

La problemática de los contratos de concesión de autopistas a la luz de la jurisprudencia y de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

Realizado por:

D. Roger Vidal Puig

Dirigido por:

D^a Blanca Lozano Cutanda

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO: PRINCIPALES ELEMENTOS	8
2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	8
2.2. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL	9
2.2.1. <i>Planteamiento</i>	9
2.2.2 <i>Carácter híbrido del contrato de concesión anterior a la Ley 9/2017</i>	12
2.2.3 <i>La actual configuración jurídica de la concesión en la Ley 9/2017</i>	14
3. EL PRINCIPIO TRADICIONAL DE RIESGO Y VENTURA Y EL NUEVO PRINCIPIO DEL “RIESGO OPERACIONAL”	17
4. EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN.....	21
4.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	21
4.2 SUPUESTOS DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO .	23
4.2.1. <i>Ius Variandi</i>	23
4.2.2. <i>Factum Principis</i>	27
4.2.3. <i>Riesgo Imprevisible</i>	31
4.3. MEDIDAS DIRIGIDAS A PROTEGER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO- FINANCIERO	34
5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE AUTOPISTAS	39
5.1. STS 16 DE MAYO DE 2011 (<i>recurso nº 566/2008</i>).....	39
5.2. STS 28 DE ENERO DE 2015 (<i>recurso nº 449/2012</i>).....	42
5.3. STS 19 DE DICIEMBRE DE 2011 (<i>recurso nº 159/2010</i>).....	46
5.4. VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA.....	50
6. CONCLUSIONES.....	52
7. BIBLIOGRAFÍA.....	55

1. INTRODUCCIÓN

España es un país ampliamente experimentado en la gestión y la financiación público-privada de infraestructuras, en especial, las carreteras. El régimen de concesión ha experimentado múltiples alteraciones en el tiempo, a pesar de que la ley reguladora de la construcción, conservación y explotación de autopistas es relativamente reciente, pues se promulgó en 1972. La ley a la que se hace referencia es la Ley 8/1972, de 10 de mayo de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (en adelante "**Ley 8/1972**"). Con anterioridad a la ley de 1972, el régimen de construcción por particulares de carreteras de peaje venía regulado por la Ley 55/1960 de Carreteras en régimen de concesión.

El sector de las concesiones de autopistas no experimentó grandes problemas hasta la década de los años noventa, década en la que se empiezan detectar problemas en la operativa contractual de las concesiones. La tendencia que se observó partía de una descarga progresiva de los riesgos asumidos por el sector público hacia el sector privado. En 1996, España tuvo que ajustarse al cumplimiento estricto de las condiciones de estabilidad económica exigidas por la Unión Europea, en aras de alcanzar el objetivo de política económica. Una vez la economía pudo ajustarse a las condiciones de estabilidad financiera, se inició un plan de desarrollo económico que contribuyó a la mejora de las infraestructuras.

Durante los años en los que la coyuntura económica era favorable, y el nivel de renta de las familias elevado, el usuario era partidario de utilizar las autopistas de peaje, en detrimento del uso de las vías convencionales. Esta situación cambió por completo con la llegada de la crisis. En una situación de recesión como la que se vivió, el consumidor fue reacio a utilizar este tipo de infraestructuras, en gran medida por la existencia de vías de uso gratuito, que, en términos de tiempo, se convirtieron en bienes prácticamente sustitutivos. En este contexto, las empresas concesionarias tuvieron que afrontar las incalculables consecuencias derivadas de la falta de previsión, tanto en la cuantificación de los elevados costes como de los escasos ingresos derivados del descenso de la demanda.

El descenso en picado de la demanda de uso de autopistas fue uno de los principales elementos perjudiciales para los concesionarios, hasta el punto de convertir muchas concesiones en inviables.

Por otro lado, es necesario analizar cómo la Administración Pública afrontó y sigue afrontando este problema estructural. Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que el Estado tiene el deber de conservar las vías de dominio público que sean de su competencia, y este deber no solo implica una labor de mantenimiento, sino que en la mayoría de los casos la actuación de la

Administración va dirigida a mejorar sustancialmente las vías, hasta el punto de hacerlas equiparables con las adjudicadas por concesión.

La existencia de las citadas alternativas para el usuario y la masiva utilización de esas vías sustitutivas acentuaron el problema de la baja demanda. Numerosos estudios han evidenciado que el tráfico en las concesiones de autopistas de peaje que compiten con carreteras alternativas libres de peaje es muy sensible a los ciclos económicos. Asimismo, la sensibilidad mencionada es mayor en aquellas autopistas con un marcado carácter estacional y en autopistas urbanas que compiten con autovías congestionadas libres de peaje, que en aquellas en que la demanda de tráfico es más estable¹.

En la actualidad, la actuación de las Administraciones es una de las principales cuestiones que se debaten a nivel jurisprudencial, puesto que es un factor desencadenante en el descenso de usuarios en las vías objeto de concesión.

A raíz de las contingencias que se han evidenciado en los párrafos precedentes, la principal consecuencia para las empresas concesionarias es la liquidación del contrato. La inviabilidad de los proyectos de concesiones, debido a una multiplicidad de problemas que convergen en un incremento de costes junto a una reducción evidente de los ingresos por peaje, ha provocado que muchas sociedades concesionarias hayan entrado en un estado de insolvencia, y en muchos casos, incluso las sociedades dominantes de las concesionarias. En este contexto, debe articularse un procedimiento para dar forma a la liquidación de los contratos de concesiones, así como atribuir responsabilidades a las partes en el contrato.

Pues bien, el presente trabajo tiene como objetivo el análisis de los principales elementos que condicionan los contratos de concesión de autopistas, junto los cambios que la nueva regulación de contratos del sector público han significado para las concesiones de autopistas, y el estudio de aquellas situaciones en las cuales el acuerdo entre las partes en la concesión se ve afectado por una serie de situaciones fácticas o jurídicas, que en muchos casos deben solucionarse en los tribunales de justicia, debido en gran medida a las incalculables consecuencias económicas para las partes.

¹ Vid. BAEZA, M., ORTEGA, A. y VASSALLO J.M. (2011) 'La crisis económica en las concesiones de autopistas de peaje'. En: "XVI Congreso AECA". Celebrada el 21-23 setiembre 2011 en Granada, España.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO: PRINCIPALES ELEMENTOS

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Para entender la regulación actual de las concesiones de autopistas es imprescindible analizar, aunque sea brevemente, la evolución histórica de dicha figura administrativa. El punto de partida se encuentra en la Ley de 26 de febrero de 1953, sobre construcción por particulares de carreteras de peaje. A partir de esta ley se puso de manifiesto la necesidad articular mecanismos para la concesión de subvenciones estatales, así como para la concesión de bonificaciones y exenciones fiscales al concesionario.

En este sentido, se promulgó la Ley 55/1960 de Carreteras en régimen de concesión. Esta Ley surge de la necesidad potenciar las aspiraciones de los sectores económicos del país, que se encontraban en plena expansión, En este sentido, el su preámbulo pone de manifiesto que la construcción y explotación de carreteras en régimen de concesión y peaje es susceptible de generar un negocio rentable para las empresas concesionarias, así como satisfacer una necesidad de orden público que quizá, el Estado, por circunstancias del momento, no podría resolver o lo resolvería de forma ineficiente.

Además de lo anterior, se preveían amplias ventajas fiscales, y se ampliaba el periodo de concesión a los 99 años, respecto el plazo máximo de 75 años de la ley de 1953. Cabe destacar que en esta época se dictaban numerosos Decretos Leyes específicos para cada concesión. Entre otras cosas, esta práctica permitía agilizar el procedimiento de concesión de beneficios fiscales al concesionario.

A su vez, la Ley 90/1961 Ley 90/1961, de 23 de diciembre, por la que se aprueba el Plan General de Carreteras aprobó el citado Plan General de Carreteras. Con base en esta última norma se inició el proceso de determinación de aquellas carreteras que serían susceptibles de ser construidas y explotadas bajo el régimen de concesión.

Con posterioridad, se dictó la Ley 8/1972. Esta ley sigue vigente, y en la actualidad, sigue siendo la base del régimen jurídico de las concesiones otorgadas desde 1972. La entrada en vigor de esta norma tuvo un extraordinario impacto en la regulación de las concesiones españolas. Además de esta ley, entró en vigor un desarrollo reglamentario en forma de Decreto, por el que se regulaba el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (en adelante, “**Decreto 215/1973**”). Debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, el Decreto de regulación del Pliego de Cláusulas Generales sigue en vigor.

La entrada en vigor de la Ley 8/1972 supuso la derogación de toda aquella normativa que se opusiera al régimen de la nueva, por lo que la legislación citada con anterioridad perdía su aplicabilidad, sin perjuicio de que la Ley 8/1972 respetó los derechos adquiridos en virtud de la legislación anterior.

Finalmente, y como piedra angular de la regulación general de las carreteras de nuestro país, es preciso destacar la Ley 37/2015, de 29 de septiembre de carreteras (en adelante, “**LC**”), que viene a modificar el régimen de la anterior Ley 25/1988, de carreteras².

2.2 RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

2.2.1. Planteamiento

Conforme con LC, la explotación de las carreteras se realiza por parte del Estado. En virtud del artículo 21 de la LC, dicha explotación comprende el conjunto de operaciones de conservación y mantenimiento, actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, entre otras cuestiones incluidas. La competencia reside en el Ministerio de Fomento, aunque el apartado tercero del artículo 22 de la LC establece que, sin perjuicio de lo apuntado, las carreteras podrán ser explotadas por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos que establece la legislación general de contratos del sector público.

En este sentido, la citada Ley 8/1972 regula la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje. El artículo primero de esta Ley establece que su objeto será la regulación de las concesiones administrativas tanto de autopistas construidas como no construidas, y automáticamente su artículo segundo hace una remisión al contrato de concesión de obras públicas regulado, en su día en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Es preciso destacar que el régimen jurídico de los contratos públicos se encuentra actualmente regulado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “**Ley 9/2017**”). La Ley 9/2017 viene a modificar el régimen de los contratos del sector público del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, “**TRLCSP**”).

La nueva regulación transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE, que configuran el denominado tercer paquete de directivas en materia de contratación.

En la relación entre la Ley 8/1972 y la legislación general de los contratos del sector público, es preciso destacar la importancia que tiene el artículo 2 de la Ley 8/1972. En efecto, el citado artículo establece lo siguiente:

“las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, supletoriamente, por la legislación de contratos del Estado”.

² De conformidad con el preámbulo de la nueva LC, se ha considerado necesario actualizar la legislación de carreteras a efectos de optimizar la integración de los distintos modos de transporte, y en especial, coordinar las distintas redes de carreteras, preservar su condición física mediante una conservación y explotación adecuadas, así como mejorar su condición funcional.

Encontramos en el citado precepto la aplicación de un principio esencial en el ordenamiento jurídico, como es el de especialidad o *lex specialis derogat legi generali*, necesario para colmar las antinomias que se pueden generar, es decir, las contradicciones normativas que se producen cuando, ante unas mismas condiciones fácticas, se imputan consecuencias jurídicas que no pueden observarse simultáneamente³.

El artículo 14.1 de la Ley 9/2017 define la concesión de obras públicas como aquel contrato que tiene por objeto la realización de algunas de las prestaciones a que se refiere el contrato de obra, incluyendo la restauración y reparación de construcciones existentes, y la conservación y mantenimiento de elementos construidos.

El artículo 13 de la Ley 9/2017 hace referencia al contrato de obra. Establece que el contrato de obra será aquel cuyo objeto se dirija a la realización de una obra o ejecución de algunos de los trabajos referidos en el Anexo I, o bien la realización de una obra que cumpla los requisitos definidos por la entidad contratante, que ejerza una influencia decisiva en la obra o el proyecto. Respecto las obras o trabajos referidos en el Anexo I de la citada Ley, es destacable la Clase 45,23, que incluye la construcción de autopistas y carreteras de forma explícita.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación de la Ley 9/2017 presenta un perfil diferente del tradicional concepto de concesión de obra del TRLCSP. En la actual regulación del contrato de concesión de obra se permite que la explotación sea el objeto mismo de la concesión, tal y como lo regula la ley 8/19724. El esquema de la concesión de obra se ve radicalmente modificado a raíz de la transposición de la Directiva 2014/23/UE. En su artículo 2, ya se define la concesión de obra como un contrato en el cual los poderes adjudicadores confían la ejecución de unas obras cuya contrapartida puede ser, o bien la explotación de las obras exclusivamente, o bien el derecho de explotación en conjunción con un pago⁵.

Se entiende que la remisión que la ley específica hace a la Ley 9/2017 es inequívoca, dado que ambas normas contemplan que el objeto de la concesión puede extenderse a la construcción, conservación y explotación de las autopistas. La esencia de esta modalidad contractual consiste en la realización de la obra para la su posterior explotación, que incorpora tanto la obra principal como eventuales obras que se puedan realizar de forma complementaria o

³ Vid. TARDIO, J.A. (2003) 'El principio de especialidad normativa (*Lex Specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales'. *Revista de Administración Pública* [en línea] (162). 189. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784932>>

⁴ Vid. BARRIO, M. (2017) 'Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector público'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 114-118. Disponible en <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=viewIssue&path%5B%5D=705&path%5B%5D=12>>.

⁵ Artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión'

accesoria, o bien la mera explotación de una obra construida. En todo caso, la obra se configura como una fase instrumental para la consecución de la finalidad de la concesión, que es la explotación económica mediante la ejecución de un servicio de interés público.

La propia Ley 8/1972 regula los sujetos que pueden tener condición de adjudicatario de la concesión. En efecto, se establece que los adjudicatarios serán las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, con plena capacidad de obrar y que no se encuentren comprendidas en alguna de las circunstancias por las que se impone la prohibición de contratar⁶. En todo caso, el adjudicatario debe acreditar la solvencia que se le requiera en virtud del pliego de cláusulas.

Se deben extraer dos conclusiones del artículo octavo de la citada ley. En primer lugar, hace una remisión al régimen de prohibiciones de contratar del actual artículo 71 de la Ley 9/2017, y, en segundo lugar, remite al régimen aplicable al pliego de cláusulas, ya sean generales o particulares.

Respecto la segunda cuestión, el régimen jurídico del contrato de concesión de las autopistas se completa con el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero⁷. Dicho Decreto establece en su cláusula primera que:

“las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas se regirán peculiarmente por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y sus normas de desarrollo y complementarias, por las prescripciones del correspondiente pliego de cláusulas particulares y, en lo que no resulte válidamente modificado por éste, por el presente pliego”.

En definitiva, incorpora un régimen general de pliegos generales aplicable en todo aquello que no resulte válidamente modificado por el pliego de condiciones particulares negociado entre el concesionario y la Administración concedente. En particular, se establece una regulación general de las actuaciones preparatorias del contrato, cuestiones relativas al otorgamiento de la concesión y la formalización del contrato, cuestiones relativas al régimen económico-financiero de la concesión y cuestiones particulares de la construcción, conservación y explotación de la concesión, el régimen de potestades de la Administración Pública, y finalmente, el régimen de duración, cesión, extinción y suspensión de la concesión.

⁶ Conforme el régimen actual de prohibiciones de contratar, en virtud del artículo 71 de la Ley 9/2017 no podrán ser adjudicatarios: aquellos que hayan sido condenados mediante sentencia firme por determinados delitos tipificados en el propio artículo, aquellos que hayan sido sancionados con carácter firme por determinadas infracciones específicas, aquellos que hayan solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento o hallarse declaradas en concurso, haber incurrido en falsedad al efectuar una declaración responsable, estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, entre otros.

⁷ Vid. ALONSO, A.J. (2014). *Sectores regulados. Sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*. España: Dykinson.

En el caso de las autopistas, existe una particularidad de no debe dejar de destacarse. El adjudicatario, en este tipo de concesiones, suele ser una sociedad concesionaria constituida única y exclusivamente a tal efecto.

Conforme el artículo 66 de la Ley 9/2017:

“quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras o de servicios, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberá ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica”.

2.2.2 Carácter híbrido del contrato de concesión anterior a la Ley 9/2017

El punto de partida para determinar el carácter híbrido de este tipo de contrato reside en determinar qué punto de la prestación tiene mayor importancia o peso, si la construcción y/o explotación de la obra o bien el servicio público.

Durante mucho tiempo, la concesión de autopistas de peaje se asimiló, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, con la de una concesión de gestión de servicio público que, a su vez, incorporaba una concesión demanial, entendida como aquella concesión otorgada por la administración titular de un bien de dominio público a una persona física o jurídica en relación con el derecho a realizar un uso privativo, exclusivo y excluyente.

La doctrina mayoritaria señalaba que, en esta modalidad contractual, se presentaba la particularidad de que en la construcción y/o explotación de la obra, se solapaba la gestión de un servicio público. La doctrina afirmaba que esta situación debía resolverse mediante la aplicación del régimen aplicable a los contratos mixtos⁸. El régimen aplicable a los contratos mixtos se encuentra regulado en el artículo 12 de la Ley 9/2017, el cual establece que en aquellos casos en que un contrato contenga prestaciones que correspondan a otro u otros de distinta clase, para determinar las normas que deban observarse en la adjudicación, se deberá atender a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Las discusiones y argumentos contradictorios no han sido ajenos a esta cuestión. El punto de partida es que de la Ley 8/1972, se desprende que la concesión de autopistas es considerada como una concesión mixta de obra y servicio, como demuestra el hecho de que se distinga una fase de construcción y una fase de explotación, siendo la obra el medio instrumental para llevar a cabo la prestación de servicios en la fase de explotación.

En relación con los pronunciamientos doctrinales tradicionales, GOMEZ-FERRER afirmaba que:

⁸ La nueva regulación del contrato mixto en la Ley 9/2017 conforme la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, atiende a la regla general de valor estimado de la prestación principal.

“la calificación de la concesión como servicio público es perfectamente cuestionable. Atendiendo al concepto generalizado de servicio público, éste implica una actividad de prestación, y el problema está en determinar qué actividad de prestación realiza el concesionario al usuario de la autopista. La realidad es que el usuario no recibe el resultado de una actividad, sino simplemente el beneficio que le supone utilizar un bien de dominio público de uso general”⁹.

Por otro lado, VILLAR EZCURRA, se decantaba por la tesis de la doctrina mayoritaria, apuntando que:

“De hecho, se trata de un tipo de contratos susceptibles de ser encuadrados como modalidad específica de los de ejecución de obras o de los de gestión de servicios públicos, sin llegar a pertenecer, en puridad, a ninguna de estas dos especies”¹⁰.

En aras de arrojar luz a esta cuestión, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 49/97 de noviembre de 1997, estableció que esta modalidad no se circunscribía en una estricta realización de una obra, sino a una figura más compleja que, además de la construcción, implicaba la explotación de una obra construida y, en definitiva, un contrato mixto de obras y de gestión de servicios públicos. El elemento que lo demostraba era que no se establecía como retribución del contratista un precio a pagar por la Administración, sino que en este caso la retribución consistía en la percepción de un precio por el usuario¹¹.

Con la entrada en vigor de la Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (en adelante **“Ley 13/2003”**), que modificó la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), la concesión de autopistas de peaje se configuró de forma inequívoca como un contrato de concesión de obra pública. En efecto, la exposición de motivos señala que:

“en la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas, la obra pública, como realidad tangible que admite la posibilidad de su explotación económica, constituye el principal factor para definir su objeto, factor al que se unirá el interés que la construcción de la obra merezca a la Administración concedente. En este punto conviene asimismo precisar que la obra cobra su cabal significado para posibilitar el contrato cuando es susceptible

⁹ Vid. GÓMEZ FERRER citado en Domínguez, J.A. (2015) ‘Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje.’ *Revista Aranzadi Doctrinal* [en línea] (8), 14.

¹⁰ Vid. VILLAR EZCURRA, J.L. citado en Domínguez, J.A. (2015) ‘Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje.’ *Revista Aranzadi Doctrinal* [en línea] (8), 14

¹¹ Informe 49/97 (1997) ‘Contratos de concesión de obras. Naturaleza jurídica. Exigencia de la clasificación de las empresas para acceder a la adjudicación de un contrato de concesión de obras para la construcción, conservación y explotación de una autopista’, *Ministerio de Hacienda y Función Pública*, 17 de noviembre de 1997. Se afirma que “si el contrato que se define en el artículo 130.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no es un puro contrato de obras, sino un contrato mixto de obras y gestión de servicios públicos, la consecuencia que se impone es la de que su régimen jurídico ha de ser el correspondiente a la prestación principal, en este caso la explotación del servicio público. El informe concluye señalando que “Como conclusión de este apartado debe sentarse la de que siempre que la prestación o explotación del servicio público constituya la prestación más importante desde el punto de vista económico y así debe conceputarse en el presente caso, ya que mediante la explotación y percibo de tarifas se retribuye la construcción y la propia explotación, el régimen jurídico aplicable al contrato será el del contrato de gestión de servicios públicos”.

de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios varios de interés público, incluido el que pueda desprenderse de su propia naturaleza cuando se destine al general uso o aprovechamiento”.

A raíz de la citada exposición de motivos de la Ley 13/2003, se concluyó que la parte concesionaria se obligaba a la construcción y financiación de la obra, incluyendo las labores de restauración y reparación de construcciones existentes, así como conservación y mantenimiento de elementos construidos a cambio de una contraprestación que únicamente podía consistir, o bien en un derecho a explotar la obra, o bien en ese derecho acompañado de un precio. En línea con lo anterior, la concesión tenía un carácter híbrido fundamentado en que el contrato de tenía carácter de contrato de resultado, de forma que una configuración despojada del elemento de la prestación de servicios públicos excluiría el riesgo imprevisible, elemento que indudablemente formaba parte de la concesión de autopistas¹².

2.2.3 La actual configuración jurídica de la concesión en la Ley 9/2017

Con la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2017, se han despejado las dudas acerca de la naturaleza jurídica de la concesión de autopistas.

El Dictamen del Consejo de Estado nº 1116/2015, por el que analizó el Anteproyecto de la nueva Ley 9/2017 resultó de vital importancia en el estudio del carácter híbrido de la concesión de autopistas, dado que de forma indiscutible entró a valorar la concurrencia de las notas de obra y servicios del contrato de concesión de obra. En palabras del Consejo de Estado:

“este tipo de concesión (de obras) tiene un carácter mixto en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un tipo intermedio. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra y los segundos, en la fase de explotación y conservación.

Tal y como establece GIMENO FELIU en su análisis de las novedades del nuevo régimen de contratos del sector público, la entrada en vigor de la nueva ley 9/2017 añade importantes ajustes en las definiciones de la concesión de obras y de servicios, adoptando un concepto funcional, en la medida que debe existir una determinada influencia en la decisión final de la de obra o del

¹² En su obra, HUERGO LORA afirma que “La concesión ya no se define ni se distingue de los contratos de obras o servicios por el hecho de tener por objeto una obra o un servicio públicos, ni por que el contratista reciba pagos directos de los usuarios o de la Administración; La concesión (de obra o de servicio) ya no se define sólo por la forma de remuneración del contratista, sino que se exige expresamente que éste asuma el riesgo operacional”. ‘El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público’. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 31-51. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10494&path%5B%5D=11184>.

servicio¹³. Desaparece el tipo contractual de gestión servicios públicos¹⁴, y de esta forma, se gesta un contrato de concesión de servicios que se caracteriza por la transferencia del riesgo operacional¹⁵.

A propósito de lo anterior, en el ámbito de las concesiones de obras y concesión de servicios se pone de manifiesto la necesidad de que exista una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, en línea con la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión. En el esquema de regulación de la Directiva 2014/23/UE, el criterio que delimita el contrato de concesión de servicios respecto el contrato de servicios es la asunción del riesgo operacional. Este criterio, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 9/2017, ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español¹⁶. El propio preámbulo de la Ley 9/2017, establece lo siguiente:

“En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional”.

Por todo lo anterior, hoy se debe descartar que la concesión sea susceptible de ser considerada un contrato mixto de obra y de gestión de servicios, puesto que dicha categoría ha desaparecido de la legislación vigente¹⁷.

Se reconoció que esta modalidad de concesión de obra no era ajena a nuestro ordenamiento, dado que la Ley 8/1972 de construcción y explotación de autopistas en régimen de concesión ya lo reconocía. Se trataría, de un contrato con un doble contenido, que, en un primer momento, participa de las características propias del de obra, y que cuando concluye, adquiere perfiles propios del contrato de servicios públicos, a efectos de la obligación del contratista. Por esta última cuestión, afirma el Consejo de Estado, la retribución que puede percibir el concesionario no está ni limitada por el valor de la obra, ni

¹³ Vid. GIMENO FELIU, J.M. (2017) 'La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 7-30. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10493&path%5B%5D=11178>

¹⁴ La exposición de motivos de la Ley 9/2017 establece que *“En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos.*

¹⁵ Según GIMENO FELIU, J.M. (2017) 'La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 7-30. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10493&path%5B%5D=11178> > *“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión”.*

¹⁶ Vid. Preámbulo de la Ley 9/2017.

¹⁷ El preámbulo de la Ley 9/2017 señala que *“En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido”.*

está asegurada su compensación, y conforme su doctrina, cabe concluir que se trata de un contrato de concesión de obras.

3. EL PRINCIPIO TRADICIONAL DE RIESGO Y VENTURA Y EL NUEVO PRINCIPIO DEL “RIESGO OPERACIONAL”

A pesar de que la contratación administrativa se haya desmarcado progresivamente de las estrictas figuras de la contratación civil y haya ido imponiendo su diferenciación, sigue mostrando la influencia de múltiples principios civilistas, que en definitiva se aplican de forma general en la práctica contractual. Uno de estos principios cardinales de la contratación es el principio de *pacta sunt servanda*, que remarca el carácter vinculante de las disposiciones contractuales libremente pactadas entre las partes del contrato (*contractus lex*).

En el plano de las concesiones, el *principio pacta sunt servanda* encuentra su equivalente en el principio de riesgo y ventura de contratista. En virtud de este principio, el contratista asume el riesgo que se deriva de la ejecución del contrato.

Con anterioridad a la transposición al derecho nacional de la Directiva 2014/23/UE, uno de los principios esenciales en materia de concesiones era el principio de riesgo y ventura. En aplicación del citado principio, la sociedad concesionaria se situaba como acreedora de los rendimientos de la actividad, y por el contrario, debía soportar los perjuicios derivados de la ejecución del contrato.

El motivo que ha animado la aplicación de este principio en el ámbito de la concesión administrativa ha sido el objetivo último o resultado final del contrato. Partiendo de la base que la concesión ha perseguido y sigue persiguiendo un objetivo o resultado concreto, mientras la prestación objeto del contrato no esté debidamente realizada según lo establecido en los pliegos, el contratista es el principal responsable y garante del resultado esperado, y, por ende, soporta los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro inherentes a la empresa que está desarrollando.

El principio de riesgo y ventura ha sido interpretado en numerosas ocasiones por el Consejo de Estado. En el terreno particular de las concesiones de autopistas de peaje, el Dictamen del Consejo de Estado nº 1075/2001 abordó la importancia del principio de riesgo y ventura. Se destacaba que el contratista era el único que se beneficiaba de las ventajas y rendimientos de la actividad, y era el único que debía responder de las pérdidas derivadas de la actividad objeto de la concesión. En todo momento la Administración permanecía ajena a la suerte y desventura de su empresa, y en concreto, disponía que esta regla no tenía excepción concreta alguna en el caso de las concesiones de autopistas en régimen de concesión.

Una de las principales novedades de la Ley 9/2017 es la introducción del concepto de riesgo operacional. Se debe poner de manifiesto que el antiguo TRLCSP no utilizaba la expresión de riesgo operacional, aunque sí hacía referencias al riesgo como un elemento imprescindible en toda concesión de

obra y servicios, de modo que si el concesionario no asume el riesgo operacional, no puede hablarse de concesión. La regulación anterior establecía que en todo momento la concesión se ejecutaba a riesgo y ventura del contratista, sin hacer referencias explícitas al riesgo operacional. A pesar de ello, el principio de riesgo y ventura sigue presente en el ordenamiento jurídico español, dado que sigue contemplado en el artículo 197 relativo a la ejecución de los contratos.

En el caso particular de las concesiones de obra pública, es preciso analizar el artículo 14 de la Ley 9/2017. En particular, hace referencia a la fase de explotación de la obra, es decir, aquella fase en la que el concesionario debe recibir la contraprestación. Pues bien, el artículo le traslada al concesionario todo el riesgo operacional de la explotación, que abarca tanto el riesgo de demanda como el riesgo de oferta o ambos¹⁸. En virtud del apartado cuarto del artículo 14, se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato, y por riesgo de oferta, el particular riesgo de que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda. A pesar de la claridad del apartado cuarto del artículo 14, el último párrafo entra a clarificar todavía más el riesgo operacional. Así, establece que la asunción de riesgo operacional deriva de la falta de garantía en la recuperación de las obras o recuperación de los costes en los que hubiera incurrido el concesionario.

No obstante lo anterior, debe apuntarse que en la construcción de las obras objeto de la concesión también se asume el citado riesgo operacional. El artículo 254 lo deja bien claro, al establecer que las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá además el riesgo operacional de la concesión. Otra muestra de lo establecido anteriormente es el artículo 265 relativo a la financiación de las obras. El citado artículo señala que las obras serán financiadas por el concesionario, que en todo caso asumirá el riesgo concesional. Finalmente, del bloque de derechos y obligaciones del concesionario, se desprende del artículo 258 b) de la Ley 9/2017 que el concesionario debe explotar las obras asumiendo el riesgo operacional de su gestión, con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato, u ordenados por el órgano de contratación.

Tal y como afirman determinados autores¹⁹, el concepto de riesgo operacional se conjuga con el principio tradicional de riesgo y ventura. Lo anterior no significa que riesgo y ventura y riesgo operacional puedan entenderse de la misma forma. El riesgo y ventura es aquel riesgo que asume todo contratista, por el hecho de suscribir un contrato público, de forma que puede entenderse que el

¹⁸ Vid. Artículo 14.4 de la Ley 9/2017: “Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato, y por riesgo de oferta, el particular riesgo de que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda”.

¹⁹ Vid. DOMINGUEZ, J.A. (2015) ‘Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje.’ *Revista Aranzadi Doctrinal* [en línea] (8), 14.

riesgo operacional es un tipo especial de riesgo a tener en cuenta en las concesiones de obras y servicios.

En el contexto de concesión de obra, ya se ha puesto de manifiesto que el riesgo operacional es un concepto de vital importancia en la nueva regulación de los contratos públicos. Lo esencial es que la Ley 9/2017 pretende que en la ejecución de los contratos no se genere un incumplimiento de la transferencia del riesgo por parte del contratista. Partiendo de la premisa que el concesionario asume el riesgo de su gestión, un claro ejemplo de la nueva normativa es la exclusión del incumplimiento de las previsiones de demanda como causa que justifique el restablecimiento del equilibrio económico financiero²⁰, punto que será desarrollado más adelante.

Debe recordarse que, lo expuesto anteriormente procede de la transposición del tercer paquete de directivas comunitarias en materia de contratación. Es preciso destacar que los considerandos de la Directiva 2014/23/UE definían claramente la importancia del riesgo operacional en las concesiones. En particular, el considerando (18) de la Directiva 2014/23/UE apuntaba lo siguiente:

“la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador”.

Asimismo, el considerando 20 de la misma directiva delimitaba los elementos propios del riesgo operacional. En este sentido, el riesgo operacional puede consistir en un riesgo de demanda, en un riesgo de suministro o bien en un riesgo de demanda y suministro (.).

El riesgo operacional al que se hace referencia en la citada Directiva se plasma en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 «Caso Eurawasser». En este sentido, se establece lo siguiente:

“riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o

²⁰ Vid. Artículo 270.2 último párrafo de la Ley 9/2017

incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”.

Tal y como se ha señalado, en el terreno de las concesiones el criterio del riesgo operacional es el principal elemento para delimitar la concesión, y en todo caso bastará con la transferencia del riesgo de oferta o el riesgo de demanda. Se considera que el concesionario asume tal riesgo cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión²¹. Los riesgos transferidos suponen una exposición real a las incertidumbres del mercado.

La principal novedad asociada al riesgo de demanda la regula el artículo 270 de la Ley 9/2017. El último párrafo del apartado primero del artículo 270 niega el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en los estudios de la Administración o del propio concesionario. Este párrafo es clave para arrojar luz a la problemática constante de los descensos de demanda de las vías. En los últimos años, en plena crisis económica, muchas sociedades concesionarias vieron peligrar la viabilidad de sus concesiones, y en muchos casos, la inviabilidad permanente de las mismas, y solicitaron el reequilibrio económico por reducciones de la demanda. La solución de los tribunales fue homogénea, y se dirigía en el mismo sentido que el párrafo incorporado en el artículo 270²².

La disminución de la demanda y de la frecuentación de las vías se traduce en una reducción de los beneficios por uso de la infraestructura, y de forma colateral, repercute en una reducción del uso de las zonas complementarias. Tal y como establece ALBALATE:

“es un riesgo difícil de controlar por el concesionario y requiere de mecanismos que permitan mitigar su impacto sobre el equilibrio económico-financiero”²³.

²¹ Vid. GIMENO FELIU, J.M. (2017) 'La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 7-30. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10493&path%5B%5D=11178>

²² Vid. BARRIO, M. (2017) 'Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector público'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 114-118. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view/issue&path%5B%5D=705&path%5B%5D=112>

²³ Vid. ALBALATE, D., BEL, G. y BEL-PIÑANA P. (2015) 'Tropezando dos veces con la misma piedra: quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios'. *Revista de Economía Aplicada* [en línea] (67), 131-152. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=96938748005>

4. EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN

4.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Una vez desarrollado un concepto tan importante como es el principio del riesgo y ventura en las concesiones de autopistas, debe ponerse el foco en un concepto imprescindible en la relación entre el concesionario y la Administración concedente, como es el equilibrio económico del contrato. El equilibrio económico financiero tiene como finalidad, suavizar la posición de riesgo que en la mayoría de casos puede perturbar la relación sinalagmática entre la Administración y el concesionario, teniendo en cuenta que el principio de riesgo y ventura atribuye a la sociedad concesionaria la posición de control, tanto en su vertiente positiva respecto de los ingresos, como en su vertiente negativa, respecto los costes o las deudas.

Como se ha apuntado anteriormente, el riesgo que asume el concesionario encuentra su límite en una serie de situaciones o supuestos que constituyen anomalías al correcto desenvolvimiento del contrato. La aparición de estas circunstancias modifica la situación inicial de la relación, que, en muchos casos, se traducen en contingencias de impacto económico que deben reequilibrarse por parte de la Administración concedente.

La teoría del equilibrio económico financiero del contrato se configura a partir de la doctrina del Consejo de Estado francés, y se ha ido incorporando al derecho español gracias a la interpretación jurisprudencial de nuestros Tribunales²⁴. En virtud de este principio, todo contrato de concesión de servicios o de obra pública debe celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y dicha equivalencia debe plasmarse en el mantenimiento del equilibrio financiero²⁵.

El desarrollo jurisprudencial da a entender que el mantenimiento del equilibrio económico es una técnica cuyo objetivo es satisfacer el interés público²⁶, es decir, tratar de dar continuidad a servicios que pueden verse en peligro por contingencias económicas desfavorables, por hechos que resulten imputables a la Administración, o incluso por eventos que fueren imprevisibles

²⁴ El Tribunal Supremo, en varias sentencias (21 de febrero de 1998 nº recurso 14183/1991 y 19 de septiembre del 2000, nº recurso 2296/1992 declaró que *“Es cierto que los Tribunales de esta Jurisdicción pueden, e incluso deben, llenar, en casos como el presente, el concepto jurídico indeterminado en que la expresión ‘equilibrio económico-financiero’ de la concesión consiste para alcanzar el único significado, el real, que a la misma cabe atribuirle y que no puede ser otro, como entendió ya el Consejo de Estado Francés que la búsqueda, en la medida de lo posible, de ‘una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas’, ventajas y obligaciones que ‘deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles’, pues ‘en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige’, que ‘es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión’.*

Pero no menos cierto que, al hacerlo, han de seguir criterios de legalidad derivados de datos contrastados y reales, no conjeturas que pueden resultar razonables desde una perspectiva puramente particular, pero que no por derivar de un órgano investido de jurisdicción pueden sobreponerse a las conclusiones, igualmente razonables, a las que hayan llegado ponderadamente las Administraciones públicas a las que pertenezca la titularidad del servicio concedido o que resulten implicadas en el control de las vicisitudes financieras de su prestación”.

²⁵ Vid. ARIÑO, G., (1968) *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

²⁶ Vid. STSJ, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de abril de 1997.

para ambas partes, y cuyo fundamento final es generar una proporcionalidad entre las ventajas y las cargas que asume el concesionario.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia también ha entendido que la obligación que se genera para la Administración no puede interpretarse en un sentido absoluto, sino que siempre deberá ponderarse junto el principio de riesgo y ventura. En cualquier caso, se requiere que el riesgo no sea normal, sino excesivo o desmesurado, hasta el punto de quebrar por completo el equilibrio contractual.

Es así doctrina del Consejo de Estado español que el principio de riesgo y ventura que asume el concesionario no cede ante una mera alteración sobrevenida de las circunstancias, sino que requiere que tal situación genere una quiebra radical del equilibrio económico financiero, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante otros mecanismos contractuales, y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales²⁷.

Lo anterior no significa que el principio del equilibrio económico financiero deba aplicarse de forma restrictiva, como si se tratara de un principio de carácter extraordinario. Como ha puesto de relieve la doctrina, para el Tribunal Supremo se trata de un principio básico, esencial en la contratación administrativa, y expresión de la necesidad de reciprocidad de toda base contractual²⁸. Existe un verdadero derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico, con derecho a atenuar determinadas circunstancias, y mediante determinadas técnicas que, en todo caso, deben ser aplicadas con suma cautela²⁹.

Pues bien, la base legal del principio de equilibrio económico administrativo del contrato se encuentra en el artículo 270 de la Ley 9/2017, el cual establece que:

“El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente”.

²⁷ A modo de ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado nº 667/2014 establece que *“Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1849, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta los dictámenes más recientes, el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello solo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual (dictámenes 3.205/2003 de 20 de noviembre y 635/2005 de 5 de mayo). Es por tanto esta doctrina la que ha de examinarse para su aplicación en este concreto supuesto. El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando esta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente).*

²⁸ Vid. RECUERDA, M.A. (2016) *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo*. Pamplona: Civitas.

²⁹ Vid. ARIMANY, E. (2011) 'El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo <<Autopista Madrid – Toledo (AP-41)>> *Actualidad Jurídica* [en línea], 1578-956X. Disponible en <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3196/documento/art12.pdf>>

El segundo punto del mismo artículo establece las situaciones en las cuales la Administración se verá obligada a restablecer el equilibrio económico financiero, que son las siguientes:

“a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262³⁰.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”.

Por el hecho de configurarse como una excepción al principio general de riesgo y ventura, las situaciones se encuentran tasadas legalmente, y el concesionario únicamente podrá ver satisfecho su derecho cuando se cumplan las medidas tasadas de reequilibrio de la situación.

A pesar lo expuesto anteriormente, debe tenerse en cuenta que la incorporación del concepto de riesgo operacional al ordenamiento jurídico español cambia la aplicación del principio del equilibrio económico-financiero en algunos casos. El Consejo de Estado, en su conocido Dictamen 1116/2016 por el que se analiza el Anteproyecto de la nueva Ley 9/2017, viene a puntualizar que la existencia del derecho al equilibrio económico financiero de la concesión, entendido como el mantenimiento durante la vida de la concesión de los márgenes económicos que se plantearon en los estudios económicos pertinentes, choca con el concepto de riesgo operacional. Este riesgo supone que el concesionario no tiene garantizado que vaya a recuperar las inversiones ni a cubrir los costes, con lo que se le está privando del derecho al equilibrio económico financiero, como sucedía por ejemplo, en casos de mala planificación del riesgo de demanda.

4.2 SUPUESTOS DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO

Tanto la jurisprudencia de Tribunal Supremo como la doctrina han reconocido tres grandes supuestos susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero de las concesiones.

4.2.1. *Ius Variandi*

Se trata del supuesto de modificación de las condiciones de la explotación de la obra por parte de la Administración. De acuerdo con los dictámenes que el Consejo de Estado ha emitido, se trata en primer lugar de una prerrogativa de la Administración que debe tener carácter excepcional³¹. Asimismo, el ejercicio de

³⁰ El Artículo 262 de la Ley 9/2017 hace referencia a la modificación de las obras cuando lo exija el interés público.

³¹ El Dictamen del Consejo de Estado 3371/1996 establece que “tanto en la citada Memoria de 1990 y en otras, así como en numerosos dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, advertía el Consejo de Estado sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que solo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues de

tal prerrogativa debe ajustarse a unos requisitos de carácter formal, teniendo en cuenta que debe seguirse un procedimiento legalmente establecido.

Desde un punto de vista general, el artículo 255 de la Ley 9/2017 establece lo siguiente:

“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en la Subsección 4ª, Sección 3ª, Capítulo I, Título I, del Libro Segundo de esta Ley y en la letra b) del apartado 1 del artículo 261³²”.

El citado artículo remite a las normas generales de modificación de los contratos y del procedimiento aplicables, de forma que se evidencia la necesidad de ajustarse a las formalidades procedimentales de la citada ley.

Dejando de lado los aspectos formales de la modificación, resultan de aplicación una serie de límites para considerar que la modificación es susceptible activar el reequilibrio económico en favor del concesionario. En primer lugar, deben concurrir necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas que motiven el ejercicio de la prerrogativa. El fundamento de este límite radica en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso indiscriminado del *ius variandi* podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas³³.

Por otro lado, debe consistir única y exclusivamente en una modificación, de forma que el contrato mantenga su identidad y en ningún caso vía *ius variandi* se puede proceder a alterar sustancialmente el contrato, ya que, de este modo, la modificación implicaría un cambio en la voluntad administrativa, y por ende, requeriría de una nueva contratación³⁴.

Es preciso destacar que la modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, exige que se produzca dentro de unos determinados límites, y uno de ellos es la necesidad de que la modificación contractual esté respaldada por un interés público claro,

lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto a tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación”.

³² El primer apartado del artículo 261 hace referencia a las prerrogativas de la Administración en relación con los contratos de concesión de obras. En particular, merece especial atención la letra b), que dispone que la Administración podrá modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público.

³³ Vid. Consejo de Estado (1984) *Dictamen nº47.126*, Boletín Oficial del Estado.

³⁴ En esta línea, la STS 253/2000 establece que *“El Ayuntamiento de Soria ha hecho uso del “ius variandi” conforme a derecho, sin alterar sustancialmente los términos del contrato ni vulnerar el Pliego de Condiciones del concurso, por lo que no ha infringido los principios de publicidad y concurrencia establecidos por el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, que hubieran exigido la convocatoria de un nuevo concurso solamente si se hubiesen modificado en sus términos esenciales las condiciones que dieron lugar a la adjudicación del celebrado.*

Asimismo, el Dictamen del Consejo de Estado nº 79/1993 señala que *“el sometimiento a cauces estrictos del “ius variandi” de la Administración tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado “ius variandi” de la Administración, pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar, como se dice, la indebida alteración del referido principio de licitación pública”.*

patente e indubitado³⁵. En este sentido, el artículo 270.1 a) de la Ley 9/2017 establece que el equilibrio económico financiero deberá reestablecerse cuando la Administración lleve a cabo una de las modificaciones del artículo 262. El citado artículo 262 invoca ese interés público, al señalar que las modificaciones de las obras serán posibles cuando el interés público lo exija. Adicionalmente, afirma que como consecuencia de la modificación, deberá revisarse el plan económico-financiero.

El régimen de modificaciones de la Ley 9/2017 únicamente admite las modificaciones del contrato en dos supuestos claramente delimitados. Primero, cuando se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y segundo, cuando excepcionalmente, sea necesario aunque no se hubiera previsto en el pliego. En este segundo caso, la modificación debe ajustarse a una serie de requisitos. La modificación debe limitarse a introducir las variaciones que sean indispensables para responder a una causa objetiva determinada, y encuentren su justificación en uno de los tres supuestos que establece el artículo 205 de la Ley 9/2017: cuando devenga necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, cuando la necesidad de modificar derive de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación del contrato, y finalmente, cuando las modificaciones no sean sustanciales.

En el plano particular de las concesiones de autopistas en régimen de peaje, se pueden distinguir tres diferentes tipos de modificaciones, teniendo en cuenta que los tres supuestos encuentran cobijo en la Ley 8/1972 de Construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. De conformidad con el Artículo 25.1 de la Ley 8/1972,

“si en el futuro la autopista resultara insuficiente para la prestación del servicio y se considerara conveniente su ampliación, podrá acordarla la Administración estableciendo las particulares condiciones a que haya de sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, o bien llegar a un convenio con el concesionario sobre los anteriores extremos, manteniendo inalteradas las normas que rigieron para la adjudicación en todos aquellos extremos que no hayan sido objeto de modificación”.

Además de lo anterior, la Ley 13/1996 incorporó un nuevo párrafo al citado 25.1:

“Cuando la ampliación consista en el aumento del número de carriles de las calzadas, para conseguir la mejor prestación del servicio público o para mejorar el sistema de comunicaciones del

³⁵ En este sentido, numerosos dictámenes del Consejo de Estado, empezando por el nº 42.179 de 17 de mayo de 1979, establecen esta necesidad. A su vez, el Dictamen nº 1531/2003 afirma lo siguiente: “De este modo, con carácter general, la modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 17 de mayo de 1979, “exige que se produzca dentro de los límites que establece la Ley”. Uno de estos límites resulta de la necesidad de que la modificación contractual esté “respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991)”.

corredor afectado, podrá acordarse por convenio con el concesionario, en el que se establecerán aquellos aspectos del régimen concesional que sean objeto”.

Este primer tipo encuadra supuestos de modificación accesorias del objeto de la concesión por una necesidad de ampliación. En el caso de que la autopista resultará insuficiente para prestar el servicio, la Administración determinará el tipo de obras a realizar para la ampliación y su repercusión en el régimen de tarifas, o bien tendrá la posibilidad de llegar a un convenio con la propia concesionaria. A efectos del caso introducido por la ley 13/1996, en cambio, no se trata de una necesidad de ampliación por insuficiencia de la prestación del servicio, sino de una medida tendiente a mejorar la prestación del servicio o la mejora de las comunicaciones del propio corredor a través del aumento del número de carriles. En este caso, será necesario que la modificación se produzca a través de un convenio con el concesionario, en el que se establecerán los nuevos extremos objeto de modificación.

En segundo lugar, el supuesto previsto en el artículo 25.2 se encuentra actualmente derogado tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, a pesar de que sigue siendo aplicable a esas concesiones que se otorgaron con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma. En particular, este supuesto señala que, de forma excepcional, cuando fuera necesario para conseguir una mejor prestación del servicio o para mejorar las comunicaciones del corredor afectado, la ampliación consistirá en la prolongación continua o funcional de la autopista, mediante un convenio con el concesionario, en el que como en el caso anterior, se establecerán los aspectos del régimen concesional que sean objeto de concesión. Adicionalmente, para que se proceda a tal modificación, la ley establece una serie de supuestos que deben concurrir. En primer lugar, que la autopista no haya sido objeto de una ampliación anterior consistente en la prolongación continua o funcional de la misma. Este supuesto fue sustituido por el caso incorporado en el Artículo 25.1 delimitado anteriormente³⁶. En segundo lugar, se requiere que las obras a realizar deban ser consideradas como subordinadas de las comprendidas inicialmente en la concesión³⁷. Y finalmente, en tercer lugar, se exige que las obras de ampliación sean adjudicadas mediante un concurso abierto. Es preciso destacar que, en los casos excepcionales de prolongaciones continuas o funcionales señaladas, la Ley exige el Consejo de

³⁶ Tal y como se ha apuntado anteriormente, la Ley 13/1996 incorporó un nuevo párrafo al citado 25.1: *“Cuando la ampliación consista en el aumento del número de carriles de las calzadas, para conseguir la mejor prestación del servicio público o para mejorar el sistema de comunicaciones del corredor afectado, podrá acordarse por convenio con el concesionario, en el que se establecerán aquellos aspectos del régimen concesional que sean objeto”.* El supuesto fue derogado por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Con anterioridad a la citada modificación, la Ley 8/1972 establecía lo siguiente: *“En este supuesto, deberán concurrir conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que la autopista no haya sido objeto de una ampliación anterior consistente en la prolongación continua o funcional de la misma”.*

³⁷ Vid. MAYOR, P. (2016) ‘Algunas reflexiones sobre el principio de equilibrio económico financiero en las concesiones de autopistas’. En *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo*. Pamplona: Civitas, pp.559. Mayor Menéndez, señala que *“esta posibilidad no ha tenido virtualidad tras el Dictamen dictado por el Consejo de Estado en 1995 en relación con la eventual ampliación de la autopista León-Oviedo al tramo León-Benavente, que se pronunció en contra. Si bien la Ley de Acompañamiento de 1996 intentó establecer una reforma que determinase su posible aplicación, con la garantía adicional de un dictamen preceptivo y vinculante del Consejo de Estado, las enormes dudas que suscitaba su viabilidad respecto de los principios esenciales de publicidad y concurrencia que rigen la contratación pública, determinaron que en realidad no tuviera aplicación en la práctica”.*

Estado se pronuncie expresamente sobre todos los supuestos que deben concurrir, y dicho Dictamen tendrá carácter vinculante³⁸.

En todo caso, el artículo 25.3 de la Ley 8/1972 establece que la ampliación deberá ser aprobada por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Fomento, y previo dictamen del Consejo de Estado.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley 8/1972, el Gobierno a propuesta del Ministro de Fomento, podrá modificar por razones de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Se requerirá un informe previo del Ministerio de Hacienda en el caso que las modificaciones afecten al régimen económico financiero de la concesión. La principal característica de este supuesto es que se contempla, por ley, que la modificación de la Administración deberá tener en cuenta en todo momento el equilibrio económico financiero, de forma que resulten compensados el interés general y el interés de la empresa concesionaria³⁹.

Es procedente afirmar que la Ley 9/2017 no introduce modificaciones sustanciales al régimen de modificación de la Ley 8/1972. Sin ir más lejos, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2018 (nº recurso 3428/2015) señala lo siguiente:

“Sentada la existencia de una modificación de la concesión de la autopista AP-7, es la Ley 8/1972 de 10 de mayo de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en régimen de concesión la que se refiere a la modificación de las concesiones de autopistas en sus arts. 24 y 25”.

4.2.2. *Factum Principis*

El segundo de los supuestos en los que la Administración viene obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato se encuentra ubicado en el apartado b) del artículo 270 de la Ley 9/2017, el cual no ha sufrido cambios respecto la regulación del TRLCSP⁴⁰. Se trata de la situación en la que la

³⁸ Vid. Artículo 25.3, párrafo 2º de la 'Ley 8/1972.

³⁹ A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que el Artículo 76 de la 'Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social', *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 2000 (313), pp. 46631 – 46723, dio forma a esta modificación, que previamente estaba regulado en el 'Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión', *Boletín Oficial del Estado*, 16 de febrero de 1973 (41), pp.2998 – 3011. En este contexto, la primera redacción del supuesto imponía a la Administración un deber de compensación en aras de mantener el equilibrio económico financiero del contrato. Con la redacción de la Ley 14/2000 se eliminó ese deber de compensación unidireccional.

⁴⁰ Vid. GIMENO FELIU, J.M. (2017) 'La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 7-30. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10493&path%5B%5D=11178>>. Añade el ponente que “Por otra parte, al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible”.

Administración lleva a cabo actuaciones que cristalizan de forma directa en la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

De forma preliminar, es necesario destacar la distinción entre el concepto del *ius variandi* expuesto en el apartado anterior, y el concepto del *factum principis*. Si bien es cierto que ambas son manifestaciones del principio de reciprocidad o equivalencia económica de los contratos, se refieren a supuestos totalmente antagónicos. Mientras que el *ius variandi* contempla modificaciones internas e intrínsecas del objeto y contenido concreto de la prestación, ya sea en calidad, cantidad, plazo o demás circunstancias originadas por actos de la Administración dirigidos expresamente a esa relación, *el factum principis* se refiere más bien a intervenciones administrativas de tipo general, no referidas exclusivamente a un contrato en particular, pero que suponen un cambio en las condiciones externas, ya sean económicas, fiscales o sociales, de ejecución de este. En el caso del *factum principis*, no se produce una alteración de los elementos esenciales del contrato, sino que se desequilibra la valoración económica de las prestaciones⁴¹.

El punto de partida en la construcción del concepto en el ordenamiento jurídico español es el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de noviembre de 1948, que, sin duda, supuso los cimientos sobre los que tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han ido construyendo y perfilando la doctrina. El citado Dictamen tipificó con exactitud las condiciones que deben existir para reconocer el *factum principis*.

En primer lugar, debe tratarse de un acto de una medida general de índole económica. En segundo lugar, debe tratarse de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución de los contratos, es decir, debe existir una relación directa de causalidad entre la actuación administrativa y el impacto económico en los precios o salarios. En tercer lugar, debe ser imprevista y posterior a la adjudicación. En cuarto lugar, el daño causado debe ser cierto y especial, es decir, aquellas cargas que tengan un carácter absolutamente general, que puedan ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad no se tomarán en cuenta. En definitiva, debe producirse un daño especial que no derive de disposiciones de carácter general que se impongan a todos los ciudadanos. Finalmente, en quinto lugar, no debe concurrir una falta dolosa o culposa del contratista, dado que, en ese caso, la Administración quedaría eximida⁴².

En relación con lo anterior, debe ponerse de manifiesto que, a pesar de no haber cambiado la regulación del *factum principis* respecto de la TRLCSP, se

⁴¹ Vid. FERNANDEZ-FIGUEROA, F. (2012) 'El *Factum Principis* en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los Dictámenes 31/1992 Y 632/1994'. *La administración al día* [en línea]. Disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100465>>

⁴² Destaca QUINTANA LÓPEZ citado en FERNÁNDEZ-FIGUEROA, F. (2012) 'El *Factum Principis* en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los Dictámenes 31/1992 Y 632/1994'. *La administración al día* [en línea]. Disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100465>> que "*La aplicación del factum principis esta lastrada por la enorme carga de excepcionalidad con que tradicionalmente se han dado las circunstancias que justifican su intervención; una aplicación de este principio tan limitada no puede tener justificación en la actualidad en que la intervención de la Admón. en la economía, con las secuelas que produce en las relaciones contractuales, lejos de ser esporádica, aislada y difícilmente repetible, se ha hecho continua*".

ha incorporado un apartado de extrema relevancia en materia de equilibrio económico financiero. El apartado cuarto del artículo 270 genera un derecho de desistimiento del contrato cuando la aprobación de una disposición general con posterioridad a la formalización del contrato por parte de una Administración distinta de la concedente provoque una situación de extrema onerosidad para el concesionario.

El propio artículo señala que se entiende un cumplimiento extremadamente oneroso del contrato cuando suponga un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5% del importe neto de la cifra de negocios de la concesión, por el periodo que reste hasta la conclusión de la misma. Además, para el cálculo del incremento se deberán deducir los posibles ingresos adicionales que se pudieran generar. Cabe añadir que, como resultado del desistimiento anterior, no se generará derecho a indemnización para ninguna de las partes.

Por otro lado, en la aplicación de la doctrina del *factum principis* por parte de los Tribunales, merece especial atención la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1985, que establece lo siguiente:

“cuida de advertir que, cuando tales 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 aquél⁴³, y es así lo que va dicho porque han de existir técnicas tendentes a asegurar el equilibrio financiero, no sólo en el caso de que la Administración haga uso de su ius variandi sino en el del llamado factum principis o de medidas administrativas adoptadas al margen del contrato pero con repercusión en las obligaciones nacidas de él haciendo más oneroso su cumplimiento, porque la ratio legis en uno y otro caso es la misma de restablecer el equilibrio de la retribución económica del contratista”.

Un caso particular en las concesiones de autopista es el del expediente de reclamación de daños por incremento de precio de los ligantes asfálticos formulado por la contratista de las obras de mejora del firme autopista-aeropuerto de la Autopista de Levante, tramo de Palma de Mallorca. El Consejo de Estado, en el Dictamen relativo al citado expediente, evidenció que un aumento en los precios del petróleo, aun siendo una medida general de índole económica, no es constitutiva de causar un daño cierto y especial, sino que es una carga general impuesta a todos los participantes del mercado petrolífero. Añade que la subida de precios correspondientes a los ligantes asfálticos no puede imputarse a la Administración, en la medida que la Administración únicamente se limitó a traducir en pesetas los precios establecidos en el mercado internacional⁴⁴.

⁴³ Tal y como expresó GARCÍA DE ENTERRIA citado en FERNÁNDEZ-FIGUEROA, F. (2012) ‘El *Factum Principis* en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los Dictámenes 31/1992 Y 632/1994’. *La administración al día* [en línea]. Disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100465>>, “el *factum principis* supone en cierta manera una responsabilidad extracontractual, aunque liquidable, en el seno del contrato”.

⁴⁴ Vid. El Consejo de Estado (1992) en el *Dictamen 31/1992 (Obras públicas y transporte)*, Boletín Oficial del Estado, señala que “constituye así el incremento de aquellos precios una carga general y que a todos afecta de algún modo. Por

En todo caso, el ámbito del *factum principis* ha sido ampliamente discutido respecto las llamadas vías paralelas, o situaciones en las que la Administración General del Estado construye vías funcionalmente equivalentes a las autopistas adjudicadas por concesión. Dicha situación, en la gran mayoría de casos se traduce en un descenso en los ingresos y llega a cuestionar la viabilidad de la concesión.

En aras de arrojar luz a esta cuestión, el Consejo de Estado se pronunció en el expediente 512/2006 acaecido a raíz de la modificación de determinados términos de la concesión de las autopistas Barcelona-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza- Mediterráneo, apuntando que:

“debe rechazarse el punto de partida de la referida cláusula que da por supuesto que el desdoblamiento de la CN-II y de la CN-340 generan derecho de indemnización en el concesionario por eventuales disminuciones de tráfico en la autopista de que es titular. La Administración puede construir y ampliar la capacidad de las carreteras que discurran paralelamente a las autopistas en régimen de concesión, sin que dicha construcción o modificación de sus características comporten por sí mismas el nacimiento de un derecho a percibir indemnización alguna en el concesionario, incluso aunque afecte a su volumen de tráfico. Solo en los casos singularísimos de la alteración grave de las circunstancias existentes y siempre que el equilibrio económico del contrato quedara desbaratado entrarían en juego los mecanismos singulares previstos por el ordenamiento jurídico para restablecer el citado equilibrio”.

Asimismo, el Tribunal Supremo asentó un importante precedente jurisprudencial en la STS de 16 de mayo de 2011 (recurso nº 566/2008), que ha sido reproducido en numerosas sentencias posteriores⁴⁵. Se parte de la premisa que la carretera objeto de la mejora existía con anterioridad, y sobre esa base, no cabe afirmar que sea algo fuera de lo común que las Administraciones procuren mejorar sus propias infraestructuras, y tampoco debe considerarse imprevisible o fuera de lo normal que la mejora consista en desdoblamiento de las calzadas, dado que esta práctica se realiza desde hace años en distintas vías o tramos de vías⁴⁶.

esto, en su fondo, los acuerdos del Gobierno español sobre subida de precios del petróleo y derivados no constituyen actos libres de imperio sino condicionados por exigencias de la realidad económica mundial, lo que impide apreciar un supuesto de *factum principis*.

⁴⁵ Vid. STS de 19 de diciembre de 2011, nº recurso 159/2010, contra la desestimación presunta de la reclamación formulada en compensación por las fugas de tráfico de la autopista AP-6, generadas por la puesta en servicio de la autopista de peaje Villacastín-Ávila, la STS 28 de enero de 2015, nº recurso 449/2012, relativa a contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud dirigida al Consejo de Ministros respecto el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de la que era titular en virtud de la adjudicación relativa a la construcción, conservación y explotación de los tramos M-40 (Arganda del Rey), de la autopista de peaje R-3 de Madrid a Arganda del Rey, de la M-40 Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5 de Madrid a Navalcarnero y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409, o bien la STS 2125/2016 contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2 de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50, entre otras.

⁴⁶ Concluye el Tribunal Supremo, en la misma STS de 19 de diciembre de 2011, nº recurso 159/2010, en su FJ 5º que, “no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de

En todos estos casos, la realidad que se ha venido repitiendo en la práctica advierte que cuando la Administración ha realizado mejoras, dentro de los parámetros razonables en cuanto a criterios de funcionalidad de sus vías, los tribunales han interpretado que esa práctica de mejora entra dentro del ámbito del riesgo y ventura del concesionario.

En este contexto, los tribunales de justicia entienden que la mejora de las vías públicas es algo probable o fácilmente analizable por parte del concesionario en el momento de la presentación de la oferta de adjudicación de la concesión.

4.2.3. *Riesgo Imprevisible*

Finalmente, el último supuesto de obligación de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por parte de la Administración no se encontraba previsto en el TRLCSP, y con la nueva regulación de la Ley 9/2017, se ha optado por no darle encaje normativo en el artículo 270⁴⁷. Por definición, el riesgo imprevisible integra aquellos acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes, pero que afectan a la viabilidad del contrato. Se refiere a situaciones que implican cambios profundos, que son imprevisibles en el momento de la contratación, y que provocan una subversión de facto, en la base del negocio hasta el punto de hacerlo gravosamente oneroso o, inviable económicamente⁴⁸.

A pesar de no estar regulada, la figura del riesgo imprevisible no puede excluirse del ámbito de la contratación administrativa. Tal y como se ha expuesto anteriormente, el concesionario no puede verse abandonado a su suerte, y en este sentido, existe la necesidad de que la Administración intervenga cuando acontezcan dichas situaciones, en aras de reducir la excesiva onerosidad para el contratista, y así poder asegurar la continuidad de los servicios públicos.

El Consejo de Estado se pronunció al respecto en el Dictamen 560/1997. El órgano consultivo declaró que, a pesar de que la regla general en la contratación consiste en que el contratista es el que debe asumir las consecuencias que se derivan de los riesgos de la concesión, en determinados casos la Administración deberá cooperar a efectos de restablecer el equilibrio de la relación contractual, incluso en aquellos casos en los que la propia

mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km".

⁴⁷ Vid. GIMENO FELIU, J.M. (2017) 'La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 7-30. Disponible en

<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10493&path%5B%5D=11178>>. Añade el ponente que "Por otra parte, al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible".

⁴⁸ Vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2009) *Principios de derecho administrativo general. Tomo I*. Universidad Complutense de Madrid: Lustel

Administración haya llevado a cabo algún tipo de medida, y ésta resulte insuficiente para revertir la situación desfavorable⁴⁹.

A pesar de consagrar la aplicabilidad de la doctrina del riesgo imprevisible en el seno del reequilibrio económico de los contratos, también afirma que dicha doctrina debe aplicarse siguiendo una serie de cautelas, dado que, de lo contrario, se convertiría en una vía de escape general, desvirtuando en todo caso el principio de riesgo y ventura de los contratos administrativos⁵⁰.

Concluye el Consejo de Estado afirmando que, si bien la alteración de las circunstancias puede dar lugar a una revisión del contenido de las prestaciones del contrato, la alteración en todo caso debe ser imprevisible y debe ser lo suficientemente importante como para romper el equilibrio económico del contrato⁵¹. Este punto resulta de especial importancia, dado que no es suficiente que se dé un escenario imprevisible y desfavorable. La situación imprevisible debe tener una entidad suficiente como para producir un cambio sustancial en las condiciones de base del negocio. Sobre la base anterior, el Consejo de Estado se pronunció en el Dictamen 2298/2010, señalando que la onerosidad, aparte de obedecer a una causa imprevisible, debe ser susceptible de romper el equilibrio económico del contrato. En este caso, será procedente aplicar la teoría del riesgo imprevisible para compensar al contratista como consecuencia de la alteración económica imprevisible⁵².

Debe tenerse en cuenta que parte de la doctrina ha considerado que la teoría del riesgo imprevisible tiene una base peligrosa, cuya admisión debe tratarse con suma cautela, y en general, el fundamento que motive su aplicación debe limitarse a una alteración extraordinaria de las circunstancias.

Con relación a la excesiva onerosidad que debe observarse y la relevancia de la incidencia imprevisible en el contrato, es de suma importancia traer a colación las conclusiones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio

⁴⁹ El Consejo de Estado (1997) en el *Dictamen 560/1997 (Fomento)*, Boletín Oficial del Estado, establece que *"la regla esencial en la contratación administrativa consiste en que el contratista asuma las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos en que el Ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso de la fuerza mayor, o de la revisión de precios y de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Estima este Consejo de Estado que cuando la revisión de precios deviene ineficaz debido a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios, ajenos a la voluntad de las partes contratantes, que, a su vez, suponen una ruptura de la ecuación financiera del contrato, nada impide que pueda resultar aplicable la denominada "doctrina de la imprevisión"*

⁵⁰ El Consejo de Estado, en el citado Dictamen, añade que *"La aplicación de la "doctrina de la imprevisión", exige, por su misma naturaleza, de cautelas especiales. En otro caso, se desvirtuaría su esencia, convirtiéndola en una cláusula general no escrita, pero aplicable en todo caso a todo contrato a modo de una "conditio sine causa generalis". Esta consecuencia pugnaría, además, con la regla del riesgo y ventura propia de los contratos administrativos, así como con la misma razón de ser de la doctrina de la imprevisión, que no es otra sino la de evitar conclusiones radicalmente injustas que se pudieran seguir de una aplicación literalista de la Ley, o de las cláusulas contractuales, que vienen a ser Ley entre las partes contratantes, según resulta de los términos del artículo 1.091 del Código Civil"*.

⁵¹ Concluye el Consejo de Estado que *"si bien la alteración unilateral de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión puede dar lugar a la revisión del contenido de las prestaciones contractuales, sin ruptura del vínculo contractual, se exigiría que la alteración fuera imprevisible y sea lo suficientemente importante para romper el equilibrio económico-financiero del contrato, esto es, que surjan obligaciones extraordinariamente onerosas como consecuencia de una alteración económica del contrato"*

⁵² El Consejo de Estado (2010) en el *Dictamen 2298/2010 (Fomento)*, Boletín Oficial del Estado, señala que *"Debe tratarse de una onerosidad tal que, aparte de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual. De esta forma, bajo la llamada teoría de la imprevisión es posible y debido compensar económicamente al contratista para el que surgen obligaciones extraordinariamente onerosas como consecuencia de una imprevista alteración económica del contrato"*.

de 2014⁵³. La excesiva onerosidad que opera en estos casos debe resultar determinante, tanto para la frustración de la finalidad del contrato, como cuando representa una alteración significativa en la equivalencia de contraprestaciones entre las partes. La onerosidad puede manifestarse, bien en un incremento del coste de la prestación o bien en una disminución del valor de la contraprestación recibida y en este sentido, el Tribunal sostiene que la base económica del contrato constituye el parámetro de relevancia del cambio de las circunstancias, de forma que la actividad económica debe ser tenida en cuenta en todo caso. Por otro lado, el Tribunal entiende que la excesiva onerosidad por el cambio generado por las circunstancias imprevisibles debe llevar a un resultado de pérdidas o desaparición completa de márgenes de beneficio.

En este sentido, podría llegar a argumentarse que, en el plano de las concesiones de autopistas, la crisis económica, entendida como un evento imprevisible, repercutió de forma negativa en el comportamiento de la demanda, dado que la toma de decisión por parte de los usuarios cambió, priorizando el uso de las vías gratuitas, cuyo resultado fue la disminución de la contraprestación recibida, así como un resultado de pérdidas o una desaparición total de los márgenes. Sin embargo, en determinadas ocasiones los tribunales de justicia no han optado por esa interpretación. Sin ir más lejos, la STS de 4 de febrero de 2014 (nº recurso 486/2011), afirma que el contexto socioeconómico que incide sobre la vida del contrato constituye un *alea* imprevisible, pero considera que las crisis económicas, aunque no puede conocerse con precisión el momento en el que se producen, no pueden resultar inesperadas pues responden a la cadencia imparable de los ciclos económicos⁵⁴.

En este sentido, SANZ GANDASEGUI señala lo siguiente:

“el riesgo y ventura del contrato concesional exige que el concesionario dependa de los ingresos que han de abonar los usuarios de la infraestructura, de forma que la rentabilidad está sujeta al nivel de frecuentación de la vía. En este escenario, las autopistas creadas entre 1996 y 2006 deben enfrentarse a una situación en la que los niveles de tráfico esperados no han respondido al cálculo inicial, de forma que los ingresos derivados de los peajes se han desplomado, y el concesionario tiene una doble carga: recuperar la inversión realizada y cubrir los costes de servicio⁵⁵”

Con todo lo anterior, debe afirmarse que el modelo de concesión español adolece de un problema gravísimo, como es la falta de previsión y de estudio de

⁵³ STS de 30 de junio de 2014, recurso núm. 2250/2012.

⁵⁴ La STS de 4 de febrero de 2014, nº recurso 486/2011 establece que *“Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas, así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa, sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada, aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción. Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo”*.

⁵⁵ Tomo la cita de DOMINGUEZ, J.A. (2015) *‘Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje.’* Revista Aranzadi [en línea] (8), 14.

las estimaciones de tráfico y otras variables económicas, tanto por parte de las sociedades como de la propia Administración.

4.3. MEDIDAS DIRIGIDAS A PROTEGER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO

En un contexto de riesgos como los que sufre el concesionario a la hora de abordar la construcción y la explotación de una autopista, es necesario que se articulen una serie de medidas que tengan como finalidad proteger o atemperar las consecuencias derivadas de dicha situación. Estas medidas deben ir dirigidas a garantizar la rentabilidad económica de la explotación, y el reequilibrio económico-financiero.

Se debe partir de la base que las obras deben financiarse, de forma total o parcial, por parte del concesionario, que asumirá el riesgo de la inversión⁵⁶. Por otro lado, se le otorga al concesionario la facultad para poder percibir una retribución por la utilización de la obra. Si bien, se atribuye la potestad de fijación al órgano de contratación, las tarifas establecidas tendrán carácter de máximas, de forma que el concesionario tendrá capacidad para aplicar tarifas inferiores⁵⁷. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la ley concede al concesionario la capacidad de percibir ingresos por la explotación de la zona comercial que queda vinculada a la concesión.

En relación con lo anterior, la Ley 8/1972, a su vez, atribuye al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Fomento, la potestad para modificar, por razón de interés público, las características de los servicios y las tarifas que deben ser abonadas, con un informe previo del Ministerio de Hacienda, cuando las modificaciones afecten al régimen económico-financiero de la concesión.

En aras de garantizar el equilibrio económico, el artículo 270.3 de la Ley 9/2017 recoge una serie de medidas. En primer lugar, el propio artículo permite la adopción de medidas que en su caso procedan, de forma que el artículo no se convierte en un elenco tasado de medidas a adoptar. Adicionalmente, señala que las medidas pueden consistir en la modificación de tarifas⁵⁸, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y en general, cualquier modificación en las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

⁵⁶ Vid. Artículo 265 de la Ley 9/2017.

⁵⁷ Vid. Artículo 267.2 de la Ley 9/2017.

⁵⁸ De forma particular, el artículo 24 de la Ley 8/1972, dispone que *“El Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, podrá modificar, por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, con informe previo del de Hacienda si las modificaciones afectan al régimen económico-financiero de la concesión”*

A continuación, incorpora una medida específica, únicamente aplicable cuando las causas de ruptura del equilibrio económico se debieran a causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión⁵⁹, y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50% de tarifas abonadas por usuarios. En caso de darse estos supuestos, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un periodo que no exceda el 15% de la duración inicial⁶⁰.

En este sentido, es importante determinar el plazo de duración de la concesión. La Ley 9/2017 delimita claramente la duración de los contratos con la finalidad de determinar la asunción de riesgos, a diferencia de la regulación del antiguo TRLCSP, que únicamente definía plazos máximos como tal.

Tal y como indica GIMENO FELIU, el plazo de las concesiones queda vinculado al plazo de retorno de las inversiones, y los plazos máximos que ofrece el artículo 29 de la Ley 9/2017 no son de directa aplicación. El plazo se concibe como un elemento esencial, que en todo caso debe ajustarse al reparto de los riesgos⁶¹.

En el mismo sentido se pronuncia HUERGO LORA, que señala que los plazos de las concesiones no pueden fijarse sin más en el máximo, ya que los plazos máximos son únicamente un límite que no se puede superar. El plazo concreto deberá ser aquel que se calcule razonablemente para que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para la explotación de obras y servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido⁶².

Respecto la prórroga del plazo de las concesiones de autopistas, en un principio estaba regulado en la Ley 8/1972, concretamente en el artículo 25 bis, el cual quedó derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 13/2003⁶³. A pesar de ello, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales,

⁵⁹ Vid. Artículo 270.2 b) de la Ley 9/2017.

⁶⁰ Señala FERNANDEZ, J.F. (2014) 'Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos'. Revista española de Derecho Administrativo [en línea] (163/2014) que "Resulta, pues, elogiable el cambio legislativo operado al respecto, frente a la legislación anterior, debiendo, además significarse que la posibilidad de ampliar el plazo concesional de acuerdo con ciertos límites, queda circunscrita a los supuestos excepcionales de fuerza mayor o al denominado *factum principis*, en los que la circunstancia que da origen a la alteración del equilibrio económico contractual es ajena a las partes que directamente intervienen en el negocio concesional (órgano concedente y concesionario). Queda, así, excluida su aplicación a los supuestos de *ius variandi* y a las circunstancias previstas en el propio contrato para su modificación".

⁶¹ Vid. GIMENO FELIU, J.M. (2017) 'La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 7-30. Disponible en >

⁶² Vid. HUERGO LORA, A. (2017) 'El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 31-51. Disponible en <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10494&path%5B%5D=11184>>.

⁶³ La disposición derogatoria única de la Ley 13/2003, dispone que "Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en esta ley, y, en especial b) Los artículos 4.2; 5; 6; 7; 13; 16.1; 25.2, 25 bis; 26; 30; 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión".

Administrativas y del Orden Social (en adelante, “**Ley 66/1997**”) dio un nuevo redactado al artículo 25 bis, de forma que se dispone lo siguiente:

“La compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación previstos en los artículos 24 y 25 de esta Ley, ya se produzcan a iniciativa de la Administración o de la sociedad concesionaria, podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión, en cuyo caso se podrán mantener los beneficios otorgados al concesionario por toda la extensión del plazo ampliado y, en todo caso, con el límite máximo establecido en el artículo 30.1”.

Se debe recordar que los supuestos a los que se refiere este artículo son los relativos a la modificación de las características de los servicios contratados y las tarifas que deben ser abonadas por los usuarios⁶⁴, modificación de las condiciones particulares a las que debe sujetarse la ampliación de la infraestructura por resultar insuficiente para la prestación del servicio⁶⁵, y la ampliación del número de carriles de las calzadas para mejorar la prestación del servicio o mejorar el sistema de comunicaciones del corredor que esté afectado⁶⁶. En todo caso, el plazo ampliado deberá sujetarse al límite establecido en el artículo 157 de la Ley 13/1996, que modifica el artículo 30.1 de la Ley 8/1972, actualmente derogado. Establece que el plazo de la concesión de las autopistas, incluidas sus ulteriores prórrogas, en ningún caso podrá superar los 75 años.

A la luz de lo anterior, la STS 4719/2001 de 30 de abril despeja los interrogantes que pudieran surgir respecto la prórroga de la concesión de las autopistas. En este punto, la recurrente hace referencia a que las prórrogas sucesivas del plazo de duración de la concesión constituyen un fraude a la legislación específica sobre la concesión de autopistas. La Sala argumenta que su legalidad no ofrece duda al amparo de los límites normativos que se desprenden de la Ley 8/1972 con las modificaciones establecidas en la Ley 13/1996 y en la Ley 66/1997⁶⁷. Asimismo, concluye que la ampliación del plazo es un verdadero mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-

⁶⁴ Vid. Artículo 24 de la Ley 8/1972.

⁶⁵ Vid. Artículo 25.1 de la Ley 8/1972.

⁶⁶ Vid. Artículo 25.1 segundo párrafo de la Ley 8/1972.

⁶⁷ Señala el Tribunal que “su legalidad no ofrece duda al amparo de lo dispuesto en los artículos 25 y 25 bis, en relación con el artículo 30.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, en la redacción que le dieron las Leyes 13/1996 y 66/1997, y en cuyo artículo 25 bis se establece que “la compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación previstos en los artículos 24 y 25 de esta Ley, ya se produzcan a iniciativa de la Administración o de la Sociedad concesionaria, podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión, en cuyo caso se podrán mantener los beneficios otorgados al concesionario por toda la extensión del plazo ampliado y, en todo caso, con el límite máximo establecido en el artículo 30.1”.

financiero de la concesión, que puede ser utilizado tanto en las modificaciones previstas en el artículo 24, como las incluidas en el artículo 25 de la Ley 8/1972⁶⁸.

Dejando de lado la ampliación del plazo de concesión, entre las medidas más recientes aplicadas para restablecer el equilibrio económico financiero de las autopistas por contingencias relativas al descenso del tráfico y los incrementos de costes, es preciso destacar la cuenta de compensación creada por la disposición adicional octava de la Ley 43/2010 de servicio postal universal (en adelante, “**Ley 43/2010**”). La citada disposición adicional incorporó medidas adicionales y complementarias a las dispuestas en la disposición adicional cuadragésimo-primeras de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (en adelante, “**Ley 26/2009**”), que articulaba la concesión de préstamos participativos a determinadas sociedades concesionarias.

El punto de partida, tal y como señala RIDAO MARTIN, es que el sector de las concesionarias de autopistas en España arrastra, desde la segunda mitad de la primera década del siglo XXI, dos grandes problemáticas concretas alrededor de algunas concesiones. Una de estas problemáticas viene provocada por una decena de contratos de autovías de 2007, que tenían, además de algunos defectos en la estimación del riesgo de demanda, un problema de financiación⁶⁹.

En relación con los déficits de viabilidad de algunas autopistas de peaje, la solución adoptada por la Administración para garantizar la continuidad de la prestación de servicios adoptó forma de una garantía de ingresos. Mediante la creación de la cuenta de compensación, se compensa temporalmente, con cargo a los presupuestos del Estado, la diferencia entre los ingresos del peaje recaudados durante el año anterior por las sociedades concesionarias y los que se hubiesen generado de haberse alcanzado el 80% del tráfico previsto en el plan económico-financiero presentado en la oferta de licitación⁷⁰.

Hasta el presente año 2018, la sociedad concesionaria deberá consignar, en la cuenta de compensación, la diferencia señalada en el párrafo anterior. Esta cantidad no podrá superar el 49% del importe resultante de sumar a los ingresos anuales de peaje de la concesión la cantidad a consignar y por lo que restare

⁶⁸ Añade el Tribunal que “de donde claramente se deduce que la posibilidad de prorrogar la concesión es un mecanismo de compensación que puede ser utilizado tanto en las modificaciones previstas en el artículo 24 como en las incluidas en el artículo 25 de la citada Ley 8/1972, porque así se establece de forma expresa, y, por tanto, la restricción que pretende la recurrente respecto de que esas prórrogas del plazo de la concesión sólo pueden fundamentarse en la inversión en la ampliación de las autopistas, esto es, en la ampliación de infraestructuras, carece de fundamento por cuanto la ampliación del plazo concesional puede utilizarse como técnica de mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, tanto en el supuesto de ampliación como en cualesquiera otros supuestos de modificación concesional del artículo 24 de la propia Ley”.

⁶⁹ Vid. RIDAO MARTIN, J. y GARCIA, A. (2013) ‘La financiación de la colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de interés público en España. Marco actual y propuestas de revisión (parte I)’ *La administración al día*. [en línea] 2. Disponible en < <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1111044>>

⁷⁰ Vid. RIDAO MARTIN, J. y GARCIA, A. (2013) ‘La financiación de la colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de interés público en España. Marco actual y propuestas de revisión (parte I)’ *La administración al día*. [en línea] 6. Disponible en < <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1111044>>

hasta alcanzar el 80 por 100 del tráfico previsto en el plan económico-financiero presentado en la oferta de licitación por dicha sociedad y los ingresos de peaje reales.

Adicionalmente, las sociedades que puedan acogerse a la cuenta de compensación podrán solicitar dentro de los cuatro primeros meses de cada ejercicio, un préstamo participativo al Ministerio de Fomento.

La posibilidad de adoptar medidas para reconducir el desequilibrio originado no ha sido suficiente para revertir la situación en la que muchas sociedades concesionarias se han encontrado. En esa misma línea, DOMÍNGUEZ señala que:

“el conjunto de medidas que se han desarrollado en el presente apartado no ha conseguido conjurar la difícil situación económica que atravesaban las concesionarias, hasta el punto de que prácticamente un gran número de ellas se encuentran en situación de concurso⁷¹.”

⁷¹ Vid. DOMINGUEZ, J.A. (2015) ‘Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje.’ *Revista Aranzadi* [en línea] (8), 14.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE AUTOPISTAS

5.1. STS 16 DE MAYO DE 2011 (recurso nº 566/2008)

En el presente recurso, la sociedad Autopista Madrid-Toledo Concesionaria Española de Autopistas, S.A (en adelante, “**AMT**”), pretende que se anule la desestimación por silencio de sus solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico financiero de su concesión.

El Consejo de Ministros, mediante el Real Decreto 281/2004, adjudicó a la sociedad recurrente la concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Peaje Madrid-Toledo y de la Autovía Libre de Peaje A-40 de Castilla la Mancha tramo Circunvalación Norte de Toledo. A su vez, el Ministerio de Fomento aprobó el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por medio de Orden. La sociedad recurrente presentó oferta el 6 de noviembre de 2003, mismo día en que vencía el plazo para hacerlo.

La concesión tenía una vida de treinta y seis años, y la autopista entró en servicio en diciembre de 2006. A su vez, en mayo de 2007 entró en servicio el tramo M-506 a M-404, de la carretera autonómica madrileña M-407. Se trata de un tramo de autovía de 11 kilómetros, que discurre en paralelo a la autopista objeto de la concesión. Debe tenerse en cuenta que, con anterioridad a la presentación de ofertas para la adjudicación de la concesión, ya se había previsto la mejora de la carretera M-407, que, en ese momento, era de una sola calzada en cada dirección.

Por otro lado, el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007, presentado por el Ministerio de Fomento en el año 2000, incluía la construcción de una autopista entre las ciudades de Toledo y Córdoba, pasando por el núcleo de Ciudad Real. Dicho proyecto quedó sometido a la declaración de impacto ambiental de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático, que concluyó que el citado proyecto era incompatible con el medio ambiente.

AMT sostiene que, las dos circunstancias en las que se fundamenta la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión eran imprevisibles en el momento en que se presentó la oferta, y han impedido que se realicen dos de las principales funciones asignadas a la autopista: constituirse como el primer tramo del corredor a Andalucía, erigiéndose como una alternativa más rápida a la que pasa por el Puerto de Despeñaperros; y servir de alternativa expeditiva para unir Madrid con Toledo y los municipios del Sur de la Comunidad de Madrid.

Según la recurrente, al no haberse construido la autopista Toledo-Córdoba, la autopista Madrid-Toledo se ha visto privada del tráfico que aportaría a dicha infraestructura, y por otro lado, el desdoblamiento de la M-407 le ha

afectado en gran medida, pues le ha privado de tráfico en sus tramos iniciales, de forma que en este punto, ni sirve para acceder a Andalucía por una vía más corta, ni absorbe el tráfico al Sur de Madrid, ya que existen alternativas más económicas actualmente.

En las condiciones expuestas anteriormente, concluye la recurrente que la concesión es económicamente inviable, puesto que no conseguiría en ninguno de los treinta y seis años de vida hacer frente al servicio de la deuda. En consecuencia, de no acogerse sus pretensiones, AMT se vería abocada al concurso de acreedores con la consiguiente liquidación de la concesión.

La recurrente justifica su pretensión de restablecimiento del equilibrio económico-financiero con argumentos jurídicos que descansan sobre la premisa de que tanto el desdoblamiento de la M-407 como la falta de construcción del corredor a Andalucía son hechos imprevisibles que quedan fuera del riesgo y ventura que el concesionario debe soportar. Por un lado, AMT no tuvo noticia del desdoblamiento en los planes publicados en el momento de la presentación de la oferta, y en cambio, figuraba la futura construcción del corredor en el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007. Por esa razón, AMT consideró en su oferta el tráfico que dicha infraestructura aportaría, y de haberlo sabido la oferta presentada hubiera sido muy distinta.

AMT mantiene que el carácter extraordinario e imprevisible de los hechos altera los extremos del negocio jurídico, y genera la obligación de resarcimiento de la Administración, aduciendo la cláusula *rebus sic stantibus* o de alteración de las circunstancias, así como el *factum principis* que se desprende, tanto del desdoblamiento de la M-407, a pesar de que fuera decisión de la Comunidad de Madrid, en virtud del principio constitucional de coordinación y consideración de las carreteras como una red por la cual la Ley de Carreteras del Estado obliga a las Administraciones a coordinarse entre sí, como de la falta de construcción de la Autopista Toledo-Córdoba.

Asimismo, constata que desde los principios generales de seguridad jurídica y confianza legítima y buena fe, se llega necesariamente a la procedencia de acoger sus pretensiones.

El Abogado del Estado niega que fuera un hecho reconocido e imprevisible el desdoblamiento de la M-407, ya que asume que AMT pudo conocerlo, dado que se publicó en la prensa antes del vencimiento del plazo de presentación de ofertas, figuraba en el programa electoral de un determinado partido político en las elecciones autonómicas de 2003, y se trataba de una decisión tomada a partir de las alegaciones que se presentaron en un trámite de información público del Estudio Informativo de esa carretera, que tuvo lugar en 2001.

Por otro lado, se reivindica el derecho de las Administraciones Públicas a mejorar las carreteras, y se niega que esto constituya una actividad imprevisible.

Respecto el nuevo corredor a Andalucía, el Abogado señala que el procedimiento de construcción es algo muy complejo y que, en este caso

particular, el Estudio Informativo se sometió a declaración de impacto ambiental, que fue negativa. A pesar de ello, sostiene que el hecho que en ese mismo momento no se hubiera construido el corredor, no significa que no se haga en vida de la concesión, y sobre esa base, rechaza que se pueda calcular un perjuicio económico para toda la vida de la concesión. En este mismo punto, niega que tuviera presente el tráfico que aportaría ese nuevo corredor en aras de establecer el régimen económico financiero y, en todo caso, la entrada en servicio del corredor es un evento hipotético y futuro que entra dentro del concepto “riesgo y ventura” a asumir por el concesionario.

Por ello, rechaza que los dos hechos apuntados por el recurrente sean imprevisibles y extraordinarios. También rechaza que se alterara la base del negocio jurídico y que la situación sea constitutiva de *factum principis*, dado que la apertura de nuevas carreteras no genera obligación alguna para la Administración concedente, ya que la construcción de nuevas y la ampliación y mejora de las existentes es una necesidad constante en el tiempo.

La Sala de lo contencioso-Administrativo de la Sección 7ª del Tribunal Supremo comienza por examinar la pretensión relativa al desdoblamiento de la M-407, afirmando que su entrada en funcionamiento ha restado tráfico a la autopista Madrid-Toledo. A pesar de ello, para el Tribunal, la cuestión principal es determinar si se trata de un hecho imprevisible que, por alterar sustancialmente las condiciones en que se estableció la concesión, genera el derecho de restablecimiento del equilibrio económico financiero en favor de AMT.

Para la Sala, dicha respuesta debe ser negativa. La carretera M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión, y era conocida que estaba prevista su mejora por constar así en los planes publicados con anterioridad. Afirma, por otro lado, que no puede considerarse algo fuera de lo normal que las Administraciones actúen para mejorar las infraestructuras, en este caso, las carreteras. Es más, es responsabilidad hacerlo para aumentar las condiciones de seguridad y agilidad en beneficio de los ciudadanos.

La decisión se tomó por la Comunidad de Madrid después del periodo de información pública de su Estudio Informativo de abril y mayo de 2001, y a pesar de que la presentación pública del proyecto de desdoblamiento se presentó en enero de 2004, semanas después de la finalización del plazo para presentar ofertas para la adjudicación de la concesión de la autopista Madrid-Toledo, es difícil argumentar que dicho proyecto no fuera conocido en el sector.

Respecto la falta de construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, la conclusión a la que llega el tribunal es distinta que la anterior. No se discute que estuviera prevista su construcción, pero en todo caso, tampoco se discute que en la documentación que se presentó por la Administración se contemplara la autopista Madrid-Toledo como el primer tramo del corredor a Andalucía. Por ello, la Sala entiende que la cuestión principal a resolver es la de si la inclusión de esta vía en el Plan Estratégico de Infraestructuras 2000-2007 y las actuaciones del Ministerio de Fomento anteriores a la convocatoria de

concurso para la adjudicación de la concesión de la autopista Madrid-Toledo conducen a excluir que la falta de construcción de la autopista Toledo-Córdoba sea un hecho extraordinario o imprevisible del que no debe responder el concesionario o si, se trata de un acontecimiento incluido en el riesgo y ventura que debe soportar AMT.

A criterio de la Sala, la entrada en servicio de la nueva autopista a Andalucía tenía un peso fundamental en el planteamiento de la autopista Madrid-Toledo. Con esta premisa, es evidente que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión, ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros.

Por otro lado, la declaración de impacto ambiental negativa en nada afecta a que se tratara de una infraestructura cuya realización podía ser previsible en 2003, que es cuando se convoca el concurso de la autopista Madrid-Toledo.

Entiende la Sala que el proyecto era, en el momento de la presentación de las ofertas para la adjudicación de la autopista Madrid-Toledo algo más que un evento hipotético y futuro.

Pues bien, tras la argumentación anterior, la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo procedió a estimar en parte el recurso, acogiendo únicamente las pretensiones vinculadas a la inexistencia de la autopista prevista para enlazar Toledo y Ciudad Real con Córdoba, y no las relativas al desdoblamiento de la M-407.

5.2. STS 28 DE ENERO DE 2015 (recurso nº 449/2012)

El proceso que se detalla a continuación fue iniciado por la sociedad "ACCESOS DE MADRID, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD ANÓNIMA (en adelante "**AMSA**)", mediante un recurso contencioso-administrativo que se dirige contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud dirigida al Consejo de Ministros respecto el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de la que era titular en virtud de la adjudicación relativa a la construcción, conservación y explotación de los tramos M-40 (Arganda del Rey), de la autopista de peaje R-3 de Madrid a Arganda del Rey, de la M-40 Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5 de Madrid a Navalcarnero y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409.

El citado escrito dirigido al Consejo de Ministros manifestó que se había producido un desequilibrio en la base económico-financiera de la concesión, como consecuencia de la concurrencia de un seguido de circunstancias imprevisibles, respecto el tráfico que circulaba por las vías objeto de peaje incluidas en la concesión, situación que determinaba la inviabilidad de la concesión.

El escrito al que se ha hecho referencia en el apartado precedente se puede resumir en los siguientes puntos:

De forma preliminar, la recurrente señala que la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión se encuentra en la concurrencia de circunstancias imprevisibles y ajenas a la actuación de la sociedad, determinantes de que el tráfico real que circula en las vías objeto de la concesión sea muy inferior a la prevista en la oferta de adjudicación.

A continuación, la sociedad recurrente enumera los hechos que han tenido trascendencia en el caso particular. En primer lugar, señala que la convocatoria de la licitación se hizo sobre las bases de unas estimaciones y valoraciones dirigidas a garantizar la viabilidad de la concesión. Sobre ese presupuesto, se debe destacar que la principal finalidad y preocupación del proceso de licitación es que la explotación sea viable.

La oferta de los licitadores se formuló sobre la base de ese presupuesto, y una vez adjudicada, diversas circunstancias han afectado la viabilidad de la concesión. Particularmente, debe destacarse el gran desfase entre el tráfico que se había previsto en el Plan económico financiero y el tráfico que se ha evidenciado entre 2004 y 2011, que en ningún momento ha superado el 50% del tráfico previsto. Esa brecha desproporcionada determina, según la recurrente, la imposibilidad de que se pueda asumir la correcta prestación del servicio y el cumplimiento de las obligaciones.

La recurrente entiende que, si bien el principio de riesgo y ventura se desenvuelve en el alea normal del contrato, este ha de aplicarse conjuntamente con el principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión durante toda la vida de la misma.

La viabilidad de la explotación de la obra es el presupuesto esencial de la licitación de la concesión, y esa viabilidad exige que el tráfico que pueda circular por vía de peaje tenga una dimensión suficiente que permita el desarrollo normal de la actividad. Ese presupuesto, encuentra cobijo legal en el artículo 6 de la Ley 8/1972, que destaca la necesidad de que la Administración apruebe el anteproyecto y el Pliego de documentos, sobre los cuales se asienta dicha viabilidad.

Por otro lado, a pesar de que el escrito destaca otras circunstancias que han afectado la viabilidad económica, como son el sobrecoste generado por la realización de obras adicionales y los sobrecostes derivados de expropiaciones superiores a las estimadas, el principal motivo desequilibrante descansa sobre la base de la diferencia entre el tráfico previsto y el tráfico real. La recurrente, por otro lado, confirmó que la Administración ha pretendido resolver la ruptura del equilibrio económico derivado de los sobrecostes enumerados previamente, pero no ha adoptado medidas en relación con las diferencias de tráfico.

La recurrente basa su argumentación jurídica en el análisis de los principios de riesgo y ventura y de equilibrio económico financiero en las concesiones de autopistas. En particular, afirma que la necesidad de

restablecimiento del equilibrio económico de la concesión opera en cualquier alteración de la situación financiera que sea perjudicial para el concesionario y en ningún caso sea imputable a su actuación dentro del principio de riesgo y ventura.

Teniendo en cuenta las situaciones que operan como excepción al principio de riesgo y ventura como son el *ius variandi*, el *factum principis* y la teoría del riesgo imprevisible, la recurrente enumera los requisitos que deben observarse para que pueda ser apreciada la concurrencia de riesgo imprevisible. En este contexto, afirma que la excepcional y relevante diferencia entre las previsiones de tráfico e ingresos contenidas en el plan económico financiero y los tráficos e ingresos reales es una circunstancia imprevista por la concesionaria, susceptible de cumplir los requisitos jurisprudenciales para ser considerada excepción al principio de riesgo y ventura del concesionario, dado que, además de la imprevisibilidad, es una circunstancia que provoca una ruptura al equilibrio contractual, se ha producido sin culpa del concesionario, y no existía cláusula en el contrato que permitía remediar dicha situación.

Finalmente, el último argumento del escrito de la recurrente descansa en las medidas a adoptar por la Administración para proceder al restablecimiento del equilibrio económico-financiero. La recurrente se apoya en el artículo 248.3 del TRLCAP para desarrollar su argumento. El citado artículo que señala que

“el restablecimiento de equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan”.

En concreto, estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263 y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”.

En este contexto, afirma que los mecanismos o técnicas posibles para restablecer el equilibrio en el ámbito específico de las autopistas pueden clasificarse en diferentes tipos de medidas como la compensación en metálico de modo directo, la revisión de precios y tarifas, las subvenciones o beneficios fiscales, la ampliación del plazo de la concesión y finalmente, la modificación de cualquier cláusula del contrato que tenga contenido económico.

El Abogado del Estado afirma que hay una legislación especial que ha regulado medidas concretas que resultan aplicables con relación a la disminución del tráfico de las autopistas y que, con base en ese carácter especial, le corresponde una aplicación preferente respecto las normas generales que regulan la contratación de las Administraciones Públicas.

Señala que las únicas medidas procedentes según la legislación especial son, primero, las previstas en las disposiciones adicionales 41ª y 42ª de la Ley 26/2009, la modificación de la concesión acordada por el Real Decreto 1770/2010; las medidas adicionales y complementarias a las definidas en la

citada Ley 26/2009, reguladas en la disposición final octava de la Ley 43/2010, que consiste en el establecimiento de una cuenta de compensación en las sociedades concesionarias de autopistas dependientes de la Administración General del Estado, la regulada en la disposición final décimo quinta de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, que consiste, bien en la ampliación de la cuenta de compensación, bien en prorrogar el periodo de vigencia de la cuenta de compensación hasta 2021 o bien en modificar los términos legalmente previstos del plazo de las concesiones; y finalmente, la establecida en la disposición final vigésimo primera de la Ley 17/2012 de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

Por otro lado, y de forma complementaria a la afirmación precedente, el Abogado del Estado afirma que la recurrente no puede pretender un reequilibrio para la específica disminución del tráfico mediante la concesión de unas medidas que sean distintas a las que se han señalado con anterioridad, dado que la normativa general debe ceder frente la especial.

El Tribunal Supremo, en su respuesta, procede a determinar si la disminución del tráfico al que se ha hecho referencia en los apartados anteriores es un hecho que requiere la modificación del contrato administrativo en los términos que la actora reclama, para evitar el perjuicio que ha experimentado la sociedad recurrente.

En primer lugar, el tribunal afirma que la norma general que rige en el ordenamiento jurídico respecto la contratación privada y la administrativa es la invariabilidad de las cláusulas y la eficacia vinculante del contrato (*pacta sunt servanda*).

Por otro lado, la Sala señala que la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por ley el principio de riesgo y ventura del contratista. La aleatoriedad señalada debe interpretarse como que la frustración de las expectativas que el contratista tuvo en consideración para dar su consentimiento en el momento inicial no le libera de cumplir lo estrictamente pactado.

El ordenamiento jurídico español ha establecido unas tasadas excepciones a la aleatoriedad de los contratos administrativos, que actúan en caso de ruptura del equilibrio económico de la concesión. Estas excepciones se activan por causas imputables a la Administración (*ius variandi o factum principis*) o por hechos que se consideran externos al normal desenvolvimiento del contrato, y son reconducidos a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. La regulación de estos supuestos tasados está presente en las principales normas de aplicación a la contratación pública, como la Ley 13/2003 o la Ley 9/2017.

Añade el tribunal que el reequilibrio únicamente procede cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares de restablecimiento.

Como se desprende de las pretensiones de la parte actora, esta considera insuficientes las medidas específicas que se regulan en las leyes especiales como la Ley 26/2009, la Ley 43/2010, la Ley 2/2012 y la Ley 17/2012, y pretende sostener que la disminución del tráfico justifica la adopción de medidas concretas, tal y como se fundamenta en la legislación general de los contratos públicos, al tenor del antiguo artículo 248.3 TRLCSP (actual 270.3 de la Ley 9/2017).

Sostiene el tribunal que, para buscar el anclaje en la regulación general de los contratos, se deben invocar dos razones. Primero, que una de las bases del contrato era la previsión de obtener ingresos en un nivel financiero suficiente para sufragar los gastos de la explotación objeto de la concesión y segundo, que la disminución del tráfico resulte encuadrable en el riesgo imprevisible, excepción al principio de riesgo y ventura a soportar por el concesionario.

La Sala entiende que ninguna de las dos razones puede ser compartida. La primera, porque la parte actora en ningún momento indica que las estipulaciones de su contrato incorporan un concreto nivel de ingresos para la continuidad del vínculo contractual, y en cuanto a la segunda, la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura⁷².

Asimismo, la Sala reprodujo el fundamento de la Sentencia de 16 de mayo de 2011 (recurso nº 566/2008)⁷³ para negar que puedan calificarse como hechos imprevisibles o extraordinarios tanto la disminución del tráfico debida a la remodelación y mejora de una vía paralela, como la puesta en servicio de una nueva autopista.

Por todo lo anterior, el tribunal decide desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por AMSA frente la desestimación por silencio de la solicitud presentada al Consejo de Ministros por la que se interesaba el restablecimiento de la concesión de que era titular.

5.3. STS 19 DE DICIEMBRE DE 2011 (recurso nº 159/2010)

En el presente caso, la sociedad IBERPISTAS, Sociedad Anónima Concesionaria del Estado (en adelante, “**IBERPISTAS**”), interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación

⁷² De la misma forma se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de febrero de 2014, nº recurso 486/2011: *"Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas, así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa, sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada, aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción. Actualmente llevamos años en crisis económica, pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo"*.

⁷³ Afirma la Sala que *"no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km"*.

formulada en compensación por fugas de tráfico de la autopista AP-6, generadas por la puesta en servicio de la autopista de peaje Villacastín-Ávila.

IBERPISTAS, titular de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje AP-6 Villalba-Villacastín-Adanero desde 1968, presentó al Ministerio de Fomento una reclamación de veinte millones de euros en concepto de compensación por los perjuicios que le había causado la puesta en servicio de la autopista AP-51 Villacastín-Ávila.

Si bien la sociedad recurrente entendía las razones de interés que habían llevado a la Administración a proceder a la adjudicación de esa concesión, no estaba obligada a soportar las consecuencias perjudiciales que le había su supuesto la disminución del tráfico entre Villacastín y Sanchidrián a causa de los conductores con destino a Salamanca que, en vez de continuar hasta este último punto, salían de la AP-6 en Villacastín para seguir a Ávila y hasta San Pedro del Arroyo y desde allí a Salamanca.

IBERPISTAS entendía que la desaparición del tráfico se debe a una causa imputable a la Administración, que modificaba las condiciones del contrato y afectaba al régimen económico de la concesión.

En la demanda, la parte actora actualiza el importe que estima respecto a la fuga de tráfico a más de 34 millones de euros, y recuerda que el trámite de alegaciones al estudio de la concesión de la AP-51 ya advirtió que el corredor servido por la AP-6 se nutre básicamente de tráfico de largo recorrido con origen al sur de Villalba y destino al norte de Adanero, y de tráficos provinciales, principalmente Segovia-Madrid, Ávila-Madrid y Salamanca-Madrid. El informe realizado por el propio Ministerio de Fomento para el estudio informativo ponía de manifiesto que, como consecuencia de la entrada en servicio de la nueva autopista, la AP-6 perdería tráfico y que sufriría pérdidas.

Continúa afirmando que cuando entró en vigor la AP-51 adjudicada a la concesionaria CASTELLANA DE AUTOPISTAS, S.A (en adelante, "**CASTELLANA**"), Concesionaria del Estado, se confirmó lo que se había pronosticado y que por ese motivo presentó una reclamación el 30 de diciembre de 2004. Sobre la propia reclamación, la Dirección General de Carreteras informó en febrero de 2006 que se había constatado un descenso en el tráfico de la AP-6 en el tramo Villacastín-Sanchidrián. Este descenso se atribuía a que resulta más económico circular de Villacastín a Ávila que continuar por la AP-6 hasta Sanchidrián.

La recurrente subraya que las fugas de tráfico han sido reconocidas en todo momento por la Administración, así como las pérdidas que se han puesto de manifiesto, y justifica su derecho a resarcirse por la responsabilidad contractual en que ha incurrido la Administración por incumplir sus obligaciones recogidas en el contrato que la vincula con la recurrente, que se traduce en la obligación de remover aquellos obstáculos, fácticos o jurídicos, que se opongan al ejercicio de la concesión.

El Abogado del Estado pide la desestimación del recurso. En primer lugar, destaca que, en el primer momento, IBERPISTAS era la única concesionaria, tanto de la AP-6 como de la AP-51, pero que, en un momento posterior, la adjudicataria procedió a constituir la sociedad CASTELLANA. Dice que, a pesar de que la Dirección General de Carreteras dio la razón al recurrente respecto las pérdidas de tráfico, desconocía por completo la redistribución que se había producido en el seno empresarial, y por ende, la inexistencia de un efectivo perjuicio del equilibrio económico financiero de la concesión.

En cuanto a los argumentos jurídicos y respecto las fugas de tráfico, señala que, a pesar de evidenciar un perjuicio económico, se produce un correlativo económico favorable para la sociedad concesionaria de la AP-51, cuya titularidad corresponde íntegramente a la sociedad recurrente. Reprocha, a su vez que la sociedad recurrente silencia el hecho de que participó activamente en la licitación, y fue adjudicataria de la concesión AP-51, aunque en un momento posterior constituyó la sociedad CASTELLANA, cuyo capital pertenece íntegramente a la recurrente.

Una vez resaltado que no solo se concede a IBERPISTAS la concesión de la AP-51 sino también la conservación y explotación de la AP-6, insiste que ninguna de las consecuencias de la relación concesional con CASTELLANA le es ajena. En este punto, invoca la buena fe contractual y el respecto a los actos propios, y sostiene que en este contexto no se puede invocar un incumplimiento contractual de la Administración, sobre la base de las consecuencias de otra relación contractual (con CASTELLANA), en la que IBERPISTAS también interviene.

Asimismo, insiste en que la estimación del recurso generaría un enriquecimiento injusto en favor de IBERPISTAS, puesto que las fugas de tráfico son aprovechadas por una sociedad que le pertenece.

Finalmente, el Abogado del Estado señala que el hecho de adjudicar una concesión de una autopista no obliga a la Administración a no abrir nuevas carreteras, de manera que, no existiendo la obligación, no existe el incumplimiento que se reclama.

Si bien admite que la conexión de la AP-6 con la AP-51 podría haber producido un desequilibrio económico-financiero, sostiene que la parte recurrente se ampara en un incumplimiento contractual, concepto que es totalmente diferente. En consecuencia, el Abogado del Estado considera que el equilibrio económico-financiero no se ha visto alterado, por lo que la recurrente ha optado por otra vía distinta, que es el incumplimiento contractual, que carece totalmente fundamento.

En primer lugar, el Tribunal Supremo entra a analizar la relevancia del entramado societario en el caso concreto. Afirma que IBERPISTAS en ningún momento ha ocultado ese hecho, incluso ha ofrecido más información, concretamente que ambas sociedades pertenecen al grupo ABERTIS. La Sala considera que el hecho de que la concesionaria de la AP-51 esté íntegramente participada por IBERPISTAS es del todo irrelevante, puesto que en este caso

existen dos contratos concesionales, y a la postre son dos sociedades, cada una con su personalidad jurídica. A pesar de ello, la Sala advierte que la recurrente debió poner en evidencia esa cuestión antes de que lo hiciera el Abogado del Estado en el escrito de contestación.

Una vez dilucidado la cuestión subjetiva de las concesionarias, el Tribunal procede a analizar la contingencia de la fuga de tráfico. Como muchas otras sentencias hicieron, la presente invoca la STS de 16 de mayo de 2011, afirmando que no puede considerarse algo fuera de lo común que las Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras. Es su responsabilidad hacerlo para aumentar las condiciones de seguridad y agilidad en beneficio de los ciudadanos, y que en ningún caso puede considerarse un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista⁷⁴. Añade la Sala que, en el caso concreto, nada impide que la Administración mejore sus comunicaciones terrestres, ampliando la red de autopistas.

Por otro lado, reprocha el Tribunal que la recurrente no invoque precepto alguno en apoyo de sus pretensiones, ni que no traiga a colación ninguna cláusula del contrato concesional que obligara a la Administración a no dar el paso que dio de enlazar con la AP-6 Ávila y Segovia mediante la AP-51 y la AP-61, respectivamente. Adicionalmente, la Sala advierte que las sentencias que la recurrente ha utilizado en apoyo de su pretensión se hallan completamente desconectadas del caso concreto. En los supuestos aportados por la recurrente en apoyo de sus pretensiones, el Tribunal resolvió aplicando reglas por las que se regía el contrato establecidas en la legislación correspondiente, pero en este caso, ni las normas a las que están sujetas las concesiones para la construcción, conservación y explotación de las autopistas, ni los términos por los que se rige en concreto la concesión de la AP-6 obstaculizan actuaciones administrativas como la que se ha producido en este caso.

Finalmente, el Tribunal entiende que la Administración debe procurar en todo momento el ejercicio pacífico de los derechos del concesionario, y a su vez, impedir las situaciones que impidan el normal desenvolvimiento de la concesión. Ahora bien, en el caso concreto, la promoción de nuevas construcciones no genera tal impedimento, dado que la ampliación y la mejora de las redes a través de la construcción de nuevas autopistas de peaje en régimen de concesión que no se superponen a las existentes, sino que desarrollan la red entra en las potestades que corresponden a la Administración para el mejor servicio de los ciudadanos.

En definitiva, la Sala desestima el recurso, en la medida que los hechos relatados no pueden conceptuarse como incumplimiento del contrato concesional de IBERPISTAS y ello a pesar de que la entrada en servicio de la AP-51 haya supuesto una merma del tráfico. Concluye el Tribunal que era una

⁷⁴ Vid. STS 16 de mayo de 2011, nº recurso 566/2008, de vital importancia en el terreno de las concesiones de autopistas.

posibilidad que la concesionaria tenía que ser consciente y que forma parte del riesgo y ventura al que está sujeta.

5.4. VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Tal y como se desprende de los casos analizados, es el concesionario el encargado de asumir las consecuencias derivadas del contrato, salvo en aquellos casos en los que el principio de riesgo y ventura inherente en la concesión de autopistas decae. El principal problema que se plantea es determinar si una determinada situación ajena a la voluntad de las partes es susceptible de romper dicho principio, y en múltiples situaciones no es fácil.

A raíz de la crisis, los casos que más se han examinado guardan relación con el descenso de usuarios en las vías objeto de la concesión, y con ello, determinar si ese riesgo de demanda, que en teoría debe soportar el concesionario, puede escapar del principio del riesgo y ventura a través de una ruptura del principio, en forma de medida *ius variandi* o *factum principis* por parte de la Administración, o girar radicalmente el concepto, y concluir que el descenso de usuarios tiene consideración de riesgo imprevisible. Debe matizarse que el riesgo imprevisible, de concederse, tendría su fundamento en la crisis económica y no en el concepto de descenso de usuarios.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada, se concluye que, con carácter general, la disminución del tráfico en las autopistas no puede configurarse como un supuesto de riesgo imprevisible susceptible de romper el principio de riesgo y ventura. Los casos de *ius variandi* en disminución de tráfico no son habituales, pero de darse, son las más fáciles de solucionar, dado que la modificación directa por parte de la Administración solo puede darse en determinados supuestos tasados, tal y como se ha expuesto anteriormente, de forma que una modificación cuya consecuencia directa fuera el descenso de usuarios, tendría un claro veredicto.

En los supuestos de riesgo de demanda, el *factum principis* y el riesgo imprevisible deben analizarse conjuntamente, dado que los análisis jurisprudenciales sobre la materia utilizan dicha técnica por una sencilla razón, que es determinar si una actuación ajena a la relación jurídica particular entre la Administración y el concesionario, puede entenderse como imprevisible. La jurisprudencia reafirma la posición de la Administración como garante de los intereses públicos, en este caso, mediante la mejora de las infraestructuras existentes, y señala que todo licitador, a la hora de presentar una oferta, debe tener en cuenta que la Administración, en todo momento puede decidir mejorar una vía determinada y que esa decisión pueda afectar la suerte de su concesión. En este contexto, el hecho de que no se hayan proyectado obras a corto plazo por parte de la Administración por culpa de la crisis, no significa tampoco que el adjudicatario tenga la certeza de que estas obras no se vayan a producir en toda la vida de la concesión.

Los tribunales recuerdan que los periodos de crisis y de bonanza económica se van sucediendo en el tiempo, y por ese motivo, la crisis económica no puede servir como argumento para absorber todas las contingencias acaecidas en los últimos tiempos.

La nueva regulación de la ley 9/2017 confirma la jurisprudencia analizada respecto el descenso de las vías a raíz de la crisis económica. Tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la Ley entra a regular el riesgo de demanda como una excepción al principio de reequilibrio económico financiero de la concesión. La solución adoptada por la ley viene a confirmar que la futura demanda de una vía objeto de concesión es un elemento fundamental a analizar de forma previa a la presentación de la oferta. En primer lugar, el artículo 14 de la Ley 9/2017 establece de forma clara que el concesionario asume el riesgo de demanda en la concesión.

Si bien es cierto que la Administración tiene la obligación de realizar un estudio de viabilidad conforme el cual se determinarán las previsiones sobre la demanda de uso, el artículo 270 define de forma tajante que no existirá un derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por el incumplimiento de las previsiones de demanda.

6. CONCLUSIONES

Las concesiones de autopistas tienen un componente especial respecto otros tipos de concesión: la combinación de construcción de obra y de la prestación de un servicio continuado en el tiempo. En esta combinación, la obra es el elemento instrumental necesario para que pueda desarrollarse la citada prestación continuada.

En este sentido, las cautelas a adoptar tanto por la Administración como por la adjudicataria en la previsión y planificación del proyecto en el tiempo son importantes, teniendo en cuenta que la vida de la concesión suele ser prolongada en el tiempo.

Sobre la base de la planificación, la contratación pública se sostiene a través de una serie de principios y elementos dirigidos a mantener el equilibrio económico de las partes. El principio de riesgo y ventura es esencial en la relación entre la Administración y el concesionario, y en virtud del mismo, el contratista asume el riesgo que se deriva de la ejecución del contrato.

A raíz de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/23/UE mediante la Ley 9/2017, se ha incorporado el concepto de riesgo operacional. El riesgo operacional, que según parte de la doctrina, se amolda en parte a la regulación tradicional del principio de riesgo y ventura, se compone del riesgo de demanda, entendido como el riesgo de demanda real asociada al uso por parte de los usuarios, y del riesgo de suministro, entendido como el riesgo de que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda, o de ambos.

Como límite al riesgo soportado por el concesionario, es importante recalcar que el proyecto debe encontrar un equilibrio económico. El principio del equilibrio económico-financiero se constituye como un verdadero derecho en favor del concesionario, consistente en preservar las condiciones de equivalencia entre las partes, y tiene como objetivo suavizar la posición de riesgo en la que se encuentra el mismo.

Con la incorporación del concepto de riesgo operacional en el plano de las concesiones, debe matizarse que la aplicación del principio del equilibrio económico financiero varía cuando entra en escena algún supuesto susceptible de encuadrarse como riesgo operacional. En la nueva regulación se privaría del derecho al equilibrio económico financiero respecto la mala planificación del riesgo de demanda.

A pesar de lo anterior, el principio de riesgo y ventura asumido por el concesionario en la ejecución del contrato decae cuando se producen determinadas actuaciones o hechos que provocan una quiebra radical del equilibrio económico financiero del contrato.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que, el equilibrio económico financiero puede romperse por modificaciones de las condiciones de la explotación de la concesión por parte de la Administración (*ius variandi*), por actuaciones llevadas a cabo por la Administración ajenas al contrato de

concesión, pero que por su importancia, son susceptibles de romper la economía de la concesión (*factum principis*), y finalmente, por situaciones o acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes pero que afectan la viabilidad del contrato.

Si bien es cierto que existen determinadas medidas dirigidas a proteger el equilibrio económico financiero de la concesión, como son la modificación de tarifas, la reducción del plazo concesional, o la prórroga del plazo de la concesión, entre otras, no se ha conseguido revertir la difícil situación que las concesionarias han atravesado desde que empezó la crisis.

La crisis económica ha provocado que un gran número de sociedades concesionarias hayan entrado en una situación de concurso, y en muchos casos de liquidación. La principal causa ha sido la gran brecha entre el tráfico previsto en los proyectos, y el tráfico real. Asimismo, las sociedades concesionarias se han visto perjudicadas, en muchos casos, por la mejora de las vías realizada por parte de la Administración.

Los tribunales de justicia han entrado a valorar estas situaciones con una argumentación homogénea. La principal conclusión que se puede extraer de la valoración jurisprudencial es que el riesgo de demanda es uno de los principales riesgos al que se debe enfrentar el concesionario, y que la crisis económica no puede servir de fundamento para argumentar una situación de riesgo imprevisible. Por otro lado, ponen de manifiesto que las sociedades concesionarias debían tener en cuenta que la Administración es garante del mantenimiento y mejora de las vías y las infraestructuras, y por ello, en ningún momento puede considerarse imprevisible que la Administración decida mejorar una determinada carretera.

Si bien es cierto que las sociedades concesionarias no podían dejar de lado las posibles depresiones en la demanda del servicio, o la posibilidad de que la Administración mejorase las infraestructuras en virtud de su mandato constitucional, no puede entenderse que, a efectos de planificación, la culpa sea imputable únicamente a las sociedades concesionarias.

En este sentido, es importante poner de manifiesto que la Administración es la encargada de garantizar, al menos *ex ante*, que la concesión que pretende adjudicar va a tener unos mínimos de viabilidad en el tiempo. Cuando estos mínimos de viabilidad no se cumplen, por acontecimientos imprevisibles, es entonces cuando debe interpretarse que se han alterado las circunstancias iniciales del contrato, y por ello, deben articularse los mecanismos de responsabilidad. En el caso concreto, ni las sociedades adjudicatarias ni la propia Administración proyectaron de forma correcta las posibles consecuencias de una crisis económica. Así pues, es cierto que el principio de riesgo y ventura gobierna la relación contractual en el terreno de las concesiones, pero no puede abandonarse al concesionario a una situación que ni la propia Administración pudo prever en sus proyectos de adjudicación.

La solución jurisprudencial comentada respecto el riesgo de demanda, tenía sentido en un momento en el cual el TRLCSP no se había pronunciado

acerca del riesgo de demanda. Con la nueva Ley 9/2017, se incorpora un párrafo que debe ser esencial para reequilibrar económicamente el contrato. El citado párrafo prohíbe que se reestablezca el equilibrio económico financiero en aquellas situaciones deriven del incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario. Con base en lo anterior, se desprende la gran importancia que tienen las proyecciones realizadas con anterioridad a la adjudicación, tanto por parte de la Administración como por parte de la sociedad adjudicadora.

Por todo ello, es procedente afirmar que la solución jurisprudencial adoptada en la mayoría de casos no pone de evidencia la falta de planificación de ambas partes, elemento que a mi juicio es esencial a la hora de valorar el marco de responsabilidades. En este punto, se debe cuestionar si la falta de planificación fue consecuencia de un error o negligencia de las partes en sus estudios, o bien si realmente la crisis económica, que en gran medida provocó descensos de demanda fue imprevisible. En todo caso, es evidente que el criterio utilizado por los tribunales aduciendo al carácter cíclico de las crisis económicas no puede servir de escudo para la Administración, dado que en todo caso debería asumir su parcela de responsabilidad.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBALATE, D., BEL, G. y BEL-PIÑANA P. (2015) 'Tropezando dos veces con la misma piedra: quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios'. *Revista de Economía Aplicada* [en línea] (67), 131-152. Disponible en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=96938748005>>

ALONSO, A.J. (2014). *Sectores regulados. Sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*. España: Dykinson.

ARIMANY, E. (2011) 'El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo <<Autopista Madrid – Toledo (AP-41)>>'. *Actualidad Jurídica* [en línea], 1578-956X. Disponible en <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3196/documento/art12.pdf>>

ARIÑO, G., (1968) *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

BAEZA, M., ORTEGA, A. y VASSALLO J.M. (2011) 'La crisis económica en las concesiones de autopistas de peaje'. En: "XVI Congreso AECA". Celebrada el 21-23 setiembre 2011 en Granada, España.

BARRIO, M. (2017) 'Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector público'. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 114-118. Disponible en <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=viewIssue&path%5B%5D=705&path%5B%5D=12>>.

Consejo de Estado (1979) *Dictamen nº42.179*, Boletín Oficial del Estado.

Consejo de Estado (1984) *Dictamen nº47.126*, Boletín Oficial del Estado.

Consejo de Estado (1992) *Dictamen 31/1992 (Obras públicas y transporte)*, Boletín Oficial del Estado.

Consejo de Estado (1996) *Dictamen 3371/1996 (Fomento)*, Boletín Oficial del Estado.

Consejo de Estado (1997) *Dictamen 560/1997 (Fomento)*, Boletín Oficial del Estado.

Consejo de Estado (2001) *Dictamen 1075/2001 (Fomento)*, Boletín Oficial del Estado.

Consejo de Estado (2010) *Dictamen 2298/2010 (Fomento)*, Boletín Oficial del Estado.

Consejo de Estado (2014) *Dictamen 667/2014 (Fomento)*, Boletín Oficial del Estado.

‘Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión’, Ministerio de Obras Públicas, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de febrero de 1973 (41), pp.2998 – 3011.

Consejo Consultivo de Castilla y León (2018) *Modificación de los contratos. Doctrina general* [en línea] disponible en < <http://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/xii-contratacion-administrativa/modificacion-contratos/1-doctrina-general>>

Consejo Consultivo de Castilla y León (2018) *Modificación de los contratos. Mantenimiento del equilibrio económico-financiero* [en línea] disponible en < <http://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/xii-contratacion-administrativa/modificacion-contratos/3-mantenimiento-equilibrio-economico-financiero>>

Consejo de Estado (2016) *Dictamen 1116/2015 (Hacienda y administraciones públicas)*, Boletín Oficial del Estado.

DOMINGUEZ, J.A. (2015) ‘Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje.’ *Revista Aranzadi Doctrinal* [en línea] (8).

FERNANDEZ, J.F. (2014) ‘Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos’. *Revista española de Derecho Administrativo* [en línea] (163/2014).

FERNANDEZ-FIGUEROA, F. (2012) ‘El *Factum Principis* en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los Dictámenes 31/1992 Y 632/1994’. *La administración al día* [en línea]. Disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100465>>.

GARCIA, F. (2017) ‘La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Descripción de las novedades en la Administración Local’. *La administración al día* [en línea]. Disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507995>>.

GIMENO FELIU, J.M. (2017) ‘La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades’. *Documentación Administrativa. Nueva Época* [en línea] (4), 7-30. Disponible en

<<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10493&path%5B%5D=11178>>.

HUERGO LORA, A. (2017) 'El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público'. Documentación Administrativa. Nueva Época [en línea] (4), 31-51. Disponible en

<<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10494&path%5B%5D=11184>>.

Informe 49/97 (1997) 'Contratos de concesión de obras. Naturaleza jurídica. Exigencia de la clasificación de las empresas para acceder a la adjudicación de un contrato de concesión de obras para la construcción, conservación y explotación de una autopista', *Ministerio de Hacienda y Función Pública*, 17 de noviembre de 1997.

MARTIN, P. (2010) 'Régimen económico de la concesión y equilibrio económico del contrato de obra pública' *Monografías: Instrumentos españoles de colaboración público-privada: El contrato de concesión de obras* [en línea].

MAYOR, P. (2016) 'Algunas reflexiones sobre el principio de equilibrio económico financiero en las concesiones de autopistas'. En *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo*. Pamplona: Civitas, pp.559.

RECUERDA, M.A. (2016) *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo*. Pamplona: Civitas.

RIDAO MARTÍN, J. y GARCIA, A. (2013) 'La financiación de la colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de interés público en España. Marco actual y propuestas de revisión (parte I)' *La administración al día*. [en línea] 2. Disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1111044>>.

SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2009) *Principios de derecho administrativo general. Tomo I*. Universidad Complutense de Madrid: Iustel

TARDIO, J.A. (2003) 'El principio de especialidad normativa (*Lex Specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales'. *Revista de Administración Pública* [en línea] (162). 189. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784932>>

TRILLO-FIGUEROA, M.J. (2014) 'Régimen Jurídico de las carreteras'. En *Sectores regulados. Sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*. España: Dykinson, pp. 293-314.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

‘Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión’, Ministerio de Obras Públicas, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de febrero de 1973 (41), pp.2998 – 3011.

‘Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1996 (315), pp. 38974 – 39064.

‘Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas’, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de mayo de 2003 (124), pp. 19932 – 19954.

‘Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social’, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 2000 (313), pp. 46631 – 46723.

‘Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de diciembre de 2012 (312), pp. 88156 – 88670.

‘Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de junio de 2012 (156), pp. 46432 – 46935.

‘Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de diciembre de 2009 (309), pp. 108804 – 109227.

‘Ley 37/2015, de 29 de setiembre, de carreteras’, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de setiembre de 2015 (234), pp. 88476 – 88532.

‘Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2010 (318), pp. 109195 – 109236.

‘Ley 55/1960, de 22 de diciembre, de carreteras en régimen de concesión’, *Boletín Oficial del Estado*, 23 de diciembre de 1960 (307), pp. 17584 – 17585.

‘Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1997 (313), 38517 – 38616.

‘Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión’, *Boletín Oficial del Estado*, 11 de mayo de 1972 (113), pp. 8229 – 8234.

‘Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014’, *Boletín Oficial del Estado*, 9 de noviembre de 2017 (272), pp. 107714 – 108007.

‘Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público’, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de noviembre de 2012 (276), pp. 117729 – 117914.

Unión Europea (2014) ‘Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión’, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de marzo de 2014 (94), pp. 1 – 64.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Tribunal Supremo

STS, (Sala 1ª), sección 1ª, de 30 de junio de 2014, recurso núm. 2250/2012, ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

STS, (Sala 3ª), sección 3ª, de 30 de abril de 2001, recurso núm. 618/1998, ponente Excmo. Sr. Francisco Trujillo Mamely.

STS, (Sala 3ª), sección 7ª, de 12 de mayo de 2016, recurso núm. 451/2012, ponente Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

STS, (Sala 3ª), sección 7ª, de 16 de mayo de 2011, recurso núm. 565/2008, ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

STS, (Sala 3ª), sección 7ª, de 16 de mayo de 2011, recurso núm. 566/2008, ponente Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

STS, (Sala 3ª), sección 7ª, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 159/2010, ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

STS, (Sala 3ª), sección 7ª, de 21 de enero de 2000, recurso núm. 2859/1993, ponente Excmo. Sr. Manuel Goded Miranda.

STS, (Sala 3ª), sección 7ª, de 28 de enero de 2015, recurso núm. 449/2012, ponente Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén

STS, (Sala 3ª), sección 7ª, de 4 de febrero de 2014, recurso núm. 486/2011, ponente Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo.

STS, 5566/1985, (Sala 3ª), de 20 de noviembre de 1985, ponente Excmo. Sr. José María Reyes Monterreal.

STS (Sala 3ª), sección 3ª, de 16 de enero de 2018, recurso numero 3428/2015, ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

STSJ, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de abril de 1997, ponente Illma. Sra. María Teresa Marijuán Arias.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE, (Sala 3ª), de 10 de setiembre de 2009, ponente J.N. Cunha Rodrigues.

