

FUERZA MAYOR Y CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

JOSÉ-LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ

Letrado del Consejo de Estado

1. La ejecución de los contratos administrativos es a riesgo y ventura del contratista. Tal principio tiene una excepción en el caso del contrato de obras, pues el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los daños producidos por causa de fuerza mayor. Así estaba establecido en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, y lo previene actualmente el artículo 144 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

La indicada excepción no está prevista para el contrato de gestión de los servicios públicos. Cabe, entonces, plantear la cuestión de si la excepción mencionada resulta de aplicación a este tipo de contratos.

2. El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión, en relación con las autopistas de peaje, en dos sentencias, a saber: una, de 6 de junio de 1997, y, otra, de 9 de diciembre de 1998.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998 (ponente: Fernando Ledesma Bartret), en su fundamento jurídico sexto, dice:

“A falta de norma específicamente aplicable al caso controvertido, que determine quién ha de soportar los daños producidos en la autopista por fuerza mayor sobrevenida durante la explotación del servicio público objeto de concesión, hemos de acudir, al art. 2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Autopistas de Peaje, a la legislación de Contratos del Estado. Más concretamente (según hemos dicho en la reciente Sentencia de esta misma Sala y Sección de 6 de junio de 1997, dictada en el recurso de apelación 882/1993,

recaída en un supuesto que coincide sustancialmente con el que es objeto de este recurso) a los arts. 67 de la Ley de Contratos del Estado y 208 de su Reglamento, que establecen que el contrato de gestión de servicios públicos se regulará por lo establecido en el Título I de aquella Ley para el contrato de obras, en todo lo que no se oponga a las disposiciones propias del contrato de gestión y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél. Resulta, pues, que el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado es aplicable al caso enjuiciado y, por tanto, debe entenderse que los daños experimentados por el concesionario no son de su cuenta sino que tiene derecho a indemnización”.

Tal doctrina sustentada por el Tribunal Supremo no puede ser compartida, tanto si se atiende a la Ley de Contratos del Estado de 1965 como si se contempla conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente vigente, pues, además de integrar incorrectamente el grupo normativo aplicable, desconoce la naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos y, en especial, de la concesión administrativa.

3. Dos son básicamente los argumentos que cabe oponer a la doctrina sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo: uno, menor, de carácter formal, y, otro, sustantivo.

La doctrina jurisprudencial no puede sustentarse con arreglo a Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que, en esta norma, no existe una remisión a la regulación del contrato de obras para el de gestión de los servicios públicos. En efecto, el artículo 67 de la Ley de Contratos del Estado ha desaparecido del nuevo texto legal, sin encontrar sucesor de análogo contenido. Por contra, el artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas previene expresamente que la ejecución del contrato administrativo se hará a riesgo y ventura del contratista, con la sola excepción del contrato de obras (artículo 144) o de un servicio público que conlleve la ejecución de obras mientras no se produzca su recepción a su terminación¹.

El argumento sustantivo es, sin embargo, el determinante. Y, dado que la sentencia del Tribunal Supremo ha planteado la cuestión al hilo de unas reclamaciones formuladas por las sociedades concesionarias de dos autopistas de peaje, conviene analizar dicho argumento atendiendo precisamente a la regulación de éstas.

¹ En el mismo sentido, JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos*, Madrid, 2000, pág. 71.

4. Todas concesiones de carreteras y autopistas otorgadas por la Administración al amparo de distintas normas (el Real Decreto Ley de 28 de junio de 1928, la Ley de 26 de febrero de 1953, la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, y normas especiales y la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión²) han sido calificadas como concesiones de naturaleza mixta, de obra y servicio público³.

El carácter de concesión de obra pública se acentúa en la primera fase de su existencia; especialmente, en la de construcción de la infraestructura viaria. Su índole de servicio público, se hace patente con ocasión de su funcionamiento y explotación.

Como concesión mixta, de obra y servicio público, su régimen jurídico está presidido por el principio de riesgo y ventura.

5. En su fase inicial, en la que prevalecen los elementos configuradores de una concesión de obra pública, el principio de riesgo y ventura comporta que el concesionario debe construir la infraestructura viaria, sin que a la Administración “le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir”, por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. Así lo establece el artículo 26.3.º de la Ley 10/1972, de 10 de mayo, al decir

“El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la autopista será el siguiente:

...

3.º Las obras se efectuarán a su riesgo, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito o de cualquier otra causa, excepto fuerza mayor. La Administración no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores”.

Lo mismo previene el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.

² Para un examen de los distintos otorgamientos de concesiones de carreteras y autopistas, GARCÍA ORTEGA, *Las concesiones administrativas de carreteras en el ordenamiento jurídico español*, s.l., 1979.

³ GÓMEZ-FERRER MORANT, “En torno a la Ley de Autopistas de Peaje”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto, 1972, págs. 325 y ss. y MONEDERO GIL, “La carretera como servicio público: su financiación y fiscalidad” en *Actas de la XI Semana de la Carretera*, Benálmadena, 12-19 junio de 1978.

La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor⁴. Introducida esta excepción en el artículo 86 del pliego de cláusulas de 1886, de aplicación a las obras públicas⁵, como justa compensación a las dificultades de los contratistas y concesionarios para encontrar entidades aseguradoras que quisieran asumir los grandes riesgos derivados de la eventual pérdida o destrucción de las obras públicas, y ratificada su existencia en el artículo 42 del pliego de 1903 y en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, es acogida también en el pliego de 1973, que regula de manera pormenorizada las indemnizaciones a que tiene derecho el concesionario caso de destrucción de la obra por causa de fuerza mayor durante la fase de construcción (cláusula 112.a).

En otros términos, el concesionario está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor, teniendo reconocido únicamente el derecho a que, una vez construida, se ponga en servicio a fin de resarcirse de su coste con el cobro de los correspondientes peajes (Ley 8/1972, artículo 26.5.º).

6. En la fase de explotación, prevalecen en la concesión de autopistas los elementos de la concesión de servicio público. La Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda la explotación al concesionario que corre con los riesgos económicos de la empresa.

El régimen jurídico aplicable a la explotación de las autopistas en régimen de concesión que contiene las reglas antes indicadas está constituido por la Ley 10/1972, de 10 de mayo, y el pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero y, como norma supletoria, la legislación de Contratos del Estado (artículo 2.º de la Ley 10/1972), en lo tocante al contrato de gestión de los servicios públicos. Las normas indicadas constituyen el grupo normativo aplicable que se autointegra conforme a sus propios principios rectores, de tal suerte que no es necesario acudir a las reglas informadoras de otros contratos, como el de obras, para colmar eventuales lagunas o para interpretar sus previsiones.

Las reglas básicas del régimen jurídico de explotación de las concesiones de autopistas integrado por dicho grupo normativo son la del mantenimiento del equilibrio económico-financiero; la de continuidad en la

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, número 2, mayo-agosto, 1950, págs. 99 y ss.

⁵ ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 66 y ss.

prestación del servicio; la de prestación del servicio a su riesgo y ventura (artículo 66. 1 de la Ley de 8 de abril de 1965); la del mantenimiento del orden en el servicio; la de no discriminación de trato y la de indemnización de los daños causados a tercero⁶.

En especial, de las indicadas reglas deben destacarse dos, a saber: la genérica del mantenimiento del equilibrio económico-financiero y la específica de explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista.

La regla de que la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista comporta que éste 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 actividad pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del concesionario. Esta regla no tiene excepción concreta alguna en el caso de las concesiones de autopistas en régimen de concesión. Así cabe deducirlo de un examen de las normas que integran el grupo normativo aplicable.

Ni la Ley 8/1972, de 10 de mayo, ni el pliego de cláusulas generales de 1973, ni la regulación de contrato de gestión de servicios públicos contenida en la Ley de 8 de abril de 1965 y en el Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, establecen excepción alguna a la referida regla. No hay ninguna disposición que prevea que el concesionario tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos en la obra pública una vez que está en explotación por hechos propios, ajenos o por fuerza mayor. Es más, la cláusula 112, a) del pliego de 1973, previene específicamente que *“la destrucción de la autopista, sea total o parcial, no dará derecho de indemnización alguna (al concesionario), salvo que los daños provinieran de una orden emanada de la Administración”*, sin distinguir la causa de dicha destrucción. El silencio normativo en relación a fuerza mayor no significa que exista laguna alguna. Antes al contrario, el *argumento ex silentio* o *lege non distinguente* es aquí una manifestación clara de que se ha querido excluir tal posibilidad. Y es que, de una parte, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, la atribución de derechos y facultades ha de ser expresa y concreta (*in regalia regni, expressa iura*, que decía la Glosa Lombarda, II, 34, 8), de tal suerte que, faltando dicha atribución, no es posible recocerle derecho al concesionario. Además, la regla de que el contratista de obras tiene derecho a que se le indemnicen los daños sufridos, a consecuencia de la fuerza mayor, constituye una

⁶ VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial*, Madrid, 1999, pág. 210 y ss.

excepción al régimen general y, como tal, debe ser objeto de interpretación estricta, de tal suerte que no es susceptible ni de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva. Y, de otro lado, el reconocimiento de tal derecho en favor del concesionario de los servicios públicos, llevaría a una conclusión contraria a la propia naturaleza de la institución concesional; se trataría de una conclusión de las llamadas apagógicas, en la que la regla básica de la concesión –la del riesgo y ventura del concesionario– se vería desvirtuada, desnaturalizando no ya uno de los aspectos del negocio jurídico sino la institución misma, con menoscabo de la voluntad legal.

Todo ello fuerza a considerar, frente a lo sustentado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de diciembre de 1998, que el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 y el artículo 144 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resultan de aplicación a las concesiones de autopistas, puesto que ni existe vacío alguno que colmar en materia de indemnización de daños causados por la fuerza mayor, ni resulta acorde con la estructura de la concesión su reconocimiento y aplicación.

7. El criterio expuesto en relación a las concesiones de autopistas es extrapolable a todas las demás modalidades concesionales y a todos los demás modos de gestión de los servicios públicos.

8. Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites. Pero éstos vienen determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. La concesión, habida cuenta su proyección contractual, está sujeta al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (clausula rebus sic stantibus). 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 (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). 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. El Consejo de Estado patrio no ha sido ajeno a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el concesionario. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de

junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el Dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), 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 sólo es posible cuando el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado. En consecuencia, resulta impertinente la indemnización de daños, por importantes que sean, que no alteran sustancialmente la base del negocio concesional, debidos a fuerza mayor cuando el servicio público se está ya prestando.