

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO:

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. Doctrina legal: concesiones administrativas. Supresión del riesgo y ventura. Aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*. Concepto de riesgo operacional.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en el periodo referenciado sobre varias cuestiones de técnica normativa de interés.

En el dictamen 782/2014, ha señalado que la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno según previene el artículo 97 de la Constitución. Los titulares de los Departamentos ministeriales también la tienen, pero ceñida, en principio, a cuestiones domésticas. Para poder regular situaciones jurídicas generales de terceros ajenos a la Administración, es preciso que cuenten con una habilitación legal expresa. Con base en dicho criterio, en el mencionado dictamen —relativo a una regulación de transporte de mercancías—, expuso que «en el caso presente, a la vista del tenor del artículo 43.1.g) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, el Consejo de Estado considera la fijación de las condiciones específicas para la obtención de la autorización de transporte terrestre de mercancías, en cuanto deferida a lo que “reglamentariamente se establezca”, corresponde exclusivamente al Gobierno

mediante Real Decreto. No cabe hacerlo mediante orden ministerial. Por otra parte, tampoco cabe introducir por vía de orden ministerial un concepto de “vehículo cuya masa máxima autorizada supere las 2 toneladas pero no las 3,5” para obtener la autorización de transporte público. Esta noción difiere sustancialmente del concepto de vehículo ligero contenido en el artículo 47.3 del Reglamento de la Ley de Transportes Terrestres. Por todo ello, el Consejo de Estado considera que los contenidos de los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo único, de la disposición adicional única y de la disposición transitoria primera de la Orden proyectada deben aprobarse mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros».

La necesidad de asegurar la unidad normativa, evitando la proliferación de disposiciones independientes, también ha sido objeto de reflexión. Con ocasión del informe de un proyecto normativo en materia ferroviaria que desglosaba parte del contenido de un reglamento general en un real decreto independiente, el Consejo afirmó que «no existe obstáculo legal para hacer uso de la opción elegida —la de regular la investigación de accidentes mediante un real decreto distinto de la disposición reglamentaria que disciplina la seguridad en la circulación ferroviaria—. No obstante, el Consejo considera que hubiera sido más adecuado mantener la regulación proyectada en el Reglamento sobre seguridad en la circulación ferroviaria. Varias son las razones para ello, a saber: La investigación de accidentes es materia propia y específica de la seguridad en la circulación ferroviaria. Existe una disposición reglamentaria —frente a lo que sucede en el ámbito aeronáutico donde falta un instrumento normativo análogo— que tiene vocación de regular la totalidad de la materia afectada y que verá cercenado su objeto. Y, en fin, la seguridad jurídica así lo aconseja. La seguridad jurídica —consagrada constitucionalmente en el artículo 9 de la Constitución— tiene, junto a su vertiente material, una formal que obliga, entre otros efectos, a evitar la dispersión normativa. Las regulaciones deben insertarse en su sede propia —recuérdese la prohibición de las *leges saturae* ya en el derecho romano—, evitándose tanto la proliferación de normas como la dispersión de los instrumentos formales en las que se contienen. La proliferación y dispersión de las normas provoca dificultades a la hora de localizarlas —entorpeciendo las labores de su búsqueda y elección, que son presupuesto para su aplicación—, llevan al marasmo y por consiguiente a la inseguridad— (Dictamen 512/2014).

Ahondando en la cuestión, en otro expediente, se llamó la atención sobre la dificultad de la regulación existente, derivada del rimero de normas aplicables. En tal sentido, se dijo que «ahora bien, el Consejo de Estado no puede dejar se señalar que la ya existente complejidad del ordenamiento

aplicable en la materia se verá agravada con la aprobación de la norma proyectada. El número de regímenes jurídicos aplicables (...) se verá ampliado a resultas de la expedición del proyecto de Real Decreto sometido a consulta. Así las cosas resultarán —como ya lo es hoy— difícil para los muchos y familiarizados con ellas y especialmente arduo para quienes no están tan avezados determinar las normas aplicables y las prolijas obligaciones jurídicas que imponen. Una situación como la descrita se complace mal con el principio de seguridad jurídica —consagrado constitucionalmente en el artículo 9 de la Constitución— que exige que la norma de la norma aplicable sea sencilla y que esta además sea clara y cierta. Resulta, por otro lado, poco acorde con principio de buena administración —que opera también en el ámbito normativo— en los términos definidos por las normas y la jurisprudencia europea» (Dictamen 387/2014).

El Consejo ha llamado la atención, por otra parte, sobre la diferencia entre las nociones de supletoriedad y subsidiariedad de normas y la distinta forma de jugar una y otra. Así, en el dictamen 306/2015, se afirmó: «Sabido es que, en el juego de la aplicación de los grupos normativos, las nociones de supletoriedad y subsidiariedad ni son identificables, ni desempeñan igual función en el caso de vacíos normativos. La supletoriedad comporta la aplicación en un grupo normativo que presenta una laguna de las normas existentes en otro distinto reguladoras la misma institución. La subsidiariedad, por el contrario, encuentra su fundamento en el *argumentum a similitudine* (*in casibus omissis, deducenda est norma legis similibus*). Y comporta la aplicación en el ámbito de un grupo normativo que presenta lagunas de los criterios que pudieran extraerse de otro grupo normativo distinto y regulador de instituciones jurídicas diferentes. Por consiguiente, cuando la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2003, de 17 de diciembre, hace referencia a la aplicación subsidiaria de la regulación de los contratos públicos está declarando expresamente que los títulos habilitantes no son contratos, ni participan, por asimilación, de su naturaleza o régimen jurídico. Así las cosas, a juicio del Consejo de Estado debe quedar claro que el título habilitante ni tiene naturaleza contractual, ni le resulta de aplicación —fuera de lo estrictamente dispuesto— la regulación atinente a los contratos de gestión de servicios públicos. Así hay que decirlo en la Orden proyectada y, también, en su momento, en el pliego de condiciones que se apruebe. El título habilitante es una simple licencia, de las que la doctrina calificó de *ut facias*. Tras la liberalización, la actividad de transporte ferroviario de viajeros es una actividad privada *destinada al público* —que no un servicio público ni un servicio de interés económico general—, sujeta a una reglamentación administrativa especialmente intensa por razón del interés

público. Ahora bien, este especial régimen de sujeción del prestatario de la actividad ni lo constituye en contratista público, ni le habilita para accionar frente a la Administración en relación con el resultado económico de su actividad. En consecuencia, la explotación deberá realizarse a riesgo y ventura del operador adjudicatario del servicio. El operador privado accede por medio de la obtención del correspondiente título habilitante a la prestación del servicio, pero dicha licencia no es título jurídico alguno que le ligue a la Administración pública en el ámbito económico. En otros términos, la prestación del servicio no tiene como contrapartida derecho económico alguno del autorizado derivado de los eventuales riesgos derivados de su explotación. La prestación del servicio es una actividad privada, desarrollada exclusivamente a su riesgo y ventura. La Administración otorgante del título habilitante permanece pues ajena a la suerte o desventura del operador del servicio. Esta idea debe informar claramente la regulación proyectada y el futuro pliego de condiciones, orillando en la medida de lo posible el uso de terminología propia de los contratos y referencias a la legislación reguladora de estos».

El Consejo ha llamado también la atención sobre la conveniencia de que respetar la verdadera naturaleza del procedimiento de elaboración de las disposiciones, en cuanto cauce formal encaminado a la aprobación de una norma con el específico fin de asegurar la consecución de un determinado fin o satisfacer un interés público. En dicho procedimiento, han de ponderarse de manera efectiva las razones que amparan el fin o interés público a satisfacer y las distintas soluciones consideradas para ello. No debe olvidarse que las normas constituyen instrumentos básicos para el desarrollo de las políticas públicas. Por ello, resulta primordial que tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. Es preciso, de una parte, asegurar que son claras, comprensibles, proporcionales a los objetivos perseguidos y ejecutables (*factibilidad*) y, de otro lado, comprobar que generan los beneficios prometidos y no constituyen en una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica (*practicabilidad*). Todo ello solo se alcanza dando pleno sentido y eficacia al procedimiento previsto legalmente para elaborar las disposiciones generales. Por consiguiente, no se trata de acumular informes y sustituir borradores. Los informes deben recabarse sobre textos que han alcanzado un grado de maduración suficiente y, solo cuando se hayan recabado y obtenido todos los preceptivos, resulta procedente reelaborar el texto en el que se señalen y razonen las diferentes aportaciones, siendo este el sometido a los informes finales —como son los del Consejo Fiscal, el Consejo General del Poder Judicial y, en último

término, el de este Alto Cuerpo—. Solamente así los informantes podrán saber con certeza sobre qué recaen sus informes.

En relación con las normas, se ha dicho que «la utilización de concepto jurídicos indeterminados, categoría bien conocida en el derecho público, tanto español como comparado, y que precisamente ha servido y sirve como instrumento de control de la acción administrativa, no equivale a “vaguedad” e “imprecisión”. En efecto, todo concepto jurídico indeterminado tiene, de una parte, un núcleo, cierto y seguro, que constituye su significado primario y que está configurado por datos previos objetivos y determinados, y, de otro lado, un halo, zona que rodea al núcleo, zona donde no existe una certeza previa y cuya determinación exige desplegar la idea nuclear del concepto. Pero la inexistencia de una certeza previa en este halo no comporta indefectiblemente la vaguedad o imprecisión. Todas las zonas del concepto están iluminadas o inspiradas por la idea que constituye el núcleo, de manera que, por difusos que sean los límites del halo, es posible fijarlos de manera objetiva y cierta con referencia a aquel. En tal caso, el operador jurídico, tanto administrativo como judicial, debe proceder “razonablemente” al apreciar las circunstancias del caso. La razón jurídica no es una razón mecánica y, por ello, el legislador no puede prever detalladamente todas y cada una de las circunstancias del caso al que hay que aplicar la ley, especialmente en materia tan fluida como es el mantenimiento de la seguridad ciudadana. Por eso, es adecuado y razonable tanto el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados, como a lo razonable de la interpretación de la norma y la valoración de los hechos en presencia. Ello no supone abrir la puerta a la arbitrariedad sino a dejar un ineludible margen a la discrecionalidad tanto de la dirección política de la seguridad ciudadana que compete al Gobierno según el artículo 97 de la Constitución y que reitera el texto consultado, como de la Administración policial que ha de ejecutar dichas decisiones. Y bien es sabido que, en un Estado de derecho como es España, la discrecionalidad —en cuanto especificación de una solución justa entre las varias que se ofrecen al operador jurídico— puede ser valorada y controlada por la jurisdicción como toda la actividad administrativa sin excepción (artículo 106.1 de la Constitución). También conviene señalar, a la vista de las consideraciones vertidas en el expediente, que si la jurisprudencia ordinaria, como fuente complementaria del ordenamiento (artículo 3 del Código Civil), debe ser tenida en cuenta a la hora de introducir nuevas normas en el mismo, su peso es mayor cuando se trata de ejercer la potestad reglamentaria cuando se trata ejercitar la legislativa. Cuando se trata de esta última, la doctrina jurisprudencial —aun siendo siempre un valioso criterio orientador— no puede constituirse en

un obstáculo o límite de la libertad soberana del legislador, únicamente sometida a la Constitución y cuyo desarrollo solo a él compete».

Por último, es palmario el proceso de envilecimiento de la ley. La ley ha dejado de ser un instrumento normativo limitado a regular las cuestiones relevantes para ocuparse de minucias; para hacer declaraciones retóricas o inadecuadas. Tal circunstancia no ha sido pasado por alto por el Consejo quien ha señalado, en relación con el anteproyecto de ley de seguridad ciudadana, que «el Anteproyecto de ley contiene numerosas declaraciones que ni constituyen, ni incorporan auténticas normas jurídicas, ignorando que estas no tienen como finalidad la de instruir, informar o formar. No ignora el Consejo de Estado que son numerosas las disposiciones legales que ahora participan de esta configuración, pero ello no debe llevar a dejar de llamar la atención sobre este hecho. El lenguaje jurídico debe huir del estilo suasorio (*lex iubet, non suadet*), del estilo de la convicción y didáctico (*lex iubet, non docet*) y, en fin, del estilo descriptivo. Por otra parte, el texto consultado resulta excesivamente reglamentista en algunas de sus previsiones. Sirva como botón muestra diversos aspectos de la proyectada regulación del Documento Nacional de Identidad (artículos 8, 9 y 10) o la del pasaporte (artículos 11, 12 y 13). Las normas legales, en cuanto ocupan el grado superior del ordenamiento, deben ceñir, preferentemente, sus previsiones a las materias respecto de las cuales existe una reserva en su favor y afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos. No resulta adecuado incorporar a disposiciones de rango legal previsiones de carácter meramente instrumental o accesorias, propias, por su propia naturaleza, de las normas reglamentarias» (Dictamen 557/2014).

II. DOCTRINA LEGAL: CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. SUPRESIÓN DEL RIESGO Y VENTURA. APLICABILIDAD *REBUS SIC STANTIBUS*. CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL DE LA CLÁUSULA

«1. Se somete a consulta la cuestión relativa a si procede modificar unilateralmente por la Administración el contenido del contrato de concesión –en concreto, el sistema de compensación o restablecimiento del equilibrio económico-financiero- de la concesión, unificada por Real Decreto 126/1984, de 25 de enero, de que es titular la entidad Autopistas, bien mediante el ejercicio de la potestad administrativa de modificación de los contratos, bien con base en la cláusula *rebus sic stantibus*.

(.../...)

4. Para abordar las cuestiones planteadas debe recordarse, en primer término, la calificación jurídica de las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas.

Conforme a las determinaciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, como ha puesto de manifiesto este Consejo en reiteradas ocasiones (por todas, los dictámenes números 4464/1998, de 22 de diciembre y el de 5 de diciembre de 2001) —y han reiterado la doctrina como la jurisprudencia—, la concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas tiene un carácter mixto en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un tipo intermedio. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra y los segundos, en la fase de explotación y conservación. Lo que define la singularidad de esta clase de concesión es la de que su objeto está constituido por la construcción y la explotación de la obra pública; es decir, —frente a lo que sucede en la concesión de obra pública clásica—, la explotación de la obra no es solo la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción sino que constituye su objeto mismo. Ello tiene como consecuencia que la duración y las condiciones técnicas y económicas de la explotación no tienen como condición retribuir estrictamente la obra hecha sino que adquieren autonomía como auténtica concesión de los servicios públicos. Se trata, en síntesis, de un contrato con un doble contenido: la realización de una obra y su explotación. En sus inicios, es un contrato que participa de las características del de obra y que solo cuando concluye adquiere los propios del contrato de gestión de los servicios públicos a los efectos de la obligación del contratista, sujetándose a las normas de este. Esta última característica hace que la retribución que puede percibir el concesionario por la prestación del servicio no esté limitada por el valor de la obra pública construida.

En todo caso, como concesión, la de autopistas pivota sobre su configuración como una *locatio operis* —el riesgo y ventura— que no es sino la expresión normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra precio fijo o alzado. En otros términos, su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista y que significa tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista.

No obstante, el principio de riesgo y ventura —que alcanza su plenitud para la concesión de obra pública— cede en la fase de gestión de la obra, pues prevalecen en ella los perfiles de la gestión del servicio público. En

esta, la noción de riesgo y ventura queda modulada por la idea de equilibrio económico-financiero, hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura.

El equilibrio financiero de la concesión administrativa es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario privado no como un mero intercambio de prestaciones sino como una forma de colaboración para la consecución de un mismo fin. Se justifica en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquella. Como consecuencia de ello, el equilibrio financiero en el seno de una concesión asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas en consonancia con la “honesto equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige” (Arrêt de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés, *Cie. Française de Tramways -arrêt Blum-*). El equilibrio económico-financiero despliega su eficacia en relación con ambas partes —frente a concepciones trasnochadas que lo ceñían a favor del concesionario— como evidencian los artículos 258 y 282 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ambas nociones —riesgo y ventura y equilibrio económico financiero— no son incompatibles. Antes al contrario juegan coordinadamente en el ámbito de las concesiones de servicio público y, de manera especialmente intensa, en el caso de las concesiones mixtas de obra y servicio público, como son las de autopistas. En efecto, el equilibrio económico-financiero constituye un mecanismo que tiene su límite natural en el riesgo y ventura, que sigue constituyendo el elemento definidor básico de la institución concesional. El juego de ambos asegura la vigencia de los principios de reciprocidad, conmutatividad, equivalencia de prestaciones, rendimiento económico para la Administración y el de proporcionalidad entre las prestaciones debidas (*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998*). El riesgo y ventura impide que el equilibrio económico-financiero se convierta en una garantía ordinaria total de los intereses de la empresa, trasladándolos íntegros al Erario público en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales —como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987—.

Lo que no cabe en este esquema legal, por tanto, es la inexistencia —de manera absoluta— del riesgo y ventura y su sustitución por una aplicación del equilibrio económico que lo deje sin efecto. Así lo puso de manifiesto la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de obras públicas, al decir “la asunción de riesgo

en ‘proporción sustancial’ por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación” y lo ha dicho este Consejo en varias ocasiones (entre otros, el dictamen de 5 de diciembre de 2001). Y es que la supresión del riesgo y ventura “ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el “alea normal del contrato”, es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa una interpretación que conduce al absurdo” (*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985*).

La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios. Así lo ha puesto de manifiesto, por lo demás, la doctrina y jurisprudencia comunitaria, yendo incluso más allá, al sustituir —quedando embebido— la noción de riesgo y ventura en otros más amplios, como son el de riesgo de explotación primero y el de riesgo operacional hoy. Ya la Comunicación de la Comisión Europea sobre las concesiones en derecho comunitario, publicada el 29 de abril de 2000, llamó la atención sobre el hecho de que la presencia del riesgo de explotación, vinculada a la inversión realizada, resulta determinante para verificar la existencia de una concesión y excluir la de un contrato de servicios. El derecho de explotación del concesionario implica la transferencia de la responsabilidad de explotación del concedente al concesionario, englobando al tiempo los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. El concesionario debe efectuar las inversiones necesarias para que su obra se ponga a disposición de los usuarios en buenas condiciones, recayendo sobre él la carga de la amortización y la asunción de los riesgos vinculados a la construcción, la gestión y la frecuencia en el uso de la infraestructura. El derecho de explotación permite al concesionario percibir, durante un determinado período, derechos del usuario de la obra realizada u otras formas de remuneración procedentes de la explotación.

El riesgo es compatible, sin embargo, con la asunción por parte del Estado del coste de explotación de la concesión con el fin de disminuir el precio que debe pagar el usuario. Ahora bien, esta remuneración no puede tener el efecto de eliminar el riesgo de explotación que corresponde al concesionario, so pena de su recalificación como contrato. Tiene su límite

en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. Antes al contrario, lo ha de estar a dicho uso efectivo de la obra pública; a la “frecuentación” dicen los textos comunitarios.

En otros términos, aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

Así las cosas, interesa precisar qué se entiende por “riesgo de explotación” —que es algo distinto del riesgo y ventura inherente a todo contrato público—. El “riesgo de explotación” lo define la Comunicación antes citada como la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión de tal forma que el concesionario asume los riesgos del mercado, los que derivan de las modificaciones normativas que afectan al objeto de la prestación (con excepción de los supuestos de *factum principis*) y de las obsolescencias técnicas —que son especialmente importantes en plazos de ejecución largos, como suele ser típico en todas las concesiones—.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión ha recogido lo expuesto en diversas sentencias (*Sentencias de 10 de septiembre de 2009, asunto Eurwasser, apartados 59 a 67; de 10 de marzo de 2011, asunto Privater y de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma A, Dekan*). Resaltan estos pronunciamientos que, para la existencia de una concesión de servicios, la remuneración del concesionario debe realizarse en función de la explotación, es decir, del uso real o “frecuentación del servicio”. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente del usuario o de la Administración, pero debe existir el uso real y efectivo de la infraestructura por parte de los usuarios como elemento determinante de su cuantía.

5. Las concesiones de autopistas, en cuanto concesiones mixtas de obra y servicio público, pueden ser —y lo son con frecuencia— de modificaciones. Ahora bien, como es palmario, no todas ellas tienen el mismo alcance y contenido. En unas ocasiones, se centran en lo tocante a la prestación del servicio. En otras, en la obra pública que constituye su objeto. Respecto de

éstas últimas, y habida cuenta la imbricación de elementos propios de la obra pública y del servicio público, para dilucidar su verdadero carácter, ha de atenderse a su estricto contenido. Se observa que, en la mayor parte de ellas, hay un claro matiz diferenciador respecto de la concesión principal. Como se ha dicho, en esta, el objeto de la concesión es, al tiempo, la construcción y la explotación. En cambio, en las modificaciones objetivas, el objeto estricto de la modificación es la construcción de unas obras adicionales, ampliatorias o complementarias de la principal. Se trata de obras no susceptibles por lo general de ser explotadas de manera independiente. En estos casos, la explotación de la obra no se configura como objeto de la concesión sino como contraprestación —como se derivaba del antiguo artículo 221 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incorporado por la Ley 13/2003—. Esta distinta configuración de la explotación tiene una consecuencia relevante: su duración y las condiciones técnicas de la explotación tienen como límite retribuir su construcción. Ello es consecuencia de que participa ante todo de las características propias del contrato de obras. El concesionario ve ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada incrementada por un razonable beneficio. En otros términos, en esta modalidad, la idea de conmutatividad de las prestaciones se hace especialmente presente.

6. De lo expuesto se pueden extraer ya algunas consecuencias en relación con lo consultado; a saber:

A) La concesión otorgada en su día a ACESA y a la que se refiere la consulta tenía por objeto la construcción, conservación y explotación de una autopista, participando de la naturaleza de concesión mixta de obra y servicio público antes indicada. Es consustancial a ella el riesgo y ventura del concesionario, sin que se pueda legalmente suprimirse, si bien cabe modularlo.

B) El Convenio de 2006 comportó una modificación de la concesión inicial. Se trató pues de una novación modificativa. Por un lado, tenía un objeto muy concreto y, por otro, preveía una contraprestación también determinada. El objeto era la construcción de determinados carriles adicionales en la vía y otras obras materiales y la renuncia por parte de la concesionaria a unas eventuales indemnizaciones que pudieran corresponderle por el desdoblamiento de dos carreteras nacionales, la CN-II y la CN-340 —desdoblamiento que no se ha producido—. La contraprestación, por su parte, se ceñía a la explotación —en el conjunto total de la concesión— de la nueva obra construida, previéndose un mecanismo de compensación —restablecimiento del equilibrio económico-financiero— para el caso de que la explotación de la nueva obra ejecutada —el incremento del tráfico—

no compensara el montante de las obligaciones asumidas por el concesionario.

Lo que resulta palmario es que el Convenio de 2006 ni constituyó una novación extintiva que puso fin al contrato anterior sustituyéndolo por otro nuevo, distinto, ni una novación modificativa funcional o causal —que se asimila a la extintiva— que alterara íntegramente la función económico-jurídica de la relación obligatoria de acuerdo con el sistema de organización de intereses de las partes. En otros términos, el Convenio de 2006 introdujo cambios en la relación concesional preexistente. Esos cambios no tuvieron sin embargo una relevancia tal como para comportar la transformación radical de la preexistente y para poder afirmar que la nueva relación constituye un contrato completamente distinto del anterior.

Lo dicho tiene una consecuencia inmediata. Si la relación modificada sigue siendo la que, en sustancia, era y si, ínsita a su naturaleza concesional, son las ideas de riesgo y ventura y riesgo de explotación a cargo del concesionario, resulta palmario que estas no han podido desaparecer, ni suprimirse completamente del entramado contractual. A lo sumo podrán haberse mitigado, pero no suprimido. Si se hubiere suprimido el riesgo de explotación a cargo del concesionario, la relación, bien se habría extinguido, bien ya no sería calificable de concesional incardinándose en otra categoría jurídica. Por consiguiente, toda aplicación de las cláusulas concesionales ha de hacerse teniendo presente la concurrencia de la idea de riesgo y la imposibilidad de su completa exclusión.

C) El Convenio de 2006 tenía un objeto concreto: la ejecución de determinadas obras que, en sí mismas, no eran susceptibles de explotación independiente. En consecuencia, conforme a lo expuesto antes, puede afirmarse que el objeto de la modificación no era propiamente la construcción y explotación de las nuevas obras sino solo su construcción. El concesionario obtenía, como contraprestación, su explotación —en el seno de la relación global—, quedando sujeta esta a la regla de que el concesionario debe ser retribuido por la inversión efectuada, sin que pueda extenderse a otros ámbitos que exceden la mencionada modificación.

7. Como se ha puesto de manifiesto, lo que subyace en primer término en la consulta de V. E. es la cuestión relativa a si procede censurar favorablemente las cuentas presentadas por la concesionaria en las que incluye como derecho consolidado a su favor el saldo de liquidación a cierre de cada ejercicio, computando en el margen de explotación considerado la disminución de tráfico de la vía habida, con independencia de su causa y superando ampliamente su montante la cuantía íntegra de la inversión llevada a cabo a resultas del Convenio de 2006.

A juicio del Consejo de Estado, no procede la censura favorable de las cuentas presentadas por la concesionaria en los términos indicados. Lo que hace la concesionaria al formular las cuentas en el sentido expuesto es una inadecuada lectura de la cláusula 8.^a del Convenio de 2006.

En efecto, el sistema de compensación previsto en el Convenio no despliega una eficacia constitutiva a favor del concesionario desde el momento de su aprobación en 2006. Este no consolida anualmente un derecho a percibir una cantidad en el caso de exista una diferencia entre los valores de los flujos de caja libres de explotación de referencia y los reales. El Convenio articula un mecanismo de futuro, un método de cálculo que tiene por objeto, una vez realizada la inversión, determinar en 2021 —no antes— el “saldo de compensación de liquidación” que el concesionario eventualmente puede recibir si no ha visto compensado entonces el máximo de inversión —cifrada en 504 millones de euros en valor de 2005— mediante los tráficos habidos. Por tanto, en el patrimonio del concesionario, no nace derecho alguno que quede consolidado. Ello porque la situación jurídica que puede generar su aparición tampoco queda conformada con seguridad. El concesionario está a expensas de lo que ocurra durante todo el periodo concesional para verificar, en el momento final, si nace a su favor un derecho a obtener la correspondiente compensación. Tampoco nace en su patrimonio un derecho o situación jurídica de poder, debilitado o interino, que le atribuya un poder real —aún transitorio— sobre los saldos anuales de compensación. El sistema previsto lo único que articula es un método de cálculo que se utilizará, en 2021, para regular y liquidar las relaciones derivadas de la concesión en orden a mantener el equilibrio económico financiero, sin originar —hasta entonces— concretas obligaciones de dar, hacer o no hacer inmediatamente exigibles. Se trata de un mecanismo análogo en cuanto a su estructura y funcionamiento al propio de un contrato de cuenta corriente, en el que los saldos de las distintas partidas intermedias no son exigibles. Así las cosas, el método de cálculo articulado por el Convenio solo genera en el concesionario la expectativa de que, en 2021, el saldo de compensación de liquidación se determine conforme con los términos aplicables.

La consecuencia obligada de lo expuesto es que, al no generarse en el patrimonio del concesionario un derecho al saldo anual de liquidación frente a la Administración pública, este no puede calificarlo como activo financiero conforme al Plan General de Contabilidad —aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre— y, en concreto, conforme a las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las em-

presas concesionarias de infraestructuras públicas —aprobadas por Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre—.

El apartado 1.2 de la norma segunda de adaptación (“Tratamiento contable de los acuerdos de concesión”) disciplina la calificación y valoración de la contraprestación a recibir por los servicios de construcción y mejora de la infraestructura.

(.../...)

Conforme a las previsiones de esta Norma, el concesionario construye el activo (“infraestructura”), entregándolo a la Administración concedente, quien reconoce a la empresa concesionaria una contraprestación o retribución cuantificada por el valor razonable del servicio prestado que, en principio, es el equivalente al coste de la infraestructura más el margen de construcción.

Dicha retribución puede calificarse bien de activo intangible, bien de activo financiero.

(.../...)

Conforme lo expuesto, existe un derecho incondicional de cobro cuando el riesgo de demanda —el asociado a la utilización del servicio público, es decir, a la capacidad y voluntad de los usuarios de utilizar la infraestructura, según la definición contenida en la Orden EHA/3362/2007, de 16 de noviembre— es asumido íntegramente por la Administración, de manera que esta garantiza de antemano el pago de importes determinados o la recuperación del déficit. En todo caso, es requisito imprescindible que, además, la Administración no tenga capacidad para evitar el pago de la retribución descrita. La norma recalca por otra parte que “la presencia de cláusulas en el acuerdo de concesión que mitiguen el riesgo de la demanda que soporte la empresa concesionaria, por sí solas, no califican la contraprestación como un activo financiero porque la empresa concesionaria, en el momento inicial, no tiene un derecho incondicional de cobro».

La interpretación de norma contable transcrita ha de hacerse de acuerdo con los criterios señalados por el International Accounting Standards Board y, en concreto, con la denominada IFRIC 12 desarrollada por el International Financial Reporting Interpretations Committee, de noviembre de 2006. La citada IFRIC 12 ha sido asumida por el Reglamento 254/2009, de la Comisión, de 25 de marzo de 2009, por el que se modifica el Reglamento 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación número 12 del Comité de interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera. Conforme con ella, la empresa concesionaria

debe reconocer un inmovilizado intangible, de una parte, si la retribución prevista consiste en el derecho a cobrar las correspondientes tarifas en función del grado de utilización del servicio público y, si la Administración concedente controla el uso físico que se debe dar a la infraestructura, en la medida en que es ella quien decide a qué servicio público debe quedar afecta, a quién se debe prestar el servicio y a qué precio. En estos casos, la concesionaria no puede registrar la infraestructura como un inmovilizado material —sino como un inmovilizado intangible— dado que lo que realmente controla es el derecho a explotar un servicio y a cobrar por ello (una concesión o licencia).

En otros términos, se ha dicho que la retribución de la empresa concesionaria es calificable como un derecho incondicional de cobro y, en consecuencia, contabilizable como activo financiero solo cuando, habiendo nacido de manera efectiva, el concesionario en lugar de recibir un derecho a explotar la obra o el servicio público hace suyo un derecho a percibir una retribución, —limitándose su actividad ordinaria a gestionar dicha retribución (caso de peaje en la sombra)— y siempre que la Administración no tenga capacidad de evitar el pago.

No ocurre así en el caso a que se refiere la consulta. Como se ha señalado, el concesionario no tiene en su patrimonio un derecho incondicional de cobro, ya nacido y de posible uso cierto y real. Ese derecho nacerá, en su caso, en 2021, al momento de liquidar el saldo correspondiente. Pero hay más, el nacimiento de ese eventual derecho está supeditado, según la cláusula 9.^a del Convenio, a dos requisitos: a) que, una vez comunicada al Ministerio de Fomento la liquidación, se verifique por la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje; y b) a que la citada Delegación del Gobierno impulse la creación de la oportuna partida presupuestaria. La concurrencia de estos dos requisitos evidencia que la Administración tiene capacidad para evitar el pago en los términos exigidos por la norma contable. Y es que, frente a lo que, de soslayo, dice alguno de los informes aportados por la concesionaria en el trámite de audiencia ante este Consejo de Estado, no existe la obligación jurídica de crear la partida presupuestaria con que afrontar el eventual crédito resultante.

En resumida síntesis, la fórmula recogida en el Convenio no concede al concesionario derecho subjetivo alguno en la actualidad, sino simples expectativas que tan solo dan lugar a un reflejo contable (saldos de compensación, que se suman y que se restan anualmente). No son por consiguiente de ejercicio futuro incondicional y, frente al Estado, no cabe ni calificarlas ni contabilizarlas como activos financieros.

Así las cosas, en el caso de que la concesionaria presente unas cuentas incluyendo, como saldos reales y efectivos frente al Estado, un saldo de liquidación que incluya los decrecimientos por tráfico y por ende un importe resultante superior al montante de las inversiones realizadas a resultas de las obras previstas en el Convenio de 2006, la Delegación del Gobierno debe formular la correspondiente objeción contable con ocasión del ejercicio de su competencia para censurar las cuentas.

La concesionaria puede formular y aprobar sus cuentas como desee, pero debe constar la reserva del Estado, reseñándose que la cifra consignada por el concepto antes indicado es una cifra provisional y estimada—correspondiente a una mera expectativa que quizás se concrete o no— y no un saldo real y efectivo. Solo así se puede evitar que una imputación contable hecha discrecionalmente por la concesionaria pueda llegar no ya a generar derechos para la concesionaria—que no lo puede hacer— sino a contribuir a consolidar una apariencia de tales derechos para los terceros adquirentes de los hipotéticos créditos transferidos por la mencionada concesionaria.

8. En 2021, habrá de verificarse si se ha restablecido el equilibrio económico-financiero de la concesión tras haberse realizado la inversión derivada de las inversiones del Convenio de 2006 y que ascendían a un máximo de 504 millones de euros en valor de 2005.

El concesionario tendrá en ese momento el derecho asegurado a ver compensado el importe de la inversión efectuada a resultas del Convenio de 2006—504 millones de euros máximo al valor de 2005— con una tasa de capitalización anual del 6,50%. A juicio del Consejo de Estado, la cláusula octava del Convenio no ampara eventuales compensaciones por disminuciones del tráfico de la autopista que no vengan generadas por lo que es estrictamente el desdoblamiento de la carretera nacional II y la CN-340—lo que no se ha producido— y que excedan el montante máximo de las inversiones efectuadas en aplicación del Convenio de 2006.

Si, en 2021, los ingresos por tráfico compensan dicho montante, la Administración Pública no tendrá que abonar ninguna cantidad al concesionario. Si por el contrario no se alcanza dicho importe, la diferencia entre lo obtenido de los ingresos de los usuarios y la referida cuantía deberá ser compensada por la Administración Pública.

Así, de esta manera, se conjugan adecuadamente el principio de riesgo y ventura— inherente a la concesión— y el equilibrio económico-financiero reconocido a favor del concesionario.

El Convenio de 2006 no suprimió el riesgo de la demanda en toda su extensión, frente a lo que se ha dicho. No podía hacerlo conforme a la

naturaleza de la concesión y la jurisprudencia —nacional y comunitaria— antes citada. Lo mitigó. Lo distribuyó entre la Administración concedente y el concesionario. Llevó al máximo legalmente su modulación, hasta el extremo de garantizarle la recuperación del importe de la inversión realizada en virtud del Convenio de 2006. La exclusión del riesgo de la demanda se ciñó al recobro de la inversión derivada del Convenio —lo que es conforme con la naturaleza de la modificación operada en la que primaban los perfiles propios del contrato de obra—. En fin, garantizó al concesionario la no pérdida de lo invertido, pero no le aseguró la percepción de unos ingresos adicionales y menos por una demanda de usuarios inexistente. El Convenio no pudo ir más allá porque el sistema de incentivos legalmente admisible conforme con lo expuesto antes no alcanza la bonificación por tráficos inexistentes. Antes al contrario, su aplicación requiere el uso real y cierto de la infraestructura por parte de los usuarios y ese uso cierto y real falta en los supuestos de no uso.

La aplicación de la cláusula en los términos expuestos se adecua, por lo demás a la institución concesional que exige la pervivencia del riesgo y ventura. Se ajusta a la índole de la modificación operada en 2006 cuyo auténtico carácter venía determinada por unos perfiles que la aproximaban más a un contrato de obra que a una concesión de servicios en los términos antes dichos —de manera que la explotación de la obra no era el objeto de la concesión sino la contraprestación—. Se conforma con la realidad objetiva del Convenio de 2006 que no contempló la compensación por eventuales disminuciones de tráfico derivadas de la crisis económica u otras causas exógenas a la propia concesión. Y es que el presupuesto fáctico del Convenio fue el de la existencia de unos tráficos crecientes de modo constante en la autopista. Así se deduce claramente del Anejo 2, que fija la serie de crecimientos de tráfico para el periodo 2006-2021, sin contemplar, ni como mera hipótesis, un decrecimiento de estos. Las partes solo consideraron una eventual disminución de las frecuencias de uso de la vía a consecuencia del desdoblamiento de la CN-II y CN-340, que no se ha producido. Y, en fin, se aviene con la intención de las partes que era la de resarcir una inversión adicional máxima de 504 millones de euros, esto es, con la causa del contrato, desde el punto y hora que el abono de cantidades por razón de otras circunstancias subvertiría dicha causa al convertir el contrato en algo distinto de lo perseguido por las partes.

Además de lo expuesto, la aplicación de la cláusula en los términos indicados es la única que se acomoda con el ordenamiento, toda vez que este articula un mecanismo específico para compensar a las concesionarias de autopistas eventuales pérdidas por disminuciones de tráfico.

9. En efecto, en el grupo normativo aplicable a las autopistas de peaje, se han introducido diversos mecanismos para compensar las disminuciones de tráfico. En concreto, para atenderlas y para restablecer el equilibrio económico-financiero de las concesiones de autopistas de peaje, se ha diseñado un modelo de préstamos participativos en las disposiciones adicionales 41.^a y 42.^a —está referida a las Entidades acogidas al Programa de adecuación para las autovías de primera generación— de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Posteriormente, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, previno en su disposición adicional 47.^a la posibilidad de establecer los mecanismos necesarios para compensar a las concesionarias de las autopistas por la reducción de peajes que se establecieran en los entornos urbanos y periurbanos en razón de la mejora de la movilidad y seguridad vial. La disposición adicional 8.^a de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, estableció también la posibilidad de crear una cuenta de compensación por la cual el Estado pagaría a las sociedades concesionarias la diferencia entre el 80% de los ingresos previstos y los ingresos reales durante los tres años siguientes. Estas aportaciones deberán devolverse a la Administración a un tipo de interés equivalente al de los préstamos participativos hasta ese momento concedidos.

La insuficiencia económica de todas estas medidas ha llevado a una modificación de la disposición adicional 8.^a de la Ley 43/2010, mediante la disposición final 21.^a de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, al objeto de ampliar hasta 2018 el recurso a los préstamos participativos en la cuenta de compensación, previendo su abono con relación a los ingresos reales percibidos por peaje conforme a las cuentas auditadas.

Es decir, el restablecimiento eventual del equilibrio económico financiero por decrecimiento del tráfico se logra a través de este específico mecanismo legal *ad hoc*.

Por consiguiente, incluso aun cuando las compensaciones por decrecimientos del tráfico hubieran quedado comprendidas en el ámbito de la cláusula 8.^a del Convenio de 2006, esta habría devenido ineficaz con posterioridad, habida cuenta la existencia de un mecanismo legal específico que la sustituye.

No constituye obstáculo para la aplicabilidad de este sistema específico de compensación el hecho de que las mencionadas previsiones legales señalen nominativamente las autopistas beneficiarias. La estructura del grupo normativo aplicable a las autopistas de peaje permite extraer sin

violencia los principios y criterios que hacen posible su plena aplicación a favor de ACESA. En efecto, en el ámbito del derecho administrativo, la solución jurídica a las cuestiones planteadas no viene determinada por la aplicación de una concreta norma —que no es tal ya que nunca contiene toda la regulación de un determinado supuesto concreto—. Ha de extraerse de un «espacio normado», integrado por múltiples disposiciones legales y reglamentarias, que recibe la denominación de grupo normativo. El grupo normativo está constituido por todas las normas jerárquicamente ordenadas y completas que contemplan el mismo supuesto de hecho abstracto bajo una misma *ratio* o finalidad. Su noción no corresponde, por tanto, al esquema simplista que ofrece ni el criterio de la jerarquía normativa, ni el de concreción sucesiva de las normas, sino a la idea de estar dotado de una misma *ratio* o finalidad.

Así las cosas, al haber articulado el ordenamiento un instrumento *ad hoc* para compensar los eventuales decrecimientos del tráfico en el grupo normativo aplicable, ha de estarse a este, de tal suerte que, aun cuando se considerara que la cláusula octava del Convenio de 2006, los contemplaba, dicha cláusula —como se ha señalado— ha devenido ineficaz por disposición de la ley.

10. Expuesto lo que antecede, se puede afirmar sin ambages que la cláusula 8.^a del Convenio de 2006 consagra únicamente el derecho del concesionario a liquidar y, en su caso, a obtener en 2021, el saldo de compensación correspondiente en los términos expuestos. Además, no le atribuye un derecho consolidado a los saldos anuales de compensación. Se tratan de meras y simples expectativas.

En fin, no puede hablarse de la existencia de un desequilibrio de las prestaciones entre las partes, al no tener el concesionario ni derecho consolidado alguno a los saldos anuales de liquidación, ni a unas eventuales compensaciones por las disminuciones del tráfico debidas a la crisis económica general. Por consiguiente, en estado de cosas, no procede adoptar medidas modificativas del contrato, ni a través de los mecanismos ordinarios previstos en la ley, ni por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

11. No puede sin embargo el Consejo de Estado dejar de señalar algunas cuestiones en relación con el objeto de consulta.

Se ha expuesto con rotundidad en los informes obrantes en el expediente —con la excepción de la Abogacía del Estado en el Departamento— que no cabe en ningún caso ni modificar la concesión, ni aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

Como se ha señalado, también este Cuerpo Consultivo coincide con ese parecer, pero porque el contrato ha de aplicarse en sus términos y, en

su caso, con las modulaciones que vienen impuestas por la legislación sobrevenida, que articula un mecanismo específico de compensación para las disminuciones de ingresos por eventuales decrecimientos del tráfico.

Ahora bien, en el hipotético supuesto de que, en el ámbito de la cláusula 8.ª del Convenio de 2006, quedaran comprendidos los referidos decrecimientos y que se estuvieran generando ya unos derechos consolidados y efectivos a favor del concesionario, la solución a la cuestión suscitada tendría su solución natural en la modificación contractual, que estaría amparada legalmente.

En efecto, frente a lo que se ha sostenido, la potestad administrativa de modificar el contenido de la relación concesional está plenamente reconocida y resulta aplicable al caso concreto. Dicha potestad no se limita a los supuestos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas en régimen de concesión. Estos preceptos contemplan la posibilidad de modificar, por razón de interés público, los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios (artículo 24) y la ampliación de la obra que constituye la infraestructura (artículo 25). No serían aplicables al caso. Pero, junto a estos supuestos específicos, la ley ampara la modificación de la concesión en otros aspectos; y, en particular, en lo tocante al equilibrio económico-financiero. En tal sentido, el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público, bajo la rúbrica de «Mantenimiento del equilibrio económico-financiero», afirma tajantemente que:

«1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico-financiero 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...

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan...».

Análogas previsiones se contienen, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, en el artículo 282 (apartados 1, 4 y 5).

Es de resaltar que, frente a planteamientos legales anteriores, la norma contempla el restablecimiento del equilibrio económico-financiero no solo a favor del concesionario sino también a favor de la Administración y lo configura como una obligación para la Administración. Es decir, en el caso de que la conmutatividad de las prestaciones pactadas se viera alterada en perjuicio de la Administración, esta no es que esté facultada para modificar

el contrato sino que viene obligada a hacerlo a fin de garantizar los intereses públicos.

12. Ha existido por otra parte coincidencia en los pareceres de la Abogacía General del Estado y la concesionaria en la imposibilidad de aplicar, en el caso presente y para el supuesto que el derecho de la adjudicataria fuera ya efectivo, la cláusula *rebus sic stantibus*.

Discrepa igualmente el Consejo de Estado de dicho planteamiento. Desconocen los citados pareceres —al igual que la ringlera de informes aportados por la concesionaria— la actual configuración de la mencionada cláusula; en especial, tras las sentencias de la Sala Primera —de Pleno— del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 y de 30 de junio de 2014. Dichos pronunciamientos modifican de manera sustancial su alcance.

En los períodos en los que la coyuntura económica se ve alterada profundamente y las circunstancias derivadas de esta perturban significativamente la relación de equivalencia entre las prestaciones contractuales, la cuestión de su influencia en la vida de los contratos con relaciones obligatorias sinalagmáticas duraderas —o de ejecución instantánea cuando su cumplimiento ha sido deferido a un momento futuro— deviene conflictiva. Afloran entonces dos principios, el de *pacta sunt servanda* —que fuerza a mantener en vigor el contrato y en los términos inicialmente pactados— y el principio de buena fe en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, que recoge el Código Civil en su artículo 7.1 y aboga por su resolución o, al menos, su modificación. A veces, la doctrina y la jurisprudencia invocan —como argumento sustitutivo al de la buena fe o complementaria de él— la necesidad de la persistencia de la causa. La causa no solo es un requisito para la existencia del contrato. Lo es también para su posterior vigencia. En consecuencia, si hay una alteración significativa entre la prestación y la contraprestación se rompe el sinalagma. Con él, se quiebra la causa, ya que, como establece el inciso primero del artículo 1274 del Código Civil, «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte».

Nadie o casi nadie duda hoy de que, una vez perfeccionado el contrato, si las circunstancias económicas se alteran radicalmente, se debe resolver o modificar el contrato. Se discute el fundamento conceptual con el que hacerlo. La justificación tradicional —que arranca de la glosa del D. 12. 4, 8, «*clausula rebus sic se habentibus*», de Bartolo y Paulus de Castro— ha sido la de entender que existe una cláusula implícita en todos los contratos que determina que estos obligan mientras las circunstancias no se alteren (*clausula rebus sic stantibus*). Pero, en todo caso, su aplicación siempre fue muy

restrictiva. En tal sentido, la doctrina clásica del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940, de 12 de junio de 1956, de 17 de mayo de 1957, de 21 de octubre de 1958, de 29 de mayo de 1996 y 19 de mayo de 1996) exigía, para activarla, una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes y la imprevisibilidad de la contingencia. Es decir requería que la contingencia habilitante para la aplicación de la regla rebus había de ser razonablemente imprevisible para el deudor al tiempo de contratar. Ello era sumamente raro que se produjera. Por eso, la jurisprudencia introdujo diversas modulaciones que, aunque conceptualmente respondían a planteamientos doctrinales distintos, permitían una aplicación más flexible. En concreto, esas modulaciones vinieron derivadas de la denominada doctrina de la presuposición o base del negocio y de la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Conforme a la primera, se afirmó primeramente que, si la obligación devenía imposible materialmente, aun cuando hubiera sido previsible tal circunstancia, se extinguía el contrato, al calificarse la cláusula contractual determinante como obligación condicional (*Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1990, de 6 de noviembre de 1992 de 14 de diciembre de 1993 y de 14 de octubre de 1999*). Y, con base en la segunda —la doctrina de la frustración del fin del contrato—, se dijo que una alteración sobrevenida de la base del negocio que comportara la alteración de la relación de equivalencia entre las prestaciones y que destruyera la finalidad común del negocio habilitaba para modificarlo (*Sentencias del Tribunal Supremo número 344/1994, de 20 de abril y núm. 514/2010, de 21 de julio*).

En todo caso, la doctrina del Tribunal Supremo era muy restrictiva. La modificación de las condiciones económicas debía ser extraordinaria y radicalmente imprevista. Y la desproporción entre prestación y contraprestación, exorbitante, fuera de toda lógica, de suerte que desbaratará la economía del contrato.

Sin embargo, como se ha señalado, tal planteamiento ha sufrido una radical transformación con las sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 y, especialmente, con la de 30 de junio de 2014.

Señala este último pronunciamiento que,

«en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional...» a una “valoración de ... esta figura... plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato...”. Considera que, de acuerdo con los principios Unidroit, PECL y otras re-

glas internacionales, “la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante ... la aplicación de la cláusula no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues... resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención... En relación a la excesiva onerosidad hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)».

resaltando la plena aplicación de la cláusula a un caso en el que

«en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, sólo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negociales del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento ofertado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación».

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo altera sustancialmente el planteamiento tradicional de la aplicación de cláusula *rebus sic stantibus*. De una parte, construye una fundamentación objetiva y normalizada de la figura. Considera que no es un instrumento excepcional. Al contrario, la concibe como un mecanismo de aplicación normal cuando concurren las circunstancias que la justifiquen. La configura como inherente al vínculo contractual normal.

En consonancia con esta concepción normalizada, sienta el criterio de que la crisis económica existente desde 2007 «puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, de alterar las bases sobre las cuales la iniciación y desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido».

Por otro lado, el Tribunal Supremo reformula los requisitos precisos para su aplicación. Ya no se exige la imprevisibilidad —absoluta o relativa— de la situación causante de la alteración. El requisito determinante para su posible aplicación es la alteración de la conmutatividad de las prestaciones en cuanto elemento que determina la frustración del negocio.

La conmutatividad de las prestaciones se sitúa como elemento esencial de la causa del contrato, de tal manera que una alteración grave permite la revisión.

La alteración de la conmutatividad —causante de la frustración contractual— puede servir de base a la modificación o resolución contractual siempre que se traduzca en una excesiva onerosidad (en consonancia con la «*hardship*» de los principios Unidroit que reformulan la doctrina anglosajona de la frustración del fin del contrato más en la línea del artículo 1467 del CC italiano de 1942, excesiva onerosidad, que de la tesis alemana sobre la base negocial, acogida en el parágrafo 313 BGB, modificado en 2000).

La sentencia de 30 de junio de 2014 invoca, en tal sentido, expresamente los principios UNIDROIT y los Principles of European Contract Law —promovidos por la Comisión Europea—. Tanto en unos como en otros, la excesiva onerosidad (*hardship*) incorpora la noción de «imposibilidad económica» propia del Derecho norteamericano (la «impracticabilidad» de los parágrafos 2-615 UCC y 261 del Restatement Second of Contracts y la figura contenida en el parágrafo 313 del Código Civil Alemán, modificado en 2000), que no hace referencia tanto a la imposibilidad jurídica como a la alteración de equivalencia de las prestaciones. En concreto, las reglas de UNIDROIT dicen:

«Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido,...».

La doctrina del Tribunal Supremo expuesta resulta de plena aplicación en el ámbito de la contratación pública con diversas modulaciones. En concreto, la reformulación de la conmutatividad de las prestaciones —situándolo como elemento esencial de la causa del contrato— debe ponderar muy especialmente el interés público. Así, la conmutatividad del contrato se quiebra cuando la lesión económica del interés público resulta excesiva, imprevista o comporta una carga pública que excede la normal equivalencia de prestaciones. Concebida de este modo, la conmutatividad —propia del contrato civil— se configura como el equivalente al equilibrio económico-financiero —propio de contrato administrativo—.

La aplicación de lo expuesto al caso sometido a consulta —para el supuesto de que se pudiera considerar que el concesionario tiene un derecho cierto y real a percibir una compensación por los decrecimientos del tráfico— tendría consecuencias claras: la conmutatividad entre las prestaciones a percibir por la concesionaria hasta la fecha —y más si siguen

las disminuciones de tráfico— y el importe de las inversiones efectuadas —504 millones de euros— no guarda en absoluto la mínima equivalencia y resulta palmariamente descompensada. Ello ampararía, sin lugar a dudas, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con el efecto de declarar la ineficacia sobrevenida de la cláusula 8.^a del Convenio de 2006 y, en consecuencia, de modificar el contenido obligacional de la concesión.

13. El Consejo de Estado no puede dejar de señalar tampoco que no tienen amparo algunas de las razones expresadas durante la tramitación del expediente para justificar una eventual imposibilidad de modificación de la relación concesional. En especial, se ha aducido reiteradamente que no cabe la modificación del Convenio de 2006 al no concurrir en el citado Real Decreto 457/2006, de 7 de abril, por el que se aprueba, ninguna causa de nulidad y al haber transcurrido ya el plazo de cuatro años previsto en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En otros términos, que la relación concesional solo puede modificarse caso de concurrir alguna causa de invalidez en el acto formal de aprobación del Convenio de 2006.

El Real Decreto 457/2006, de 7 de abril —como bien señala la Abogacía del Estado— no tiene carácter normativo. Es un mero acto instrumental de aprobación del convenio novatorio de la concesión. A juicio de este Consejo, ese carácter instrumental no constituye obstáculo alguno para una eventual modificación del contenido de la relación concesional, bien mediante un nuevo convenio, bien por la Administración en el ejercicio de las potestades administrativas que le corresponden. Una cosa es el acto formal de aprobación del convenio y otra distinta la relación concesional. Y, esta última, en cuanto tiene carácter contractual, puede ser objeto de modificación en los términos legalmente autorizados tanto por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas en régimen de concesión y la Ley de Contratos del Sector Público, como mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. No cabe aducir como causa impeditiva para ello la falta de concurrencia de los requisitos y condiciones establecidos en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, pues el ámbito de estos preceptos es otro. La eventual imposibilidad de revisar el Real Decreto 457/2006, de 7 de abril, no impide la modificación del contrato concesional. De igual manera que la modificación llevada a cabo por el Convenio de 2006 no se vio impedida o menoscabada por los numerosos actos de aprobación de convenios modificativos de la misma concesión durante su larga existencia —que se remonta, en determinados tramos, a 1967—.

14. El Consejo de Estado debe hacer finalmente una consideración adicional. En el dictamen emitido el 30 de marzo de 2006, se llamó la atención sobre la excepcionalidad del contenido de las cláusulas séptima

y octava del Convenio de 2006 en cuanto aseguran en todo caso un saldo de compensación positivo en el periodo concesional; se indicó que previsiones de tal índole podían encontrar acomodo en la a la sazón regulación contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas para las concesiones de obra pública si bien no debían ser objeto de generalización por cuanto comportan la desnaturalización de la institución concesional y se manifestó que el Consejo no podía asumirlas por cuanto no estaban debidamente justificadas, ni acreditadas.

Pues bien, la excepcionalidad entonces apreciada queda sin amparo hoy conforme a las previsiones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que entró en vigor a los veinte días de su publicación y que debe ser incorporada antes del 18 de abril de 2016.

El artículo 2.1. a) de esta Directiva define la concesión de obras públicas como «un contrato 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». El apartado b) del mismo precepto define la concesión de servicios como «un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago».

El párrafo segundo del precepto añade que:

«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

Conforme con la Directiva —que ha recogido en este punto la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia—, el rasgo diferencial

que caracteriza a la concesión frente a otros contratos es la transferencia del riesgo en la construcción de la obra o la prestación del servicio.

Las previsiones de la Directiva inciden notablemente en la regulación española. Esta hace pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico financiero de la concesión. Sin embargo la nueva regulación va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico-financiero de la concesión en el derecho español —de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento— choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, se ha dicho que la nueva regulación europea priva al concesionario de su derecho al equilibrio económico-financiero.

El artículo 43.1 de la Directiva establece, por otra parte, que las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con sus previsiones cuando se cumplan todas las siguientes condiciones, a saber: que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever; que la modificación no altere el carácter global de la concesión y que en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el Anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50% del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas.

El contenido de las obligaciones concesionales del otorgamiento al que se refiere la consulta no se ajustan a las previsiones de la Directiva citada. Si bien esta establece en su artículo 54 que no se aplicará a la adjudicación de concesiones licitadas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014, nada impide hacerlo, total o parcialmente, si el Legislador nacional así lo decide. En este sentido —y para solventar situaciones de excepcionalidad conforme a la legislación vigente y anómalas a la vista de la que debe introducirse—, debiera ponderarse especialmente la conveniencia de extender las previsiones de la Directiva —sin merma de los derechos consolidados

ya por los concesionarios— a los otorgamientos hechos con anterioridad respecto de las expectativas y situaciones que hayan de producirse luego de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional. Dicha extensión puede llevarse a efecto con ocasión de la aprobación de la ley que ha de modificar la legislación de contratos públicos».

(Dictamen 660/2014, de 17 de diciembre).