



## **INFORME 5/2022 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA SOBRE EL INCREMENTO DE COSTES Y EL RIESGO IMPREVISIBLE EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.**

El día 16 de agosto de 2022 se recibió en el buzón de correo electrónico de esta Junta de Contratación una consulta formulada por el Presidente de la Federación Navarra de Municipios y Concejos en el que se expresa lo siguiente:

*Primero. Con ocasión del elevado incremento de los precios de la energía, electricidad y gas, un gran número de entidades locales han recibido solicitudes de compensación económica por parte de las empresas concesionarias de la gestión de instalaciones deportivas.*

*Segundo. Se alega por parte de las mismas dificultades para seguir con la gestión de las instalaciones y se está presentado documentación justificativa del incremento de estos costes.*

De acuerdo con lo anterior, la Federación solicita que se informe si los incrementos de costes citados pueden suponer una ruptura del equilibrio económico que debe presidir el contrato de concesión de servicios y, en concreto si ello puede ser subsumido en el supuesto de riesgo imprevisible previsto en el artículo 211.3, letra d) de la Ley Foral de Contratos Públicos.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** De acuerdo con el artículo 8.b) del Decreto Foral 74/2019, de 26 de junio, por el que se regula la Junta de Contratación Pública (DFJCP), están facultados para pedir informes los órganos de gobierno de las Entidades Locales, en el ámbito de sus competencias.

**SEGUNDA.-** Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 119.4.c) de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), en relación con el artículo 2.1.c) DFJCP, la Junta de Contratación Pública es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública. De su propio tenor literal se desprende que la

solicitud de informe debe trascender el caso concreto y buscar la adopción de un criterio general aplicable a otros casos. Por tanto, la competencia de esta Junta encaja adecuadamente con los términos de la consulta.

**TERCERA.-** en primer lugar es necesario recordar que los contratos públicos, entre los que se encuentran los contratos de concesión como los que motivan la consulta, se rigen por el principio de cumplimiento a tenor de sus cláusulas, principio que habitualmente se sintetiza señalando que los pliegos constituyen la “lex contractus” y, por tanto, sus prescripciones se aplican en primer lugar respecto de cualquier otra previsión, siempre que no resulten “contra legem”.

De acuerdo con lo anterior y como precisión aplicable a todo lo que se expone a continuación, será el pliego de condiciones de cada contrato junto con las precisiones que el concesionario propuso en su oferta, el que determinará, previa valoración individualizada por parte del órgano de contratación, en qué medida concurren circunstancias que motiven un posible reequilibrio del contrato.

La consulta, en tanto que se ha formulado de forma genérica, requiere necesariamente un pronunciamiento genérico, aplicable a la generalidad de los contratos concesionales.

Sin entrar a desarrollar la teoría sobre los principios que rigen específicamente la ejecución de las concesiones, sobre los que se puede leer en extenso tanto en el [Informe de la JCCA Aragón 24/2013](#) como en el estudio llevado a cabo por Germán Fernández Farreres ([La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos](#)), entre muchos otros, hay que situar someramente la cuestión.

El principio general de ejecución de los contratos públicos es el de riesgo y ventura, establecido por el artículo 104 LFCP. De acuerdo con el mismo, serán por cuenta del concesionario las pérdidas, averías o perjuicios que experimente durante la ejecución del contrato, así como los beneficios si llegaran a producirse, tal como resume la STS de 27/10/2009 (Rec nº 763/2008) FJ 4º “... ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien”. Este principio, adquiere especial relevancia en el contrato de concesión, del que es un rasgo característico, contemplado por la LFCP que lo establece en sus artículos 31 y

32 *“en el que la retribución consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio, transfiriendo al concesionario el riesgo operacional”* y lo define en el artículo 176.2: *A los efectos de esta ley foral se entiende por riesgo operacional la posibilidad de que la empresa obtenga pérdidas que no resulten meramente residuales como consecuencia de la exposición a los riesgos del mercado. El riesgo operacional abarca el riesgo de demanda y el riesgo de suministro, o ambos a la vez.”*

Por otra parte, la propia LFCP contempla entre los derechos del concesionario y, de forma correlativa también entre las obligaciones de la Administración, la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato (vid. Artículo 190.b) LFCP, aplicable tanto a los contratos de concesión de obras públicas como a los contratos de concesión de servicios en virtud de lo dispuesto por el artículo 205 LFCP.

Las causas que dan derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por su lado, aparecen recogidas en el artículo 194 (concesión de obras) y 211 (concesión de servicios) LFCP, que por lo que ahora nos interesa se pronuncian en idéntico sentido: *“La administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda en los siguientes supuestos: c) Cuando circunstancias imprevisibles al momento de formular ofertas impidan la ejecución de la concesión en los términos marcados”*. Para ello habrá de ser tenido en cuenta tanto el interés público como el interés del concesionario.

Por tanto, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (sea cual sea la causa que lo motive) ha de ser entendido como un límite y una excepción al principio de riesgo y ventura, que resulta modulado en aras al mantenimiento del servicio, como medio de satisfacción del interés público.

**CUARTA.-** Sentado que el riesgo imprevisible es una de las posibles causas para dicho restablecimiento del equilibrio, es necesario comprender cuál es el alcance y aplicación del mismo, dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Para ello, resulta de utilidad acudir a la jurisprudencia, que ha perfilado la frontera de esta figura. Especialmente interesante resulta la STS de 27/10/2009 (Rec nº 763/2008) que tras sentar el principio general de riesgo y ventura en su fundamento jurídico cuarto establece: *“De igual modo resulta*

*necesario recordar la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la doctrina del riesgo imprevisible de 27 de diciembre de 1990 , en cuyo F.J.4º se decía: «Es cierto que, tanto la doctrina del factum principis, como la de la «alteración de las circunstancias» -el tradicional rebus sic stantibus– y la del «riesgo imprevisible»- grundgeschäft» pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de «circunstancias sobrevenidas» como excepción admitida al principio fundamental contractus lex, cuando se trata del contrato administrativo de obras han sido objeto de una regulación legal específica, a través de la figura jurídica de la «revisión de precios» encontrándose su regulación vigente, integrada básicamente, por el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, y sus disposiciones reglamentarias -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983 .*

*Pero, también es cierto que, cuando dicha figura de la "revisión de precios" deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la "revisión de precios" es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes".*

*Esta misma Sentencia, en su fundamento jurídico quinto, afirma que: "...la indicada doctrina del "riesgo imprevisible razonable" se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada "relevancia y significación" en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique."*

*A efectos de determinar las características que son exigibles a las circunstancias imprevisibles, también resulta de utilidad la descripción que la*

directiva 23/2014 de Concesiones establece en su considerando 76 *“El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”*

En resumen, de acuerdo con consolidada doctrina jurisprudencial, apoyada también por las previsiones de la propia Directiva de Concesiones, lo determinante para establecer la procedencia del reequilibrio económico del contrato con arreglo a la teoría del riesgo imprevisible, es la quiebra del equilibrio en las prestaciones mutuamente debidas, sin que dicha quiebra resulte imputable a la imprevisión o mala gestión del adjudicatario.

**QUINTA.-** De acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes, no es posible establecer un límite porcentual de variación de precios a aplicar en todos los contratos de concesión, pero sí se pueden citar indicios a tener en cuenta en la necesaria valoración del órgano de contratación a la hora de determinar el derecho del concesionario a reestablecer el equilibrio económico, y posteriormente, para establecer el mejor modo de llevarla a cabo.

Sin que pueda considerarse una enumeración tasada, en primer lugar podemos prestar atención al contexto político-económico, y directamente relacionado con ello, detectar en qué medida los perjuicios económicos alegados por quien solicita el reequilibrio son predicables de la generalidad de concesionarios y/o adjudicatarios del sector público. En este sentido, parece evidente que el perjuicio sufrido por una única persona, por más que se fundamente en un determinado contexto internacional, encaja mejor en el concepto de “imprevisto” que en el de “imprevisible”, mientras que aquellos perjuicios sufridos por todos o buena parte de los concesionarios y/o contratistas, se aproximan más, a modo de prueba indiciaria, a la imprevisibilidad cuya concurrencia se exige. Afirmar lo contrario sería tanto como defender que todos los adjudicatarios de cualesquiera contratos, incurren sistemáticamente en una falta de diligencia en la evaluación de sus riesgos, que difícilmente parece compatible con su supervivencia económica, que es, en definitiva, su finalidad como empresa. En este mismo sentido, no se puede desconocer la aprobación del Decreto Ley Foral 1/2022 de 13 de abril, por el

que se adoptan medidas urgentes en la Comunidad Foral de Navarra en respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, posteriormente modificado por Decreto Ley Foral 3/2022 de 17 de agosto, que con fundamento en la reciente situación político económica, reconocen expresamente una revisión extraordinaria de precios, y si bien de acuerdo con su ámbito objetivo no resulta aplicable a los contratos de concesión, proporcionan un indicio más, de la existencia de circunstancias excepcionales e imprevisibles que pueden afectar al equilibrio económico de los contratos públicos.

Todo lo anterior, no obstante, no justifica por sí sólo el reconocimiento del derecho al reequilibrio económico de todas las concesiones, puesto que ya se ha establecido como premisa, la misma debe valorarse caso por caso, teniendo en cuenta las previsiones de los pliegos y, una vez más sin ánimo exhaustivo, las circunstancias tomadas en cuenta al momento de la presentación de la oferta por parte del adjudicatario, en qué momento se llevó a cabo la adjudicación, el tiempo restante para la finalización del contrato de concesión (de manera que pérdidas puntuales en un contrato para el que resta poco tiempo de ejecución pueden no representar un desequilibrio en el conjunto de la economía de la concesión, habida cuenta que el reequilibrio no representa una garantía universal que invalide la necesaria transferencia del riesgo propia de estos contratos), su objeto contractual (puesto que no todos los precios se han visto impactados en la misma medida y no todos tienen el mismo peso en cada concesión) etc.

Estas circunstancias y cualesquiera otras que resulten pertinentes, han de conducir a la conclusión de *“si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.”* Tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo STS 6531/2009, sala de lo Contencioso, Sección 4ª, F.J. Quinto, dictada en casación.

**SEXTA.-** Para concluir es necesario resaltar la necesidad de que la ruptura del equilibrio económico quede probada en el expediente administrativo, tal como ha exigido reiteradamente la jurisprudencia como premisa para después, establecer qué mecanismo de restablecimiento se

adecua mejor al interés público. A estos efectos resulta ilustrativa la posición de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 junio 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) *“La actora, que en su escrito de demanda, y por medio de Otrosí manifestó su intención de proponer la práctica de una prueba pericial judicial a fin de que se establecieran determinados extremos, no ha propuesto ni practicado prueba alguna que permita a esta Sala comprobar si efectivamente existió el perjuicio alegado. No solo no se ha acreditado la existencia de perjuicio sino que no se ha acreditado el extremo fundamental, la cuantía del mismo. No hay prueba de que haya tenido lugar un resultado dañoso como consecuencia del precio de los ligantes, ni caso de haberlo habido cual sería el porcentaje del mismo en relación con el importe de la liquidación definitiva y el beneficio industrial. No bastan a tales efectos los cálculos que recoge el escrito de demanda, y que sitúan el porcentaje "cualitativo" en "superior al 2,5% del presupuesto total de la obra" y el cuantitativo en un alto porcentaje del beneficio industrial. (...) y por otra parte, no se ha establecido que la actora haya sufrido consecuencias que constituyan una onerosidad tal que rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones...”*

## **CONCLUSIONES**

El incremento de precios de determinados materiales o recursos necesarios para la ejecución de los contratos de concesión puede ser motivo para entender que se produce un “riesgo imprevisible” que haga necesario el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Esta circunstancia ha de ser valorada caso por caso, atendiendo a las circunstancias propias de cada contrato, que deberán ser adecuadamente probadas en el expediente administrativo, teniendo en consideración el conjunto de la economía del contrato y la necesidad de que su quiebra sea sustancial.

El derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es una excepción a la regla general del riesgo y ventura, por lo que su aplicación debe ser restrictiva, en la comprensión de que no puede convertirse en una garantía ordinaria que cubra los todos los riesgos propios de la concesión, de la que no se puede olvidar, el “riesgo operacional” es una nota sustantiva.

Es todo cuanto se informa, que se somete a cualquier otro criterio mejor fundado en Derecho.

Pamplona, 18 de noviembre de 2022.

LA PRESIDENTA

EL VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren  
Zozaya

Gonzalo Pérez  
Remondegui

Silvia Baines  
Zugasti