

EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCIERO DEL CONTRATO AL AMPARO DEL PRINCIPIO DEL RIESGO IMPREVISIBLE.

Los contratos nacen para ser cumplidos, y dicho cumplimiento debe acometerse en los términos previstos en dicho contrato, con independencia de si una de las partes resulta más o menos favorecida que la otra por las circunstancias o el contexto en el que tal contrato se ejecuta. En los contratos administrativos esta regla se consagra con aún más vigor a través del principio del riesgo y ventura del contratista, que es el único que se beneficia o perjudica con los resultados de su gestión. Ello no obstante, el legislador ha venido reconociendo un derecho de restablecimiento del equilibrio del contrato cuando por actuaciones de la propia Administración o por circunstancias externas como la fuerza mayor, se rompe el sinalagma entre las partes. A estos supuestos legalmente previstos debe añadirse otro actualmente en expansión: la doctrina del riesgo imprevisible, acuñada por el Consejo de Estado y admitida y aplicada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

El contrato administrativo, como todo contrato, establece una relación jurídica entre las partes (relatividad del contrato), que es, como regla general, inalterable y obligatoria (artículos 1254, 1256 y 1258 del Código Civil).

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

En el caso de los contrato administrativos, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la **ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista**, como reconoce, con carácter general¹, el artículo 199 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público – en adelante LCSP -, y en particular respecto de los contratos de concesión de obras públicas el artículo 7.2 LCSP (que lo define), y el artículo 225 LCSP² relativo a su ejecución. No aparece, en el texto de la LCSP, referencia específica alguna al **principio de riesgo y ventura** en los contratos de obras, como tampoco aparecía en la anterior legislación³, a salvo la referencia expresa a la excepción de dicho principio ante el concurso de **fuerza mayor**.

El contratista está así obligado a cumplir con la prestación que constituye el objeto del contrato, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución, de tal modo que **se beneficia de las ventajas** y rendimientos de la actividad que desarrolla **y se perjudica con las pérdidas** que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del contratista, **aunque** no obstante **garantiza la indemnidad** de las **prestaciones económicas** del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual, mediante la técnica de la **revisión de precios** que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

No obstante esta regla general, lo cierto es que la propia legislación ha venido a prever mecanismos que mitigan la interpretación estricta del mencionado principio, como se deduce de la regulación expresa del **mantenimiento del equilibrio económico del contrato** de concesión de obras públicas – que el artículo 228 LCSP configura como un “derecho del concesionario” -.

1 En efecto, el artículo 199 se ubica en el capítulo III (Ejecución de los contratos) del Título I (Normas generales) del Libro IV (Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos) de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

2 El artículo 225 en la redacción dada al mismo por la disposición final 16.21 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

3 El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, establecía la regla general del riesgo y ventura y la excepción específica de la fuerza mayor para el contrato de obras en su artículo 98.

Así, por ejemplo, el artículo 241 LCSP⁴ establece que

*1. El contrato de concesión de obras públicas **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.*

*2. **La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda**, en los siguientes supuestos:*

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.

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 enumeradas en el artículo 214.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4º. de la letra c), y en la letra d) del artículo 115.1.

Los motivos enumerados en dicho precepto hacen referencia a circunstancias ajenas a la voluntad del contratista que alteran el equilibrio del contrato, o como señala el propio apartado b) del artículo 241.2, "determinaran de **forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión**". En efecto, como ha señalado el Consejo de Estado⁵ en relación con diversos contratos de obras, aun cuando tales contratos están sujetos al criterio general de la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes, dicho criterio cede en el caso de que su **cumplimiento resulte excesivamente oneroso**, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula "rebus sic stantibus"), en cuyo caso podría ser admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

4 Modificado por la disposición final 16.25 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible.

5 Este ha sido el criterio sentado por el Consejo de Estado en diversos dictámenes emitidos con relación a consultas de naturaleza análoga (por todos, los dictámenes núms. 1.528/2002, 1.521/2003, 3.205/2003 y 3.485/2003).

La **gravosa onerosidad** puede tener un origen vario, bien en **decisiones de la propia Administración** ("factum principis"), bien en **circunstancias ajenas a ésta**, bien en la **fuerza mayor**, si bien en todo caso debe tratarse de una onerosidad tal que, además de **obedecer a una causa imprevisible** o de ordinario injustificable, **rompa el efectivo equilibrio** de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual. Solo en estos casos en los que se produce una **quiebra total y absoluta del sinalagma** establecido entre la Administración y el contratista resulta aplicable la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos en virtud del concurso de un riesgo imprevisible.

Ahora bien, la apreciación de dicha alteración sustancial ha de hacerse en cada caso concreto, atendiendo a las concretas circunstancias de la relación contractual ponderada, de tal modo que el **reconocimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización por alteración del equilibrio económico financiero del contrato** no es consecuencia indefectible y automática derivada del incremento de los costes de su ejecución en cuantía superior a un determinado porcentaje de su precio⁶.

En este sentido, como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, "Es indudable que **la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario** que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues **sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad**"⁷

En efecto, el Tribunal Supremo ha reconocido el **derecho del contratista a ser indemnizado** cuando por circunstancias extraordinarias e imprevisibles su posición jurídica en el seno del contrato resulta alterada y el cumplimiento de las prestaciones a que se ha obligado resulta excesivamente onerosa, de tal modo que quiebra el sinalagma establecido entre las partes.

⁶ Cuando el Consejo de Estado ha señalado en ocasiones un porcentaje en tal sentido, no lo ha hecho de manera rígida y absoluta, sino, antes al contrario, como simple pauta para valorar las circunstancias concretas que puedan concurrir.

⁷ F.J. 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 16 de junio de 2009, RJ/2009/5783.

Esta doctrina jurisprudencial puede admitirse además no solo respecto de los **contratos de obra** – entre otras las Sentencias de 18 y 25 de abril de 2008, 4 de junio de 2008, y 10 de noviembre de 2009; sino también en los **contratos de concesión de obras públicas**, como ha ocurrido recientemente con la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, cuyo fallo **estima** el recurso contencioso administrativo nº 566/2008, interpuesto por Autopista Madrid-Toledo Concesionaria Española de Autopistas, S.A. y reconoce su **derecho a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión**, al entender (FJ6º) que la falta de construcción de la autopista a Córdoba desde Toledo es un **hecho extraordinario e imprevisible** del que no debe responder el concesionario, y no un acontecimiento incluido en el riesgo y ventura del contrato.

Conclusión: Aun cuando los contratos administrativos establecen una relación inalterable y obligatoria – sobre todo para el contratista – en la que la prestación debe ejecutarse bajo el principio de riesgo y ventura, la legislación vigente reconoce una serie de supuestos en los que la quiebra del sinalagma entre las partes merece reparación, si bien tales supuestos se vinculan fundamentalmente a la intervención de la propia Administración, a supuestos de fuerza mayor o a las previsiones al respecto contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Fuera de estos supuestos sin embargo cabe solicitar de la Administración – y ante la negativa de ésta, ante los Tribunales – la indemnización del contratista para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato cuando la mayor onerosidad en el cumplimiento de la prestación derive de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que alteran la propia base del negocio o sus condiciones.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Departamento de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)