

Nº 23
Tercer trimestre 2020

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 23. Septiembre 2020

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid (acreditado ANECA) y Director del Título de Especialista en Contratos Públicos. Abogado-Consultor. (www.jaimepintos.com)

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.



Secretaría de Gobierno Local del Excmo.
Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de
Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la
Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE UNA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DESNIVELADO POR LA ACTUACIÓN (PREVISIBLE) DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA A LA CONTRATANTE.

D. Francisco José Negro Roldan..... 15

ANÁLISIS CRÍTICO DEL EMPLEO DE UMBRALES DE SACIEDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN "PRECIO"

D. Roberto Carrodegas Méndez.....52

LA MEJORA SALARIAL DENTRO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, UNA CONDICIÓN SOCIAL CON LUCES Y SOMBRAS EN SU APLICACIÓN

D^a Amaia Labella Cámara.....89

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

D. Pedro José Díaz Calderón..... 117



DE NUEVAS CON LA LEGISLACIÓN DE SUBVENCIONES
DE CASTILLA-LA MANCHA: PROPUESTAS DE REFORMA
D. Carlos M^a Rodríguez Sánchez151

LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA
D^a Lidia Valiente Castellanos.....180

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

EL DERECHO A LA CULTURA Y LOS CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO
D. Antonio Maniatis229

LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN ESTUDIO COMPARADO DE
LA PERSPECTIVA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL
REINO DE ESPAÑA, EN RELACIÓN CON LOS
MODIFICADOS CONTRACTUALES
D. Oscar D'oleo Seiffe.....256

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO NÚM. 2613/2016, DE 9 DE JUNIO. ANÁLISIS
DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL
D^a Marta Alarcón del Pico.....312



BASES DE PUBLICACIÓN.....375



EDITORIAL

En el número 23 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés y una reseña de jurisprudencia.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Francisco José Negro Roldán con el artículo que lleva por título “El reequilibrio económico de una concesión de obra pública desnivelado por la actuación (previsible) de otra administración distinta a la contratante”.

A continuación, D. Roberto Carrodegas Méndez aborda un tema de rabiosa actualidad, sobre el análisis crítico del empleo de umbrales de saciedad en la contratación pública para la valoración del criterio de adjudicación “precio”

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a Amaia Labella Cámara, que aborda la problemática existente respecto de la mejora salarial como condición social dentro de un proceso de contratación pública.

D. Pedro José Díaz Calderón, en su artículo “La evolución del derecho ambiental internacional y la contratación pública ecológica” analiza cómo la normativa en materia de contratación pública ha tratado de adaptarse a lo largo de los años, a la preocupación ambiental, en la misma medida que la realidad y las exigencias sociales.



D. Carlos-M^a Rodríguez Sánchez, continuando con su trabajo publicado en el número 15 de la Revista, vuelve a tratar con exquisitez otras reformas de las que sería susceptible la legislación de subvenciones de Castilla-La Mancha.

Por último, la sección nacional se cierra con el trabajo de "La pena de muerte en España" de D^a Lidia Valiente Castellanos se centra en el estudio de la aplicación que ha tenido la pena de muerte en España a lo largo de su historia, junto con la regulación que actualmente existe a nivel interno respecto a esta materia.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publican los trabajos de D. Antonio Maniatis y de D. Oscar D'oleo Seiffe. Interesantes reflexiones que esperamos que el lector disfrute.

En la sección Reseña de Jurisprudencia, la autora D^a Marta Alarcó del Pico comenta de una manera exhaustiva, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2613/2016, de 9 de junio. Análisis del artículo 311 Código Penal.

El Consejo de Redacción

Gabilex
Nº 23
Septiembre 2020
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE UNA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DESNIVELADO POR LA ACTUACIÓN (PREVISIBLE) DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA A LA CONTRATANTE¹

D. Francisco Negro Roldán

Asesor Jurídico-Letrado y Director del Servicio de
Asesoría Jurídica de la Comunidad Foral de Navarra

Resumen: La sentencia de 19 de diciembre de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª), resuelve un recurso de casación (anterior a la reforma de la LO 7/2015) interpuesto frente a sentencia de instancia que desestima una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico de una concesión de obra pública contratada por la

¹ Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019 (recurso de casación 2390/2016). En adelante STS.



Comunidad Foral de Navarra.² La quiebra del balance concesional alegada por la demandante radicaba en que el tramo objeto de la concesión (en Navarra) se integraba en un corredor que no se había completado por la Administración competente, la del Estado. Por ello, el volumen de tráfico previsto por la concesionaria en contemplación del funcionamiento del completo corredor era superior al que resultó real. La sentencia de instancia entiende que no se ha producido temporalmente desequilibrio alguno, pues el corredor había de terminarse en 2020. También desecha que se hayan alterado los términos considerados al adjudicarse la concesión, pues la incertidumbre sobre el comienzo de la plena operatividad del corredor estaba expresa y claramente prevista en el contrato. Entiende que no adviene riesgo imprevisible y que no se produce *factum principis*, en cuanto que la Administración que pudiera generar el desequilibrio no es el príncipe que adjudicó la concesión.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma el criterio del Tribunal a quo, pues el riesgo era previsible, el desequilibrio no había acaecido todavía y quien no continúa con la construcción del resto de la infraestructura es otra Administración distinta a la que otorga la concesión.

Palabras Clave: Concesión de obras. Restablecimiento del equilibrio económico. Riesgo imprevisible. *Factum principis*.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.1.1. El acto impugnado en el recurso resuelto por la sentencia comentada. 1.2. Las

² Sentencia de 13 de junio de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En adelante STSJN.



partes. 1.3. La pretensión. 1.4. Fundamento de la pretensión. 1.5. Cuestiones que aborda la sentencia de instancia. 1.6. Motivos del recurso de casación. 2. LA NORMATIVA FORAL. 3. REFERENCIA A LAS CAUSAS CORRECTORAS DEL DESEQUILIBRIO CONCESIONAL. 3.1 El restablecimiento del equilibrio: corrección de ciertos efectos excepcionalmente gravosos para el concesionario de su cualificada asunción del riesgo y ventura en la concesión. 3.2 En concreto, el reequilibrio en el contrato de concesión de obras por actuaciones de la Administración. 4. LAS RESPUESTAS JUDICIALES A LA CUESTIÓN RELATIVA A SI SE HA PRODUCIDO EL DESEQUILIBRIO EN EL CASO OBJETO DE EXAMEN. 4.1. Vertiente cronológica: ¿Ha surgido ya el desequilibrio? 4.2. Vertiente sustantiva o contractual: ¿Han cambiado los términos que se consideraron al adjudicarse la concesión? 4.3. Conclusión de las resoluciones judiciales: Inexistencia de alteración en las condiciones contempladas por las partes. 5. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2011. 5.1 Introducción. El "factum principis". 5.2 La actuación de otra Administración diferente a la contratante que pueda alterar el equilibrio concesional. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (recurso 566/2008). 5.3. La omisión -atribuible a la misma Administración concedente- de la construcción de una infraestructura que puede alterar el equilibrio concesional. 5.4. La aplicación de la mentada doctrina al caso analizado por la STS que comentamos. 6. ARGUMENTACIÓN PROPIA DE LA STS RELATIVA A LA INTERVENCIÓN DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA DE LA CONCEDENTE QUE PUEDA ALTERAR EL EQUILIBRIO PRESTACIONAL. 7. CONCLUSIONES



1.- INTRODUCCIÓN

1.1. El acto impugnado en el recurso resuelto por la sentencia comentada.

El procedimiento se interpuso por una concesionaria de obra pública frente a la desestimación firme en vía administrativa de su petición de restablecimiento del equilibrio económico del "Contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de la Autovía del Pirineo A-21".

1.2. Las partes.

La demandante es la adjudicataria del contrato de concesión de obras para la construcción y explotación del tramo navarro de la Autovía del Pirineo A-21.

La única Administración demandada es el Gobierno de Navarra, que sacó a licitación y adjudicó sólo ese tramo. El mismo se completó y entró en funcionamiento en las fechas programadas.

1.3. La pretensión.

El suplico de la demanda solicitaba se declarase que la actora *"ha sufrido un perjuicio evaluable en 300.606.808 euros como consecuencia de la no conclusión de la autovía A-21 y ejecución del resto del corredor pirenaico entre el Cantábrico y el Mediterráneo por Pamplona, Jaca, Huesca y Lérida"*, pidiendo asimismo a la Sala la adopción de las medidas compensatorias correspondientes.

1.4. Fundamento de la pretensión.



La causa del supuesto desequilibrio estriba en que el volumen de tráfico previsto por el concesionario no coincide – a su juicio- con el real, imputando esa merma a la paralización bien de la licitación, bien de la adjudicación, bien de la conclusión de las obras del resto de tramos de la A-21 que transcurren fuera de Navarra y de las autovías de Jaca a Huesca (A-23) y de Huesca a Lérida (A-22) que forman parte junto con el tramo navarro de la A-21 de un futuro Corredor del Pirineo que comunique el País Vasco con Cataluña por ese eje. Ese resto de la infraestructura (no el tramo navarro) es competencia de la Administración General del Estado (Ministerio de Fomento).

En suma, la recurrente reclama una suma a la Administración que concede la explotación de la obra pública porque otra Administración pública no ha completado el íntegro corredor a que la obra navarra se incorpora.

1.5. Cuestiones que aborda la sentencia de instancia.

La STSJN responde a diversas cuestiones:

1ª.- Analiza si se ha producido esa ruptura del equilibrio económico.

2ª.- Examina dos causas legalmente habilitadoras para restablecer el equilibrio, el riesgo imprevisible y el factum principis.

3ª.- En relación con estas causas de reequilibrio, estudia si la Administración de la Comunidad Foral ha de responder del hipotético desequilibrio derivado de actos u omisiones de la Administración del Estado que pueden alterar la ecuación económico-financiera de la concesión.

1.6. Motivos del recurso de casación.



Se resumen a continuación esos motivos, si bien este artículo se referirá a las respuestas que la STS les otorga sólo en cuanto sean de interés para el objeto del presente análisis.

1º.- Motivo de incongruencia omisiva de la sentencia del Tribunal a quo, al no haberse pronunciado sobre la confluencia sobre una misma infraestructura de dos Administraciones territoriales en virtud de una sola competencia. La Sala lo resuelve negativamente con reiteración de doctrina sobre ese vicio procesal bien conocida, que no detallaremos.

2º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por supuesta infracción del artículo 1.3 de la Directiva 2004/18/CE³ y del artículo 7 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁴, en el entendimiento de que la pérdida de la funcionalidad de la concesión que imputa a la merma en el tráfico en el tramo navarro por la no construcción del resto de la infraestructura en

³ El precepto se limitaba a definir la «concesión de obras públicas» como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

El artículo 5.1.a) 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 precisa el concepto de «concesión de obras» como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

⁴ Actual artículo 14 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



territorio no navarro no estaba incluida en el riesgo concesional.

3º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por pretendida vulneración de la doctrina de la sentencia de la propia Sala de 16 de mayo de 2011⁵, en cuanto resuelve un supuesto de reequilibrio de una concesión alterada por la no continuidad del Corredor de Andalucía.

4º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por alegada aplicación indebida de la doctrina contenida en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 y de 28 de enero de 2015⁶.

5º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por hipotética vulneración del artículo 258.4.b y 241.2.b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁷ y la jurisprudencia que los interpreta, al prever que, en el contrato de concesión de obras, la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, acaece, entre otros supuestos, cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

6º.- Motivo en denuncia de la –invocada- violación del artículo 24.1 de la Constitución Española y de la jurisprudencia que lo interpreta (SSTC 39/2015, 186/2015 o 188/2012, entre otras muchas). Entiende que la sentencia de instancia elude resolver sobre la

⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 7ª) de 16 de mayo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 566/2008.

⁶ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (recurso de casación núm. 54/2013) y 28 de enero de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 449/2012).

⁷ Correspondiente al artículo 270.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



cuestión planteada. En concreto, acerca de la inexistencia de previsión contractual que traslade a la concesionaria el riesgo de no ejecución del Corredor del Pirineo. Considera la recurrente que no resulta necesario que haya comenzado el devengo de un derecho para poder reconocer la existencia del mismo, así como que no constituye obstáculo alguno la circunstancia de que la cuantificación del perjuicio causado no se pueda determinar en este momento, ya que se iría valorando de forma gradual conforme aumenta el perjuicio causado. La STS desecha este motivo por razones cuyo análisis excede del modesto alcance de estas líneas.

7º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por hipotética vulneración del artículo 140.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPA)⁸, que recoge el principio de responsabilidad solidaria para aquellos supuestos en los que concurren actuaciones de diferentes Administraciones.

2.- LA NORMATIVA FORAL

La sentencia de instancia invoca la normativa estatal que disciplina la concesión de obra pública y también la foral de Navarra. Respectivamente, la vigente *ratione temporis* Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP)⁹.

Por su parte, la STS (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19

⁸ Hoy, artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁹ Hoy derogada por la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.



de diciembre de 2019) afronta la causa de inadmisibilidad opuesta por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Foral consistente en que el recurso se sustentaba en normas autonómicas y no estatales. El Alto Tribunal desecha esa objeción, con cita de doctrina bien conocida.

Ambos pronunciamientos ponen de manifiesto la existencia de una delimitación competencial específica que merece apuntar.

El artículo 149.1.18ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "*legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas*".

El artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra confiere a Navarra un título competencial que se puede calificar como exorbitante respecto del atribuido a las Comunidades Autónomas de régimen común: en virtud de su régimen foral (competencia histórica o foral) corresponde a Navarra la competencia exclusiva en materia de "*contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia*" (no la legislación básica del Estado, sino sólo sus principios esenciales)¹⁰.

¹⁰ No existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional que contemple directamente el artículo 49.1.d) LORAFNA. La sentencia del Tribunal Constitucional 140/1990, de 20 de septiembre, examina el artículo 49.1.b) LORAFNA, que atribuye a Navarra, en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva sobre el "*régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos*". Según esa sentencia, la determinación concreta de cuáles sean esos



Los preceptos de la LFCP que se aplican por la STSJN no desconocen esos principios esenciales, antes bien, su texto es en lo esencial coincidente con el de la norma estatal, lo mismo que los de la nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, por lo que su específico análisis no aportaría novedad reseñable respecto del objeto de este comentario.

3.- REFERENCIA A LAS CAUSAS CORRECTORAS DEL DESEQUILIBRIO CONCESIONAL

3.1 El restablecimiento del equilibrio: corrección de ciertos efectos excepcionalmente gravosos para el concesionario de su cualificada asunción del riesgo y ventura en la concesión.

Este comentario parte de la delimitación legal del principio de riesgo y ventura y de los mecanismos previstos para el restablecimiento del equilibrio concesional, que modulan las consecuencias de tal principio cuando pudiera colocar a una de las partes en una situación insostenible e injustificable.

Pues bien, concretamente para un supuesto en que se contemplaba la disminución del tráfico en autopistas de peaje, dice la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de

derechos y obligaciones esenciales (o, en nuestro caso, los principios esenciales) debe quedar remitida al análisis particularizado de las normas que los prevean. En general, vienen constituidos por aquellos principios y reglas caracterizadores del propio modelo (en nuestro caso, de contratación administrativa), que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin los cuales ese sistema no sería reconocible.



2015 (rec. 54/2013), que ha de partirse de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas, así como de la aleatoriedad de los resultados económicos, pues se contiene en la normativa aplicable una expresa previsión del principio de riesgo y ventura del contratista. La frustración de las expectativas económicas del contratista al contratar no impone la modificación del contrato. No obstante, la ley establece tasadas excepciones a ese principio, que permiten reequilibrar la ecuación financiera del contrato.

3.2 En concreto, el reequilibrio en el contrato de concesión de obras por actuaciones de la Administración.

Dentro del elenco de las causas legalmente previstas para reequilibrar económicamente una concesión de obra pública (en la terminología anterior), el supuesto que resuelve la STS objeto de este comentario examina la que prevenía el artículo 241.2.b) de la Ley 30/2007.

El apartado 1 de ese artículo 241 establece que la concesión deberá mantener el equilibrio económico *“en los términos que fueron considerados para su adjudicación”*.¹¹

La causa del apartado 2.b) se expresaba así:

“b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las

¹¹ Expresión empleada también en el artículo 270.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



enumeradas en el artículo 214."¹² Importante relevancia despliega hoy el artículo 270.2.b) de la Ley 9/2017 en el propio concepto de "factum principis" en la concesión de obras.

El artículo 157 de la entonces aplicable norma navarra, LFCP, no siendo textualmente idéntico, coincidía en lo esencial con el contenido material de esa regulación¹³.

Las causas de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión asumen que la misma ha de mantenerse

¹² Remitimos a la actual formulación del artículo 270.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

"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.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario."

¹³ El artículo 194.2.b) de la posterior Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que mantiene la terminología de "contrato de concesión de obras públicas", confirma que el equilibrio económico dependerá de los términos considerados para su adjudicación, y obliga a la Administración a restablecer el equilibrio económico del contrato:

b) Cuando actuaciones de la Administración contratante, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.



en los términos considerados para su adjudicación, y sólo si los mismos se alteran cabría el reequilibrio.

La concesionaria venía a postular que la literalidad de los preceptos reguladores del restablecimiento del equilibrio económico de la prestación permite entender que la Administración que altera los términos de la concesión puede ser otra de la concedente. Y que, en ese caso, la Administración habrá de restablecer el equilibrio. Y que esa Administración obligada a reequilibrar ha de ser la concedente.

En el caso examinado, la Administración que actúa alterando (a juicio de la reclamante) las condiciones económicas de la concesión es otra a la Administración concedente, pues ésta ha cumplido con sus obligaciones contractuales.

4.- LAS RESPUESTAS JUDICIALES A LA CUESTIÓN RELATIVA A SI SE HA PRODUCIDO EL DESEQUILIBRIO EN EL CASO OBJETO DE EXAMEN

Esta cuestión se aborda desde una doble perspectiva:

4.1. Vertiente cronológica: ¿Ha surgido ya el desequilibrio?

A) LA SENTENCIA DE INSTANCIA.

La STSJN alcanza la conclusión de que no se ha producido el desequilibrio cuando el mismo se reclama por la concesionaria (fundamento de derecho quinto). La demandante conjetura una previsión de tráfico en contemplación de la completa apertura y del pleno funcionamiento del corredor en su integridad. Pero tal



circunstancia sólo advendría en 2020. La íntegra infraestructura se encuentra prevista en el "horizonte" 2020, año de su terminación según el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte¹⁴, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de julio de 2005. El corredor no tiene por qué entrar en funcionamiento antes de 2020.

Además, la STSJN que comentamos tiene en consideración el plazo (de tres años) de ramp-up o periodo de transición de crecimiento de tráfico comprendido entre la fecha de puesta en servicio de la concesión y el momento en que se alcanzan los niveles de tráfico estables en la nueva infraestructura, plazo que debería computarse desde la fecha de construcción del Corredor del Pirineo completo.

La Sala, pues, entiende que no se ha producido desequilibrio alguno, dado que la finalización del corredor no tiene por qué haberse completado antes de 2020. Y ello aunque se reconoce que la Administración del Estado ha dejado sin construcción el resto de tramos del corredor movida por la crisis económica, en cumplimiento de medidas extraordinarias¹⁵. El único horizonte temporal contemplado para la terminación de las obras es el año 2020.

Dados los términos en que se plantea el pleito, quizá esa conclusión ya lo resolvería. Lo que se pide es el reequilibrio. Pues bien, la concesionaria no acredita

¹⁴ En adelante PEIT.

¹⁵ Plan de Estabilidad y Crecimiento para el periodo 2010-2013, "Plan de Acción Inmediata 2010", "Plan de Austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013", y Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.



derecho a reequilibrio alguno, pues el tráfico real del tramo objeto de concesión no tendría por qué ser mayor –al instarse la reclamación-¹⁶ como consecuencia de la conclusión del completo corredor, dado que éste no debía estar operativo antes de 2020 (fecha entonces lejana). No obstante, la STSJN que comentamos se adentra en el análisis de las otras cuestiones que se han apuntado y que abren, a su vez, un amplio abanico de problemas.

B) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La STS confirma en su fundamento de derecho sexto que el PEIT fijaba un horizonte inicial del Corredor del Pirineo para 2020, por lo que la petición de reequilibrio resultaba prematura. Además, el plazo previsto de tres años de "ramp-up" (esto es, de comprobación de la menor utilización de las autopistas de peaje en sus primeros años de servicio) aún no había transcurrido, siendo, también, por ello, demasiado temprana la solicitud de reequilibrio. A esas razones ya apuntaba el propio fundamento de derecho quinto de la misma STS.

4.2. Vertiente sustantiva o contractual: ¿Han cambiado los términos que se consideraron al adjudicarse la concesión?

Esta vertiente sustantiva examina si el equilibrio económico-financiero de la concesión se ha roto. Esa ruptura exigiría que se hubieran alterado los términos considerados para la adjudicación de la concesión.

A) LA SENTENCIA DE INSTANCIA.

¹⁶ La reclamación de reequilibrio se insta el 14 de octubre de 2013, habiendo comenzado la explotación de la obra el 15 de enero de 2012.



La STSJN profundiza en el problema de si, en el caso de que hubiera tenido que estar terminada la infraestructura completa, existiría o no padecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión. Adelanto que concluye que no, en cuanto que no cambian los términos considerados para la adjudicación de la misma.

La STSJN expresa su convicción de que las partes habían tenido en cuenta el específico y "diferencial" riesgo de demanda encarnado en una posible merma en volumen del tráfico real respecto del previsto como consecuencia directa de la no culminación por el Ministerio de Fomento del resto del corredor (fundamento de derecho quinto).

Esto es, que se había considerado por las partes un aleas más específico y propio de la concesión del tramo concreto del corredor que el riesgo concesional standard, o que el riesgo de explotación incorporado a una concesión de obra pública, o que el genérico riesgo de demanda derivado de no alcanzar el tráfico real el previsto por la actora.

En síntesis, los términos tenidos en cuenta para la contratación ya contemplaban ese riesgo diferencial concreto, expresando que se ignoraba cuándo se acabaría la infraestructura en los tramos no navarros. La Administración y la adjudicataria saben que el funcionamiento del completo corredor sólo podría producirse a partir de 2020. Por ello, no se puede invocar un cambio en las condiciones a que las partes se atienen al contratar que consistiera en que no se hubiese terminado el corredor, pues las circunstancias que ambas partes sopesaban al signar el contrato eran las mismas que cuando la concesionaria reclama: no tiene por qué terminarse la infraestructura antes de 2020 y,



menos aún, cuando se insta la reclamación, muchos años antes de ese término. El “riesgo” de que la completa infraestructura no se complete antes de 2020 es realmente una condición contemplada en la documentación contractual, no imprevisible, sino prevista expresamente.

La STSJN reproduce las menciones expresas del Estudio de Viabilidad, que advierte que el mismo no supone ningún compromiso de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra frente a posibles licitadores y recoge un riesgo diferencial, propio de la concreta concesión que analizamos, consistente en la programación que el Ministerio de Fomento realice en su política de infraestructuras¹⁷. La misma puede producir, con trascendencia para la concesión del tramo, un doble efecto:

- por un lado, el desarrollo de esa competencia estatal determinará el momento en que finalicen los tramos aragoneses y catalanes del corredor (momento desconocido y aventurado por los aspirantes a la adjudicación por su cuenta y a su riesgo);
- por otro, un posible desdoblamiento de otras carreteras que compitan con el corredor.

Ese estudio previene que el pliego habrá de establecer que el concesionario asuma el riesgo y ventura de la evolución del tráfico, sin que pueda reclamarse de la Administración foral compensación por separarse el volumen real de tráfico del previsto a efectos

¹⁷ Según el estudio, el tráfico del tramo se encuentra sometido a riesgos exógenos, dependientes de los cambios de política de infraestructuras que finalmente pueda introducir el Ministerio de Fomento como Administración responsable pero externa al contrato de concesión.



informativos por esa Administración foral o del aventurado por el licitador (eventual concesionario) en su oferta. Expresamente manifiesta que los compromisos del Ministerio de Fomento no tienen fecha cierta, sólo un límite máximo (habrán de ser ejecutadas antes de 2020), existiendo diversos escenarios posibles con influencia en el tráfico captado.

También la STSJN hace alusión a la Orden Foral que se anexa al contrato y que contiene las respuestas a preguntas de los concurrentes, en el sentido de que las fechas de la apertura del completo corredor serán las estimadas por cada licitador y de que no se conoce por la Administración que ofrece la concesión cuándo pueda terminarse por el Estado el tramo entre el límite de Navarra y Jaca¹⁸.

Así, la concesionaria era perfectamente consciente de la incertidumbre que se cernía sobre la construcción de los tramos competencia del Ministerio de Fomento ya antes de contratar y (claro está) al contratar.

El fundamento de derecho quinto de la STSJN también examina la Cláusula 6 PCAP y la cláusula 7 del Contrato,

¹⁸ La Orden Foral 47/2009, de 11 de mayo, de la Consejera de Obras Públicas, contesta a las preguntas formuladas tras una reunión informativa previa y se incorpora como anexo 4 al contrato de concesión. En cuanto a la pregunta relativa a la apertura completa al tráfico del corredor del que forma parte el tramo navarro de la A-21 y del desdoblamiento previsto, contesta que las fechas a considerar serán las estimadas por el licitador en su oferta, no siendo requisito de la Administración que haya homogeneidad en este aspecto. Y en cuanto a la cuestión formulada acerca de si se dispone de información precisa sobre la fecha en que entrará en explotación el tramo aragonés entre límite Navarra y Jaca, se responde: "*No se dispone de esta información*".



que previenen la explotación de la infraestructura a riesgo y ventura del concesionario *"en su sentido más amplio"*, incluyendo la evolución del tráfico consecuencia de menor o mayor utilización de la autovía en relación con las estimaciones del Plan económico financiero. Y se especifican otros riesgos que asume en cuanto al tráfico, que la STSJN detalla.

Se reitera en las respectivas cláusulas 48 del PCAP y 39 del contrato que la ejecución del contrato será a riesgo y ventura del concesionario y que el reequilibrio económico-financiero sólo surgirá en los supuestos prevenidos por el artículo 157 LFCP. Se entenderá, salvo circunstancias extraordinarias legalmente previstas, que el equilibrio económico-financiero se mantiene si se aprueban las TCD y TCEIS según lo estipulado y se pagan conforme a lo pactado (en síntesis, las cantidades que ha de abonar la Administración Foral en concepto de Canon de Demanda y de Canon de Estado de la Infraestructura y de Calidad del Servicio).

B) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La STS apunta en su fundamento de derecho quinto que:

"... la posibilidad de no llevarse a cabo la construcción de los tramos del Corredor Pirenaico, situados fuera de Navarra, y correspondientes al Ministerio de Fomento, "no es una circunstancia imprevisible y sobrevenida en la formalización del contrato de concesión con el Gobierno de Navarra", como pone de manifiesto la sentencia de instancia, por cuanto riesgo de referencia estaba previsto en la contratación (ya que no se conocía el final de la construcción de los otros tramos) y así lo ratifica la Orden Foral 47/2009, de 11 de mayo, de la Consejera de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, citada en la misma sentencia.



Es evidente que la causa del menor tráfico en el tramo construido por la concesionaria es la no terminación del Corredor, en la parte correspondiente al Ministerio de Fomento, pero tal riesgo -con los datos que figuran en las actuaciones- era un riesgo derivado de errores de apreciación de la propia recurrente, tratándose de un riesgo no imprevisible ni imprevisto, por cuanto se conocía perfectamente, por la concesionaria recurrente, tal incertidumbre antes y en el momento de la contratación, como se deduce del Estudio de viabilidad, previo a la realización de las ofertas y conocido por todos los licitadores, del que se deduce como la captación de tráfico está sujeta a factores exógenos, dependientes, entre otras causas, de los cambios de política de infraestructuras que pudiera introducir el Ministerio de Fomento, posiblemente debidos a la crisis económica cuyas consecuencias se plasman en los documentos oficiales que cita la sentencia de instancia”.

Incide en esta cuestión también el fundamento de derecho séptimo, en sistemática forzada por el análisis de cada motivo del recurso de casación, que le impulsa a volver a considerar este punto. Lo hace en los términos siguientes:

“3. Que la posibilidad de la no construcción de los tramos, situados fuera de Navarra, correspondientes al Ministerio de Fomento “no es una circunstancia imprevisible y sobrevenida en la formalización del contrato de concesión con el Gobierno de Navarra” tal y como la sentencia deduce del Estudio de Viabilidad en la que se hace referencia a los “riesgos exógenos” como podían ser “la finalización de los tramos aragoneses y catalanes, bajo la responsabilidad del Ministerio de Fomento” , o bien el despoblamiento, por el mismo



Ministerio, antes de 2020, de la N-232 (Bilbao-Zaragoza) y de la N-II (en su tramo Zaragoza-Lérida). Y,

4. Que, igualmente, la sentencia hace referencia a la Orden Foral 47/2009, de 11 de mayo, de la Consejera de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, de Contestación a las preguntas formuladas tras la reunión informativa previa.

Por todo ello la sentencia de instancia llega a la conclusión siguiente:

" En definitiva, la concesionaria sabía que existía un grado de incertidumbre sobre la construcción de los tramos cuya licitación correspondía al Ministerio de Fomento ya en el momento de la contratación, lo que destierra la imprevisibilidad como condición necesaria para el reequilibrio de las prestaciones."

Esta es, pues, la razón de decidir de la sentencia, adoptada en el marco de la doctrina general, establecida en las SSTS invocadas como de contraste."¹⁹

En consecuencia, no aparece una de las causas habilitadoras del reequilibrio de la concesión consistente en el llamado "riesgo imprevisible".

La locución "riesgo imprevisible" define el advenimiento con carácter extraordinario de sucesos que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual

¹⁹ Eran las ya citadas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (recurso de casación núm. 54/2013) y 28 de enero de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 449/2012).



existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad²⁰.

Las circunstancias -contempladas por las sentencias que analizamos- que las partes tuvieron a la vista al perfeccionarse el contrato, a que se ha hecho referencia, justifican su conclusión de que no ha surgido el “riesgo imprevisible” como figura habilitante para restaurar el equilibrio económico, pues la supuesta disminución del tráfico respecto del conjeturado era un riesgo previsible y además, expresamente previsto en el contrato.

No ha concurrido alteración alguna de los términos considerados por las partes para la adjudicación de la concesión. Y, desde esta perspectiva, no ha sobrevenido un riesgo imprevisible. Antes bien, el mismo era perfectamente previsible, con sustento en las premisas antes enunciadas.

Así lo expresa la STS. En su fundamento de derecho sexto, se analiza la supuesta infracción de la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (recurso 566/2008), a que se hará posterior alusión. Y en interpretación de esa resolución manifiesta que una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos. En nuestro caso, nos encontramos ante un retraso previsible y difícilmente no contemplado. Y el

²⁰ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 16 de junio de 2009 (recurso de casación núm. 4555/2007) y de 25 de abril de 2008 (recurso de casación núm. 5038/2008).



fundamento de derecho séptimo a que hemos aludido anteriormente reafirma la previsibilidad del riesgo.

4.3. Conclusión de las resoluciones judiciales: Inexistencia de alteración en las condiciones contempladas por las partes

De estos razonamientos, se extrae una primera conclusión:

Aunque hubiera surgido temporalmente el evento que pusiera de manifiesto el supuesto desequilibrio (recordemos que las sentencias estudiadas han concluido que no), éste no habría producido alteración en los términos de la concesión: no habría desequilibrio alguno que acreditase su restablecimiento.

5.- APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2011

5.1 Introducción. El "factum principis".

Hemos visto que, según las resoluciones que comentamos, no ha existido quiebra del balance de la concesión que pueda o deba ser corregida.

No obstante, ya la STSJN dedicaba su fundamento de derecho sexto a examinar la posible concurrencia del factum principis como causa legalmente habilitante del reequilibrio, de haber éste surgido.

Como hemos visto, los correspondientes apartados 2 tanto del artículo 241 Ley 30/2007 como del 157 LFCP



imponían restablecer el equilibrio (en caso de que no respeten los términos tenidos en cuenta para la adjudicación) cuando –entre otros casos- b) actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

La STSJN recepciona el concepto de *factum principis* ofrecido por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 (recurso 8202/2004).²¹

La STS, por su parte, no se detiene en un análisis del principio desde parámetros dogmáticos. No se cuestiona aquí si el “*factum principis*” ha advenido o no, sino si responde de sus consecuencias la Administración no autora del hecho ajeno al contrato.

5.2 La actuación de otra Administración diferente a la contratante que pueda alterar el equilibrio concesional. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (recurso 566/2008).²²

La STS REC 566/2008, aun analizada por la STSJN dentro del fundamento de derecho dedicado al *factum principis*, huye de desarrollar una doctrina de tal supuesto habilitante del reequilibrio concesional. Al contrario, la STS REC 566/2008 sólo menciona el *factum principis* cuando expone las posiciones de las partes, que

²¹ Esa sentencia circunscribe el juego del *factum principis* a “*la adopción por la Administración de medidas de carácter económico o social, acordadas al margen del contrato, que tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario*”.

²² En adelante, STS REC 566/2008.



la citan. Entiendo que sustenta su pronunciamiento más bien en la aplicación del “riesgo imprevisible”, pero puede convenirse con la STSJN en que la STS REC 566/2008 identifica el “princeps” que debe responder, exigiendo que sea el mismo concesionario.

En lo que resulta de relevancia, la STS REC 566/2008²³ examina la influencia que pueda tener sobre equilibrio concesional:

1.- Por un lado, la construcción de infraestructuras por otra Administración (deshablamiento de una vía que resta tráfico a la vía explotada por el concesionario-demandante). Al respecto resuelve que la construcción

²³ Otros análisis más profundos de la STS REC 566/2008. El primero por CASARES MARCOS, A.B., “*Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3ª, Sección 7ª. Recurso contencioso administrativo núm. 566/2008)*”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 1, 2012, ISBN 978-84-470-3877-0, págs. 917-944.

El segundo estudio por GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “*Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011*”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 1, 2012, ISBN 978-84-470-3877-0 págs. 1313-1332.

El tercero, por CARUZ ARCOS, E., “*¿La mejora de las infraestructuras de transporte puede constituir un hecho imprevisible que afecte al equilibrio económico-financiero de una concesión de obra pública?*”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 2/2011. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011, ISSN 1889-4380 págs. 47-56.



de infraestructuras por otras Administraciones no conlleva el reequilibrio, menos aún cuando era previsible.

2.- Y, por otro, la no ejecución por parte de la misma Administración concedente de otras obras de infraestructuras necesarias para la viabilidad de la propia concesión (no construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, corredor del que la AP-41 era el primer tramo) por la declaración negativa de impacto ambiental. Desde este punto de vista, concluye que la no ejecución -pero por parte de la misma Administración- de otras obras conectadas con el objeto de la concesión y por causa imprevisible (no obtención de declaración positiva de impacto ambiental) puede provocar el reequilibrio del balance concesional.

A) LAS CIRCUNSTANCIAS CONTEMPLADAS EN LA STS REC 566/2008

Según la STS REC 566/2008, el desdoblamiento de la M-40 (competencia de la Comunidad Autónoma) resta tráfico a la AP-41 (competencia de la Administración del Estado y objeto de la concesión adjudicada a la actora).

Pues bien, la STS REC 566/2008 desestima la reclamación de reequilibrio sustentada en la actuación de una Administración ajena a la concedente²⁴.

La STS REC 566/2008 descansa sobre todo en que la concesionaria, dados los antecedentes del caso, no podía ignorar la posibilidad cierta del desdoblamiento, a pesar de la falta de publicación del desdoblamiento en el momento de la licitación. La Sala pone, pues, el acento

²⁴ La porción más cuantiosa económicamente del importe reclamado en aquel caso.



en que la posibilidad del desdoblamiento no es un hecho imprevisible y extraordinario, fuera del riesgo y ventura del contratista.

Y también subraya que no se pueden coartar las competencias de las Administraciones respecto al desarrollo de sus infraestructuras. Sobre todo, si es otra Administración la que decide el desdoblamiento²⁵. En la documentación contractual rectora de la concesión, se preveía expresamente que no había obligación de reestablecer el equilibrio por actuaciones de otras Administraciones Públicas conocidas antes de la adjudicación de la concesión. Ello no significa que sí responda por actuaciones no previstas de otras Administraciones. El principio de coordinación es consustancial a la acción de la Administración y, concretamente, las infraestructuras viarias han de integrarse en redes. Pero no implica que una Administración deba asumir las consecuencias de decisiones tomadas en el ámbito de sus competencias por otra entidad pública. Si se quieren atribuir a la Administración concedente los perjuicios²⁶ derivados de las actuaciones de otra distinta, habrá de mediar algo más que la sola producción de un menoscabo a causa de hechos ajenos a ella. No se ha establecido un principio general de responsabilidad objetiva para la misma, como confirma el invocado artículo 248 del texto vigente en aquel momento (luego, el denunciado como infringido

²⁵ No constituyen para la STS REC 566/2008 óbice a esa conclusión ni la cláusula 8 del pliego ni el nuevo pliego tipo, ni el principio de coordinación, ni la ley 25/1988, ni la legislación de contratos, cuyo examen pormenorizado efectúa.

²⁶ La STS REC 566/2008 utiliza este término “perjuicios” para referirse a las consecuencias dañosas que sufra el concesionario por el desequilibrio concesional que sobreviene.



artículo 258), que no extiende la responsabilidad de la Administración a hechos ajenos.

La STS REC 566/2008 efectúa una interpretación de ese precepto (del mismo contenido que el 241 de la Ley 30/2007 y del 157 de la LFCP), a cuya vista concluye que el sujeto Administración enunciado en ambos supuestos es el mismo (apartado 2, a y b). Esto es, que la Administración que pueda modificar las condiciones de explotación de la obra (que no es otra que la que adjudica) es la misma que la Administración (designada de igual manera) que actúe determinando de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. El precepto, en ambas letras, se refiere a una única Administración, a la misma que puede modificar el contrato, que se designa de igual manera en el apartado relativo al *factum principis* y en el referente al *ius variandi* (que puede llevar a cabo el ente dueño de la obra).

B) CONTRASTE ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA STS REC 566/2008 Y LAS DEL CASO QUE EXAMINAMOS.

Las coincidencias entre ambos supuestos justifican que tanto la STS/JN como la STS apliquen la misma consecuencia: la Administración de la Comunidad Foral no ha de reequilibrar la concesión por un (supuesto) desequilibrio derivado de actos de otra Administración pública.

La STS REC 566/2008 identifica la actuación desequilibrante como el desdoblamiento de una carretera, previsible, aunque no aparecía contemplado expresamente en la concesión de la autopista.



En el caso de las sentencias que aquí analizamos, la conducta de otra Administración con posible repercusión en la concesión aparece expresamente prevista.

Así, las razones que la STS REC 566/2008 expone para la no extensión de la obligación de reequilibrio a la Administración concedente por actos de otra Administración concurren aquí y reforzadamente.²⁷

5.3. La omisión -atribuible a la misma Administración concedente- de la construcción de una infraestructura que puede alterar el equilibrio concesional

A) LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA POR LA STS REC 566/2008.

Ha de examinarse ahora el análisis que efectúa la STS REC 566/2008 respecto de la no ejecución por parte de

²⁷ La doctrina de la STS REC 566/2008 es invocada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014 (recurso número 486/2011). En ella se desestima la pretensión de reequilibrio de la concesión de una autopista de peaje, como consecuencia de la drástica reducción del tráfico respecto al volumen previsto. Las ofertas son hechas por los licitadores bajo su exclusivo criterio y responsabilidad. La oferta de la concesionaria incluía el estudio de tráfico elaborado por ella misma a su riesgo y ventura. El aleas de las desviaciones de tráfico que hayan podido producirse pesa sobre la concesionaria. Es inherente al riesgo y ventura que caracteriza a la concesión el llamado "riesgo de demanda". La merma del flujo de vehículos se encuentra dentro del ámbito del riesgo y ventura del concesionario. La segunda cuestión relevante en esa sentencia de 2014 del Tribunal Supremo radica en la pretendida disminución de tráficos en razón de la remodelación y mejora de la A-4. Y esa sentencia toma en expresa consideración y reproduce lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la tan repetida STS REC 566/2008.



la misma Administración concedente de otras obras de infraestructuras necesarias para la viabilidad de la propia concesión.

Esta vertiente (que da lugar a pronunciamiento condenatorio) merece un exiguo análisis expreso por parte de la STSJN.

La STS REC 566/2008 aprecia responsabilidad de la Administración del Estado en orden al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión causado por su propia inactividad. El que no se pusiera en servicio el completo corredor en que se integraba la infraestructura objeto de la concesión afectaba decisivamente al equilibrio económico de la misma.

En el supuesto de la STS REC 566/2008, es la actuación de la misma Administración (al no continuar la completa infraestructura a que se incorporaba la autopista objeto de concesión) la que determina la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

Además, en el caso examinado por la STS REC 566/2008 existía un grado de imprevisibilidad, esto es, *“la falta de construcción de la autopista a Córdoba desde Toledo sea (es) un hecho extraordinario e imprevisible del que no debe responder el concesionario”*.

Como recuerda la STS REC 566/2008, esa imprevisibilidad deriva de que la interrupción de la construcción de la completa infraestructura obedeció a que la declaración de impacto ambiental del proyecto fue negativa.

La STS REC 566/2008 aplica a esas premisas la misma línea de razonamiento que la examinada anteriormente respecto de la primera causa de reequilibrio. El



fundamento sexto de la STS REC 566/2008, aunque no reproduce íntegramente la motivación del quinto, parte del mismo y, en una operación racional que puede reputarse coherente, aplica la misma norma y los mismos principios en uno y en otro razonamiento jurídico.

Esto es, que procede el reequilibrio por dos razones:

1. Porque la no continuación del completo corredor deriva de un hecho imprevisible, la declaración negativa de impacto ambiental del proyecto.
2. Y porque esa falta de culminación del completo corredor se debe a la misma Administración Pública.

B) CONTRASTE ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA STS REC 566/2008 Y LAS DEL SUPUESTO RESUELTO POR LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE COMENTARIO.

La concesionaria del corredor navarro solicitaba se aplicase la consecuencia condenatoria que sobre esa segunda vertiente de la reclamación de reequilibrio adopta la STS REC 566/2008. Pero esa pretensión supondría una contradicción con lo que la propia STS REC 566/2008 declara terminantemente: que una Administración no ha de devolver la proporción concesional como consecuencia de un supuesto desequilibrio derivado de actos (aún imprevisibles) de otra Administración pública.

Como se ha anticipado, el fundamento de derecho sexto de la STS REC 566/2008 es coherente con el fundamento de derecho quinto. Su diferente consecuencia deriva de las diversas circunstancias que confluyen en cada uno de los supuestos de reequilibrio examinados en ambos fundamentos jurídicos.



Existe una coincidencia ente el supuesto de la STS REC 566/2008 y el que resuelve la STS y analizamos aquí: se examina en ambos casos la repercusión de la falta de continuación del corredor de que forma parte la infraestructura en concesión.

Pero en el caso examinado por la STS REC 566/2008 el riesgo de que no se continuara el corredor era imprevisible (declaración negativa de impacto ambiental).

En el caso objeto de la STS que comentamos, por el contrario, la no continuación de la infraestructura completa en los plazos parciales aventurados en la oferta no era imprevisible. Por el contrario, estaba prevista la discrepancia entre el tráfico previsto y el real por las vicisitudes de la puesta en funcionamiento de la obra en todos sus tramos debidas al ejercicio de competencias de otra Administración, la del Estado.

Se mantienen, pues, los términos considerados para la adjudicación de la concesión.

Y otra diferencia –esencial- entre el supuesto de la STS REC 566/2008 y el de la STS que motiva este comentario estriba en que la primera sentencia examina un caso en que es la actuación de la misma Administración (al no continuar la completa infraestructura a que se incorporaba la autopista objeto de concesión) la que determina la ruptura sustancial de la economía de la concesión. En nuestro caso, no es la Administración concedente quien deja de poner en funcionamiento el resto del corredor. Se trata de otra Administración.

La repercusión de la actuación de otra Administración en la concesión ha sido pacientemente analizada por la misma STS REC 566/2008 en el fundamento de derecho



quinto, excluyendo que compela al reequilibrio por parte de la concedente.

La diferente consecuencia que la STS REC 566/2008 aplica a la segunda vertiente de la petición de reequilibrio se justifica como hemos anticipado. El fundamento de derecho sexto de la sentencia de esa Sala del Tribunal Supremo no instaura una doctrina autónoma e independiente de la que desarrolla la misma resolución judicial en el fundamento de derecho quinto. Al contrario, la STS REC 566/2008 guarda perfecta congruencia entre ambos razonamientos lógico-jurídicos.

Así, en el quinto, la STS REC 566/2008 considera que no hay derecho a reequilibrio alguno:

- Al no modificarse los términos considerados para la adjudicación de la concesión, pues el riesgo de un descenso en el tráfico previsto por la actuación de otra Administración estaba implícitamente previsto (en el caso que examinamos aquí, explícitamente) y
- Al derivar esa merma de la actuación de otra Administración pública (como en el caso presente).

No obstante, en el fundamento de derecho sexto, entiende que procede el reequilibrio:

- Dado que la no continuación del completo corredor deriva de un hecho imprevisible -la declaración negativa de impacto ambiental del proyecto- (mientras que en nuestro caso estaba prevista la discrepancia entre el tráfico previsto y el real por las vicisitudes de la puesta en funcionamiento de la obra en todos sus tramos debidos al ejercicio de competencias de otra Administración) y



-Dado que esa falta de terminación del completo corredor se debe a la misma Administración Pública (a diferencia de nuestro caso).

En suma, el fundamento de derecho sexto aplicaría idéntico razonamiento que el quinto y no lo contradiría: los términos tenidos en cuenta al adjudicarse la concesión (previsibilidad) se han alterado y justamente por actos de la propia Administración (la concedente) lo que la integra dentro del término "Administración" a que alude el apartado 2 del invocado artículo 248 del texto regulador de la contratación aplicable *ratione temporis* al caso examinado por esa STS REC 566/2008.

Así pues, el pronunciamiento (estimatorio) de la STS REC 566/2008 respecto de la segunda vertiente de la petición de reequilibrio es compatible con el pronunciamiento (desestimatorio) de esta misma sentencia.

5.4. La aplicación de la mentada doctrina al caso analizado por la STS que comentamos

En el supuesto que examinamos, las actuaciones a las que se imputa la ruptura del equilibrio concesional son llevadas a cabo por la Administración General del Estado y son ajenas al Gobierno de Navarra, que ha cumplido las condiciones del contrato de concesión. La Administración foral no puede imponer a la Administración del Estado el cumplimiento de las previsiones contenidas en el PEIT 2005-2020. Entendía ya la confirmada STSJN que ni el artículo 157 de la LFCP ni el artículo 258 de la Ley 30/2007 (el 241, en realidad) contemplan la posibilidad de que sea otra Administración distinta a la contratante quien ocasione el desequilibrio del contrato por la adopción de medidas de carácter económico o social que tengan una repercusión negativa en su ejecución. Sin embargo, la STSJN apunta que esta



posibilidad se desprende de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009 (recurso 4708/2006) citada por la parte actora²⁸.

La STS que confirma el pronunciamiento de la STSJN analiza esa STS REC 566/2008 al resolver uno de los motivos del recurso de casación articulados por la concesionaria, que denunciaba infracción de la doctrina de esa última resolución, y concluye que la sentencia recurrida (STSJN) interpreta y traduce al caso de forma correcta la doctrina de la STS REC 566/2008.

El TS señala que el fundamento de derecho sexto de esa STS REC 566/2008 no contiene referencia alguna a la intervención de otra Administración, dado que en la construcción de la AP-41, tanto la evolución del impacto ambiental como la continuación de la infraestructura correspondían a la competencia de la misma Administración, la estatal.

Las referencias a la intervención de otra Administración, la de la Comunidad Autónoma de Madrid, se ubican en el fundamento de derecho quinto STS REC 566/2008, justamente el que razona sobre la desestimación de la

²⁸ La citada resolución judicial de 24 de marzo de 2009 se limita a permitir la iniciación de un procedimiento para el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de la carretera M- 45, afectada por la ejecución del proyecto de construcción de la Unión de Carreteras M-45 y M-50. Sólo examina el primer motivo de casación. Ciertamente, la unión de carreteras correspondía a la Administración del Estado y la petición de reequilibrio se dirige a la Comunidad de Madrid. Pero esa resolución sólo compele a iniciar el procedimiento en la Comunidad, no dice que necesariamente debiera responder ésta, conclusión que vendría contradicha por la clara doctrina de su (posterior) sentencia de 16 de mayo de 2011.



pretensión de reequilibrio. Se rechaza esa pretensión, en cuanto que el desdoblamiento de la M-407 era un hecho previsible, pues esa carretera no sólo podía ser desdoblada, sino que debía ser mejorada a través de esa u otra medida.

Ciertamente la STS REC 566/2008 examina el hecho de que ese desdoblamiento previsible se realizara por otra Administración de la que había licitado la AP-41. Así, a la previsibilidad de que el desdoblamiento se lleve a cabo se opone la dificultad de prever que se haga, dado que conviene a una diferente Administración territorial.

Para la STS, la recurrente pretende extrapolar al supuesto de autos la imprevisibilidad declarada (en relación con la continuidad del corredor a Andalucía), y, al mismo tiempo, las referencias de la STS REC 566/2008 a la concurrencia de dos Administraciones (tomadas en consideración, justamente, para apoyar la tesis de la previsibilidad del desdoblamiento de la M-407 por la Comunidad de Madrid).

Lo que decía la STS REC 566/2008 es que una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos. Del principio de coordinación no se sigue que una de ellas, en este caso la General del Estado, deba asumir las consecuencias de decisiones tomadas en el ámbito de sus competencias por la Comunidad de Madrid.

Por eso el TS en su sentencia de diciembre de 2019 que comentamos (STS) ratifica la aplicación de la doctrina de la STS REC 566/2008 que realiza la sentencia de instancia, entendiendo que:



- No es trasladable al supuesto de autos la declaración de imprevisibilidad que la STS efectúa de la no continuidad del Corredor de Andalucía.

- Y que sí es transferible, por el contrario, en cuanto argumento complementario a la de previsibilidad del desdoblamiento, la declaración que la STS REC 566/2008 lleva a cabo en relación con la imposibilidad de declarar el derecho al reequilibrio económico financiero de la concesión, por actuaciones -además, posteriores- de una Administración diferente.

Aplicando esas apreciaciones al caso que la sentencia de 2019 examina, la STS entiende, que no se trata de una inejecución definitiva -como ocurriera con el non nato Corredor de Andalucía- sino de un retraso del Corredor Pirenaico de cuya no construcción, por una Administración diferente, se pretende obtener el reequilibrio de la concesión antes del límite temporal previsto, siendo, en realidad, como venimos señalando, un retraso previsible y difícilmente no contemplado.

Esto es, que rechaza la petición de reequilibrio sustentado en la sentencia de contraste, atendiendo a estas notas:

- previsibilidad,
- retraso, que no inejecución definitiva del corredor, e
- imputabilidad a otra Administración diferente a la que contrata con el concesionario.

6.- ARGUMENTACIÓN PROPIA DE LA STS RELATIVA A LA INTERVENCIÓN DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA DE LA CONCEDENTE QUE PUEDA ALTERAR EL EQUILIBRIO PRESTACIONAL



Complementando su fundamentación, y en otra ubicación (fundamento de derecho octavo), la STS desestima el motivo casacional relativo a la supuesta infracción del artículo 258.4.b y del 241.2.b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En ese motivo, la recurrente considera que el término "Administración" incluye a otras administraciones diferentes de la contratante que puedan impactar en el equilibrio de la concesión. La Sala califica de "sugerente" la argumentación de la recurrente, atributo que, no obstante, no le convence para su favorable acogida.

Sola y exclusivamente la Administración que adjudica la concesión de la obra es la que puede variar -y no otra- el contenido del contrato afectando al equilibrio económico financiero del mismo. Y así el precepto reputado infringido dice que el mantenimiento de su equilibrio económico se impone *"en los términos que fueron considerados para su adjudicación"*, esto es, en las condiciones que fueron tenidas en cuenta para su adjudicación por la Administración que llevó a cabo la misma y que firmó el contrato.

La intervención, actuación o no actuación de un tercero -aunque sea otra Administración- no puede incidir en el vínculo jurídico, bilateral y sinalagmático, que la concesión y el contrato implican. *"Y, mucho menos, tal intervención externa al citado vínculo jurídico, puede ser determinante de una exigencia de mantenimiento del equilibrio por parte de una Administración que ha cumplido, estrictamente, con su vínculo bilateral pactado."*

El propio precepto requiere que *"las actuaciones de la Administración, que puedan dar lugar a una ruptura*



sustancial de la economía de la concesión, han de llevarse a cabo "de forma directa".

De esa expresión ha de inferirse que sólo la Administración implicada en la concesión es la que, "de forma directa", puede provocar la ruptura sustancial de la economía de la misma. La intervención de otras Administraciones sería una intervención indirecta, pero sin entidad para afectar al equilibrio del contrato. Y dentro de la otra causa de alteración del citado equilibrio -la "fuerza mayor"- no tienen cabida las actuaciones de otra Administración, y menos con los motivos por lo que aquí ha actuado la Administración del Estado.

Recalca la STS:

"(S)ólo la misma Administración vinculada por la concesión y el contrato -sólo ella- es la que cuenta con posibilidades competenciales para modificar el contrato y así determinar la ruptura del equilibrio económico que está obligada a mantener."

Desde otra perspectiva, el fundamento de derecho décimo de la STS desecha la invocada vulneración del entonces vigente artículo 140.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPA), que recogía el principio de responsabilidad solidaria para aquellos supuestos en los que concurrieran actuaciones de diferentes Administraciones. Y en ese razonamiento, la STS entiende que el precepto incluye la solidaridad de diferentes Administraciones en el supuesto de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Pero nos hallamos ante una reclamación de reequilibrio económico financiero de una concesión de obra pública.



Es "cierta la existencia de algún tipo de pacto o convenio para el diseño y configuración del proyecto del Corredor Pirenaico -ejecutando tanto Navarra como el Ministerio de Fomento su parte correspondiente-, pero tal actuación conjunta no cuenta con entidad para trasladar la supuesta responsabilidad del Estado a Navarra, cuando la relación de la entidad recurrente lo ha sido exclusivamente con el Gobierno de Navarra, y como consecuencia de la concreta licitación y adjudicación de una obra pública, sin que en la misma haya intervenido el Estado". La relación bilateral sólo se ha producido entre la recurrente y el Gobierno de Navarra.

Por ello, tampoco por esta razón cabe atribuir la responsabilidad de un supuesto reequilibrio concesional a la entidad concedente.

7. CONCLUSIONES

-En el caso examinado, no ha surgido el desequilibrio, pues la programación en que se inserta la infraestructura completa en los tramos competencia del Estado preveía su finalización para 2020, año que no había llegado al ejercitarse la pretensión, y no había tampoco transcurrido el planeado plazo de ramp-up.

-Tampoco se produce el desequilibrio, pues los términos considerados en la concesión contemplaban el riesgo específico de que la demanda de tráfico no alcanzase los volúmenes previstos y concretamente por la causa de desconocerse la terminación del corredor en los tramos no navarros. No sobreviene el factor habilitante de reequilibrio conocido como riesgo imprevisible.

-La Administración concedente de la explotación de una obra pública no responde por el desequilibrio causado



por los actos u omisiones de otra Administración, aunque esa conducta consista en la falta de puesta en funcionamiento de un corredor en que se inserte el tramo objeto de la concesión. El “princeps” concedente no es el causante de la falta de construcción de la completa infraestructura. Hoy hay que atender al efecto prevenido por el artículo 270.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Esta conclusión no puede desconectarse de la anterior, pues la STS contempla una concreta concesión en la que se tiene en cuenta expresamente el riesgo o aleas referido a la actuación de otra Administración pública en cuanto responsable del resto de la completa infraestructura.

No obstante, la STS mantiene que el concesionario responde de las consecuencias del hecho alterador del equilibrio concesional siempre que sea el “príncipeps” autor del hecho alterador. Y lo sustenta en abundante justificación argumental, desarrollada con carácter autónomo e independiente de la previsibilidad del riesgo concurrente en este supuesto.