobre todo, *Die Juden und das Wirtschaftsleben* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1911; trad. esp., Buenos Aires: Ediciones Cuatro Espadas, 1981).

