

EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO «AUTOPISTA MADRID-TOLEDO (AP-41)»

ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA
Abogado*

El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo «Autopista Madrid-Toledo (AP-41)»

En la regulación de la concesión de obra pública existe una permanente tensión entre el principio de riesgo y ventura del contratista y el de remuneración suficiente y mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión. La Sentencia AP-41 ofrece algunas pautas para resolver dicha tensión y supone un paso adelante en la admisión del riesgo imprevisible como técnica de restablecimiento integral del equilibrio. Sin embargo, bajo la influencia de las concretas circunstancias del caso enjuiciado, su doctrina no ha cubierto las expectativas de los operadores del sector.

Economic and financial balance in public works concessions: report on the Supreme Court Judgment «Autopista Madrid-Toledo (AP-41)»

In the regulations on the concession of public works there is a permanent tension between the risk that the contractor must assume and the principle that the contractor is entitled to adequate earnings and to the maintenance of the economic-financial balance of the concession. The AP-41 Judgment provides some guidance as to how to resolve this tension and represents a step towards the admission of unpredictable risk as a technique for fully restoring balance. However, given the specific circumstances of this case, the resulting doctrine has not met the expectations of operators in the sector.

1 · PRELIMINAR: JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO PARA LA OCASIÓN

En el contexto del homenaje a Juan Luis Iglesias, me ha parecido oportuno analizar el contenido de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2011 (en adelante, la «Sentencia AP-41»), dictada en relación con la pretensión de reequilibrio económico-financiero formulada por la sociedad concesionaria (la «Concesionaria») del contrato de concesión de obra pública (el «Contrato») relativo a la autopista de peaje Madrid-Toledo (la «AP-41»).

La elección del tema se justifica por la relevancia intrínseca de la institución abordada por la Sentencia AP-41, clásica donde las haya pero de permanente actualidad, muy especialmente en épocas —como la presente— influidas por un alto grado de crisis y volatilidad económica. Así mismo, por la relevancia que, hace unos meses, se dio al caso y a la Sentencia AP-41 en los medios de comunicación, los cuales, en el marco de la penuria económica de diversas concesiones de infraestructuras viarias —especialmente autopistas, dados los sobrecostos de expropiaciones incurridos y la disminución de los ingresos por las caídas de tráfico asociadas a la crisis económica— presentaron la

Sentencia AP 41 desde una perspectiva que la configuraba como una suerte de fuente purificadora de todos los males que aquejaban a las concesiones concernidas, si bien, paralelamente y en forma más realista, ofrecieron también un enfoque que subrayaba el alcance más limitado de la doctrina en ella contenida.

La Sentencia AP-41 no trata de todos los supuestos ni de todas las cuestiones involucradas en la institución del equilibrio económico financiero de las concesiones de obra pública, pero sí de algunos aspectos de máximo interés de los que daré cuenta en este trabajo.

2 · LOS CONTORNOS DEL OBJETO DEL PROCESO EN EL QUE RECAE LA SENTENCIA AP-41

2.1 · Las peticiones de reequilibrio económico financiero formuladas ante el Consejo de Ministros

Una vez aprobado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares («PCAP»), los licitadores presentaron sus ofertas a finales de 2003, y, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros 281/2004, de 13 de febrero, se adjudicó el Contrato que, posteriormente, se formalizó en favor de la sociedad Concesionaria, por un plazo de duración de treinta y seis años. La AP-41, una vez construida, entró en servicio en diciembre de 2006.

* Abogado Área de Derecho Público de Uría Menéndez (Barcelona).

En marzo de 2008 la Concesionaria presentó, ante el Consejo de Ministros, escrito de petición de reequilibrio económico-financiero del Contrato en el que se ponía de manifiesto el impacto negativo que había tenido sobre el volumen de tráfico de la AP-41 y, por tanto, sobre los ingresos de la Concesionaria, la puesta en funcionamiento, en mayo de 2007, del desdoblamiento o transformación en autovía de la carretera de la Comunidad Autónoma de Madrid, M-407 (la «M-407»), desdoblamiento que discurría en paralelo a la AP-41 en un tramo de 11,6 km. En dicho escrito se indicaba que el desdoblamiento no figuraba en los planes de carreteras publicados en el momento de presentar ofertas, por lo que estas no podían prever la merma de tráfico que se iba a producir en la AP-41 como consecuencia de la entrada en servicio de la «autovía autonómica competidora».

Posteriormente, en diciembre de 2009, la Concesionaria presentó nuevo escrito de petición de reequilibrio, poniendo de relieve en esta ocasión el impacto negativo sobre el tráfico y los ingresos derivado de la no construcción y puesta en servicio, por la Administración General del Estado («AGE»), de la Autopista Toledo-Ciudad Real- Córdoba (la «Autopista de Andalucía»), teniendo en cuenta que en el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007 («PEIT») y en la documentación que se puso a disposición de los licitadores para preparar y presentar sus ofertas se preveía que la Autopista de Andalucía entraría en servicio simultáneamente con la AP-41, de tal manera que esta última se iba a constituir como el primer tramo de un gran corredor Madrid-Córdoba, que contaría con el atractivo adicional de evitar el paso por Despeñaperros. La oferta, según la Concesionaria, había tenido en cuenta el mayor tráfico que para la AP-41 iba a suponer la entrada en servicio de la Autopista de Andalucía y, al no convertirse esta última en realidad —a causa de una Declaración de Impacto Ambiental («DIA») negativa— la AP-41 perdió su funcionalidad, por lo que el tránsito e ingresos reales eran menores de los que se tuvieron en cuenta al formular la inicial ecuación financiera de la concesión.

2.2 · El recurso contencioso administrativo contra las desestimaciones presuntas del Consejo de Ministros y las pretensiones formuladas por la Concesionaria

La Concesionaria, en octubre de 2008, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la pri-

mera desestimación presunta del Consejo de Ministros, recurso que, en marzo de 2010 —tras una breve e infructífera suspensión del curso de los autos por desarrollo de negociaciones con el Ministerio de Fomento para lograr un acuerdo extraprocésal— se amplió a la desestimación presunta de la segunda solicitud de reequilibrio. Concluidas que fueron todas las actuaciones, se señaló fecha de votación y fallo para junio de 2011, si bien es de destacar que, a solicitud de la recurrente, la Sala acordó adelantar su celebración en mayo, lo que no deja de ser un síntoma de la extrema y delicada situación en la que se encontraba la Concesionaria.

En esta línea, la Concesionaria había puesto de relieve en su demanda que el desequilibrio económico, causado por las circunstancias antes descritas, la conduciría inexorablemente al concurso y, con ello, se iba a producir la resolución y la liquidación del Contrato, de tal manera que, conforme al PCAP, la AGE debería abonar los costes de expropiación, el valor de las obras ejecutadas pendiente de amortización y el valor de otros inmuebles incorporados a la concesión, lo que, consecuentemente, iba a comportar un importante y adicional perjuicio para la Hacienda estatal.

La Concesionaria solicitó sentencia estimatoria que procediera a la anulación de las desestimaciones presuntas y al reconocimiento y restablecimiento de su situación jurídica individualizada de modo que se accediera (i) a la declaración del derecho de la Concesionaria al reequilibrio económico del Contrato, (ii) a la declaración de que el perjuicio económico causado a la Concesionaria, actualizado a 2009, equivalía a un valor actual total igual a 420.144.130 euros, y (iii) a la condena al órgano de contratación a adoptar las medidas necesarias para conseguir el pleno restablecimiento del equilibrio económico del Contrato.

Es de destacar que, en lo fundamental y según nos relata la Sentencia AP-41, las pretensiones de la Concesionaria se basaban en la teoría de la *imprevisión o riesgo imprevisible* y en la teoría del *hecho del príncipe o factum principis*, esto último con especial intensidad en el caso de la M-407 en torno al cual se ponía también de relieve la existencia del principio constitucional de coordinación entre Administraciones Públicas, con reflejo en la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras del Estado, que las considera como una red y obliga a las Administraciones a coordinarse entre sí, y las previsiones de la cláusula 8 del PCAP y de la cláusula 36.3.5 de un nuevo Pliego Tipo sectorial. La primera excluye la

responsabilidad de la Administración concedente por las consecuencias derivadas de las infraestructuras contempladas en los planes aprobados por las Administraciones con anterioridad a la licitación. La segunda establece que «en ningún caso será causa del restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión ni de la exigencia de ningún tipo de responsabilidad al Ministerio de Fomento la alteración de las redes de carreteras autonómicas o locales durante la vigencia del contrato». Adicionalmente, se efectuaba un llamamiento a los principios generales de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe.

El total del perjuicio económico antes mencionado (420.144.130 euros) se había calculado teniendo en cuenta toda la vida de la concesión y expresado en euros de 2009, y solo el correspondiente a la M-407 ascendía a la cantidad de 320.020.224 euros, lo que, como apuntaba el abogado del Estado, equivalía prácticamente al monto de la inversión acometida para construir y poner en servicio la AP-41.

Así mismo, es del máximo interés subrayar que la Concesionaria cuantificó el impacto negativo de las dos circunstancias sobrevenidas ya descritas a partir de las estimaciones de su oferta pero corregidas a la baja en virtud de determinados factores cuyos efectos consideró la Concesionaria que le correspondía asumir. Uno de tales factores que asumía la Concesionaria era, precisamente, el descenso del tráfico como consecuencia de la crisis económica imperante desde 2008, que se calculó teniendo en cuenta el descenso del PIB.

3 · LAS RESPUESTAS DE LA SENTENCIA AP-41 ANTE LAS ESPECÍFICAS PRETENSIONES DE LA CONCESIONARIA

A la luz de las dos circunstancias sobrevenidas que trae a colación la Concesionaria, la Sentencia AP-41 no tiene inconveniente en abordar ambas desde la perspectiva del *riesgo imprevisible*, como figura enervadora del riesgo y ventura del contratista.

Ahora bien, mientras que, por lo que se refiere a la falta de construcción de la Autopista de Andalucía, estima la existencia de *riesgo imprevisible*, saliendo al paso de las alegaciones del abogado del Estado que consideraba que dicha construcción como mero hecho hipotético y futuro con el que no debió contar el contratista, en el caso de la puesta en funcionamiento de la M-407, sin negar el carácter sobrevenido de tal circunstancia y su impacto nega-

tivo en la economía del Contrato, niega que estos ante un hecho imprevisible y sitúa el riesgo en el patrimonio de la Concesionaria. Ello permite, por otra parte, al TS descartar que las pretensiones de la Concesionaria puedan estimarse sobre la base de otros principios generales por ella invocados.

Para llegar a esta última conclusión, la Sentencia AP-41, teniendo en cuenta todos los antecedentes del caso, considera acreditado que las empresas del sector conocían el proyecto de desdoblamiento de la M-407 en el momento de presentar ofertas. Junto a ello, la Sentencia AP-41 despliega la que pudiera parecer su consideración central: no constituye un hecho extraordinario e imprevisible que las Administraciones Públicas (la Comunidad de Madrid, en este caso) decidan construir nuevas infraestructuras y mejorar o desdoblar las existentes. Al contrario, con ello ejercen su responsabilidad de garantizar un mejor servicio y la seguridad a los usuarios. Por lo tanto, los licitadores debieron contar con tal posibilidad y asumir el riesgo de tal construcción y mejora.

La Sentencia AP-41 expresa que lo ya indicado sería, *per se*, suficiente para desestimar las pretensiones de la Concesionaria en relación con la puesta en funcionamiento de la M-407. No obstante, se extiende en valorar la totalidad de los restantes motivos esgrimidos por aquella para llegar a la misma conclusión desestimatoria.

La cláusula 8 del PCAP, según la Sentencia AP-41, no permite llegar a una lectura a contrario de modo que pueda responsabilizarse a la Administración concedente (la AGE) por las decisiones posteriores de otros sujetos (la Comunidad de Madrid). Y en cuanto a la redacción de la cláusula 36.3.5 del nuevo Pliego Tipo entiende la Sentencia AP-41 que no es una novedad que confirme la tesis de la Concesionaria, sino simple explicitación de lo que ya estaba implícito con anterioridad.

Tampoco se considera que el principio constitucional de coordinación y su plasmación en la legislación de carreteras constituyan elementos suficientes para responsabilizar a la AGE por las decisiones de una Comunidad Autónoma que actúa —sin que la AGE pueda impedirse— en el ámbito de sus competencias. Nuestro ordenamiento, sigue diciendo la Sentencia AP-41, no recoge un principio general de responsabilidad objetiva de una Administración Pública por actuaciones de otra distinta. Este último extremo resulta confirmado, según el TS, por el artículo 248.2.b) del, entonces vigente, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio,

por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («LCAP»), esgrimido también por la Concesionaria para apoyar su invocación de *factum principis*. Para el TS la Administración a que se refiere tal precepto y apartado, como obligada al reequilibrio, es la propia Administración concedente y no otras Administraciones distintas.

En virtud de todo lo indicado, el fallo de la Sentencia AP-41 estima solamente la pretensión de anulación de la desestimación presunta de la petición de reequilibrio por la falta de construcción de la Autopista de Andalucía y declara el derecho de la Concesionaria a que se restablezca el equilibrio económico financiero del Contrato destruido por tal motivo. Ahora bien, aunque se considera acreditado el desequilibrio no acontece lo propio con la concreta valoración económica de los perjuicios o valoración económica del tráfico que no circula por la Ap-41 como consecuencia de no servir de acceso a o desde Andalucía, razón por la cual la Sentencia AP-41 remite la concreción y cuantificación de aquel derecho a un procedimiento de reequilibrio que deberá incoar y llevar a término la AGE, según lo previsto en el artículo 248.3 de la LCAP. En todo lo demás, se desestima el recurso.

4 · EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LAS CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA: ALGUNAS CUESTIONES ABIERTAS O CONTROVERTIDAS

4.1 · Principio de remuneración suficiente y de mantenimiento del equilibrio económico-financiero

En las concesiones de obras y de servicios públicos, como en los restantes contratos administrativos, rige el principio de intangibilidad o de sujeción de las partes a lo pactado (art. 193 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; en adelante «LCSP») y el de riesgo y ventura del contratista (art. 199 LCSP y concordantes). Este último principio se manifiesta con especial intensidad en las concesiones, toda vez que se trata de contratos de larga duración en los que la contraprestación en favor del contratista consiste en la explotación de su propia prestación (la obra pública que construye y mantiene o el servicio público que gestiona). El riesgo de explotación (o de grado de utilización de la obra o servicio) constituye un elemento esencial de la concesión (arts. 7; 225;

229,b); 238 y 257, entre otros, de la LCSP). El riesgo de utilización o demanda *en grado suficiente* (alternativo al de disponibilidad, más presente en otros contratos, y junto al riesgo de construcción) se exige también por *Eurostat* para conseguir que el endeudamiento asumido por el concesionario o contratista para abordar las inversiones vinculadas al contrato no compute como endeudamiento público.

Por otra parte, existe, en el contrato administrativo, una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos (art. 19.1.b LCSP), lo cual provoca que, en ocasiones, deba preservarse la inmutabilidad de tal vinculación, mediante la mutabilidad del contrato perfeccionado, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo previamente acordado acabe frustrando la realización de los intereses públicos perseguidos.

A tal efecto, el ordenamiento dota a la Administración Pública de prerrogativas desconocidas en el Derecho civil (art. 193 a 195 LCSP), como es el caso del *ius variandi* o prerrogativa de modificación unilateral del contrato por motivos interés público mediante compensación. Pero, al mismo tiempo, como contrapartida del otorgamiento de prerrogativas (que no necesariamente de su efectivo ejercicio) y como consecuencia de la configuración del contratista como un verdadero colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos involucrados en el contrato, el Derecho administrativo trata también de garantizar al contratista una remuneración suficiente.

En las concesiones administrativas el principio de remuneración suficiente del colaborador-contratista (la también denominada *honestas equivalencia de prestaciones, entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio*), se completa con el de mantenimiento del equilibrio económico financiero. La concesión debe nacer equilibrada económica y financieramente y el equilibrio debe mantenerse, como un deber de la Administración concedente y un derecho del concesionario, durante toda la vida de la concesión, en los términos que asume el ordenamiento vigente

Existe, pues, una suerte de necesaria convivencia y de tensión, inmanente a las concesiones, entre, por una parte, el principio de riesgo y ventura y, por otra parte, el principio de remuneración suficiente y de mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión. Sin riesgo y ventura la concesión pierde uno de sus principales signos de identidad, de modo que no puede ignorarse. En

consecuencia, el principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero debe aplicarse de forma prudente. Ahora bien, aplicación prudente no significa aplicación en forma restrictiva como si este último principio viniera recogido en normas de carácter excepcional: existe un verdadero derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico financiero de su concesión, como derecho a atenuar los rigores del riesgo concesional ante determinadas circunstancias y mediante determinadas técnicas que deben, eso sí, ser aplicadas con prudencia.

Tradicionalmente, tales circunstancias y técnicas han encontrado encaje —aparte de la revisión de precios y del tratamiento de los fenómenos extraordinarios de la naturaleza constitutivos de fuerza mayor— en la compensación por ejercicio del *ius variandi*, en el hecho del príncipe o *factum principis* y en la teoría del *riesgo imprevisible* o la imprevisión. Algunos principios generales del Derecho administrativo, como la interdicción del enriquecimiento injusto, la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la confianza legítima y la responsabilidad administrativa, han coadyuvado a la aplicación de aquellas técnicas e incluso las han inspirado.

4.2 · Algunas cuestiones abiertas o controvertidas en torno al equilibrio económico financiero de las concesiones de obra pública

Ni los autores entre sí ni la jurisprudencia se han manifestado de modo uniforme sobre la aplicación y el deslinde de las técnicas que acaban de mencionarse. Fundamentalmente, las diferencias aparecen cuando se intentan deslindar el *factum principis* y el *riesgo imprevisible*.

Existe acuerdo en considerar que el *riesgo imprevisible* supone la aparición de una circunstancia sobrevenida, extraordinaria y razonablemente imprevisible, no imputable a una deficiente gestión del concesionario, que provoca una subversión grave en la economía de la concesión, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos, y, en consecuencia, surge para la Administración concedente el deber de restaurar el equilibrio económico financiero del contrato, teniendo en cuenta las bases que se tuvieron en cuenta para su adjudicación.

En cuanto al *factum principis*, se trata de la adopción de una medida administrativa, ulterior a la

adjudicación del contrato, que no persigue directamente, como ocurre con el ejercicio del *ius variandi*, provocar una modificación en su objeto, pero que, sin embargo, provoca también —como en el caso del *riesgo imprevisible*— un grave desequilibrio económico financiero en la concesión que, igualmente, sitúa a la Administración concedente en el deber de restaurar el equilibrio del contrato. La jurisprudencia suele exigir, como en el *riesgo imprevisible*, la imprevisibilidad de la medida adoptada y la singularidad de un daño intenso.

Aunque dogmática y normativamente siguen distinguiéndose *riesgo imprevisible* y *factum principis*, parte de la doctrina suele poner de relieve que esta última figura tiene poco alcance práctico (Santamaría Pastor), al ser posible conseguir sus objetivos con otras técnicas (como la *revisión de precios* o el propio *riesgo imprevisible*), que no es sino una manifestación de un supuesto de responsabilidad administrativa, de los previstos en el artículo 106 de nuestra Constitución, liquidada en el seno del un contrato (García de Enterría), o incluso que se trata de un *anacronismo* (Quintana).

En cualquier caso, tres son las cuestiones que me interesan reseñar al hilo del *factum principis* y del *riesgo imprevisible*, como figuras y técnicas que legitimarían la necesidad de proceder al reequilibrio económico-financiero de una concesión.

En primer lugar, se plantea si la legislación general de contratación pública (LCSP) asume o no el *riesgo imprevisible* como causa legitimadora del reequilibrio. El artículo 241 LCSP alude, como tales causas, al *ius variandi*, a la fuerza mayor, al *factum principis* y a determinados supuestos que se establecen en el propio contrato para su revisión, pero —al contrario de lo que ocurre en la legislación de régimen local— no menciona expresamente el *riesgo imprevisible*. Tal omisión resulta más preocupante si se interpreta que el artículo 241 ha pretendido establecer un *numerus clausus* de supuestos de reequilibrio. Aunque parte de la doctrina niega este último extremo, poniendo énfasis, por ejemplo, en la separación del principio general de mantenimiento del equilibrio establecido en el apartado 1 de dicho precepto, frente a la enumeración aparentemente cerrada de causas de su apartado 2, o en la supresión, durante la tramitación parlamentaria, del término *exclusivamente* que se refería a tales causas en ese mismo apartado 2, lo cierto es que la lectura atenta del artículo 241 de la LCSP alienta la duda.

En segundo lugar, si bien los autores coinciden en que puede darse un supuesto de *factum principis*

cuando la medida de que se trate procede de la Administración concedente (proceda o no del órgano de contratación), existen opiniones que incardinan también en el *factum principis* la actuación de cualquier Administración distinta de la concedente (Sánchez Morón, Ortega, Quintana), frente a otras opiniones (Santamaría) que sitúan estos últimos supuestos en el ámbito del *riesgo imprevisible*. En el artículo 241.2 de la LCSP el contraste del apartado a) (ejercicio del *ius variandi*) con la redacción del apartado b) («actuaciones de la Administración (que) determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión») permite sostener que este último apartado se refiere al *factum principis*. Como, al mismo tiempo, cabe interpretar que la Administración a la que se refiere el precepto es, en todo caso, la Administración concedente, tal interpretación unida a la ausencia de previsión expresa del *riesgo imprevisible* podría llevar a defender que, en los supuestos de actuaciones de una Administración distinta de la concedente, el artículo 241 LCSP no daría protección a tal situación ni por una vía (*factum principis*) ni por otra (*riesgo imprevisible*).

En tercer y último lugar, existe disparidad sobre el alcance del deber de reequilibrar de la Administración concedente. Se encuentran manifestaciones —doctrinales y jurisprudenciales— en el sentido de que el *factum principis* da lugar a una restauración integral del equilibrio, al revés de lo que ocurre en el caso del *riesgo imprevisible*, en el que habría una cierta compartición del resultado dañoso entre el contratista y la Administración concedente. Así, no se garantizarían, por ejemplo, los beneficios esperados por el concesionario (Santamaría Pastor). Pero, desde otro planteamiento, se indica que la compartición se da tanto en el *riesgo imprevisible* como en el *factum principis* (Villar Ezcurra). En otras —finalmente— se indica que ni en el *riesgo imprevisible* ni en el *factum principis* existe derogación del principio de restauración integral (expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de enero de 1998, caso *componentes asfálticos*). El artículo 241 LCSP parte de un principio de compensación integral sin distinción. Sin embargo, al no recoger —al menos expresamente— la técnica del *riesgo imprevisible*, subsistirían, en cuanto a él, las dudas que acaban de describirse sobre el alcance de la restauración debida por la Administración concedente.

Como se desprende de lo dicho en apartado anterior y se insistirá, acto seguido, la Sentencia AP-41 ofrece algunas respuestas sobre las cuestiones que acabo de plantear.

5 · CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA AP-41

5.1 · La admisión del *riesgo imprevisible* como técnica de restauración integral del equilibrio económico financiero del Contrato

Tanto por lo que se refiere a la puesta en servicio de la M-407 como a la ausencia de la Autopista de Andalucía, la Sentencia AP-41 parte de la franca admisión de la teoría del *riesgo imprevisible* como técnica de reequilibrio integral y ello a pesar de que, como hemos visto, la legislación general de contratación pública no recoge expresamente dicha causa de reequilibrio.

En el caso de la Autopista de Andalucía, aun estando ante un supuesto en el que existe una cierta imputabilidad de la falta de construcción a la Administración concedente (la AGE), y, por tanto, en el que podría plantearse la aplicación de la doctrina del *factum principis*, la Sentencia AP-41 no llega a realizar tal planteamiento, de modo que, considerando suficiente a efectos de reequilibrio el *riesgo imprevisible*, está poniendo de relieve un cierto carácter expansivo y residual de esta última técnica.

Por otra parte, cabe sostener razonablemente que la doctrina en tal sentido de la Sentencia AP-41 podrá invocarse en todos aquellos casos y supuestos que merezcan incardinarse en el *riesgo imprevisible*, según la configuración que los autores y la jurisprudencia han mantenido tradicionalmente sobre esta figura, sin requerir una especial imputabilidad de la producción de la circunstancia sobrevenida de que se trate a la Administración concedente.

No obstante, debemos ser conscientes, de cara a la aplicación de la doctrina de la Sentencia AP-41 a supuestos futuros, que, en el caso debatido en dicha sentencia, sí existía esa imputabilidad y que, en consecuencia, no se tratan directamente en ella otro tipo de supuestos, como sería el caso del incremento del coste de las expropiaciones o una caída de tráfico con motivo de crisis económicas severas que subviertan la economía de la concesión. Es más, como se advirtió anteriormente, en el caso de la Sentencia AP-41 se parte de la base de que la Concesionaria, al cuantificar su reclamación, asume el impacto de la crisis.

Algunas disposiciones adicionales de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, y de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal

Universal, han apreciado la necesidad de reequilibrar determinadas concesiones relativas a autopistas y a las denominadas autovías de primera generación ante supuestos como los que acaban de mencionarse. Dicha regulación se ha presentado como una aplicación concreta de la teoría del *riesgo imprevisible*. Pero no debe ignorarse que se trata de medidas de reequilibrio —por otra parte, variadas— que vienen reconocidas en una norma con rango de Ley.

5.2 · La negación de la existencia de *riesgo imprevisible* y de *factum principis* en el caso de la puesta en funcionamiento del desdoblamiento de la M-407

Insistir, pues, en que la abierta admisión del riesgo imprevisible en la Sentencia AP-41 debe saludarse positivamente, pero, al mismo tiempo, con cautela, teniendo en cuenta, por otra parte, la doctrina, mucho más restrictiva, que ha empleado la mencionada sentencia para juzgar el supuesto de la M-407. No debe pasar desapercibido que la reclamación referida a ella era la más importante y equivalía prácticamente, según indicó el abogado del Estado, al monto de la inversión de la AP-41.

A mi juicio, la decisión final del TS está muy condicionada por su convencimiento —al que ya me he referido en apartado anterior— de que la Concesionaria, dados los antecedentes del caso y más allá de la falta de publicación del desdoblamiento en el momento de la licitación, no podía ignorar la posibilidad cierta del mismo. Sería más preocupante pensar que el motivo de la desestimación descansa exclusivamente en el dato, también apuntado por el TS, de la previsibilidad, prácticamente por definición, del ejercicio por parte de las Administraciones Públicas de sus competencias y potestades, en este caso las de implantar y mejorar sus infraestructuras viarias. Puede ser cuestión de grado: una cosa es que, ciertamente y en abstracto, es previsible que una Administración pueda ejercer las facultades que le confiere el ordenamiento y otra distinta que, atendidas las circunstancias concretas del caso, pueda o deba preverse razonablemente que, en efecto, tales facultades van a ejercerse.

No puede negarse la posibilidad del ejercicio legítimo de dichas potestades respetando el principio de buena administración, pero, a mi juicio, no cabría descartar de raíz que, a causa de tal ejercicio, la Administración concedente tuviera que proceder a reequilibrar un contrato preexistente. No es, cierta-

mente, el concesionario quien mejor puede gestionar ese tipo de riesgos.

Si la decisión es atribuible a la Administración concedente, sostener que la previsibilidad del ejercicio de sus potestades la exime de reequilibrio en todo caso sería tanto como afirmar que una de las partes tiene la facultad, unilateral y libérrima, de incidir en la economía de un contrato preexistente, y adjudicado por ella misma, sin ninguna consecuencia económica. Si se trata de una Administración distinta de la concedente, el hecho de que nuestro ordenamiento no establezca un principio de responsabilidad objetiva de los actos de una Administración por las actuaciones de otra, no oscurece la existencia de otro principio, plasmado normativamente, según el cual la Administración concedente tiene que reequilibrar el contrato cuando su economía se desequilibra gravemente sin mala gestión del contratista y excediendo de su *aleas* ordinario, bien proceda el desequilibrio de un acontecimiento natural bien proceda de la actuación de una Administración Pública.

Francamente, creo, por otra parte, que la técnica de reconducción a la unidad de sujetos públicos que impulsa el principio de coordinación va en la dirección que se acaba de apuntar y que la cláusula 8 del PCAP está pensada para dar salida a este tipo de situaciones. Es la cláusula 36.3.5 del nuevo Pliego Tipo la que podría excederse —desde la perspectiva de su contraste con el ordenamiento jurídico— cuando, de forma absoluta, exime al Ministerio de Fomento del restablecimiento del equilibrio económico de las concesiones otorgadas por él cuando el equilibrio se altere gravemente como consecuencia no de una mala gestión del contratista, sino de la alteración de las redes de carreteras autonómicas o locales durante la vigencia del contrato.

Por lo demás, la doctrina del *factum principis* nació y está prevista, precisamente, para desequilibrios procedentes de actuaciones de una Administración Pública que, sin constituir ejercicio del *ius variandi*, desequilibren igualmente el contrato. Este tipo de actuaciones serán normalmente expresión del ejercicio de potestades públicas, sin que, por ello, desaparezca el deber de reequilibrio. Cuestión distinta es que, según la postura que se adopte, *el factum principis* deba proceder, como tal, de la Administración concedente o, por el contrario, pueda proceder de cualquier Administración. Para la postura contraria a esta última posibilidad —a la que se suma la Sentencia AP-41— queda en pie la posibilidad de incardinar la situación en la técnica del

riesgo imprevisible, tendencia a la que también parece adherirse la Sentencia AP-41, si bien que negando la existencia de imprevisibilidad en el caso concreto enjuiciado y atendiendo a todos sus antecedentes.

6 · CONCLUSIÓN

La Sentencia AP-41 supone un paso adelante en el reconocimiento del riesgo imprevisible como técnica de restablecimiento integral del equilibrio económico-financiero de las concesiones. Sin embargo, atiende a un supuesto muy específico, en el que mediaba una cierta imputabilidad del desequilibrio a la propia Administración Pública; no ofrece pautas —no era su misión— sobre el restablecimiento del equilibrio en supuestos de aumento del coste de las inversiones o de disminución de ingresos como consecuencia de crisis severas e, incluso

—seguramente forzada por las circunstancias singulares del caso enjuiciado— ofrece alguna visión restrictiva sobre el dato de la imprevisibilidad ante el posible ejercicio de potestades administrativas.

Al margen de todo ello, el relato del caso a que se refiere la Sentencia AP-41 provoca una cierta desazón al comprobar que se ha promovido una infraestructura importante, como es una autopista, que no funciona como primer tramo del corredor para el que estaba prevista y que discurre en paralelo a una nueva autovía gratuita promovida por una Comunidad Autónoma, por causas totalmente ajenas al contratista. ¿Se hubiera licitado de anticiparse tales circunstancias? En tan desolador escenario, gran parte del perjuicio lo ha sufrido el contratista, pero tampoco las arcas públicas resultarán indemnes. En la difícil tensión entre riesgo del concesionario y mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contratista colaborador, este último resulta algo sacrificado.