

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (1978). ¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1978 . *Revista Española de Derecho Administrativo, parte Jurisprudencia, 18, pp. 446-455.*

¿UN PASO ATRAS EN LA DOCTRINA DEL RIESGO IMPREVISIBLE?  
LA SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 11 DE JUNIO DE 1978

I. INTRODUCCION

Como es bien sabido, la doctrina del riesgo imprevisible tiene, dentro de nuestro Ordenamiento, su formulación positiva más directa y acabada en la legislación de Régimen Local. Los artículos 127 a 129, ambos inclusive, y 152.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL), en efecto, garantizan la economía de la concesión, es decir, el equilibrio financiero de la misma en el supuesto de su ruptura por «circunstancias sobrevenidas e imprevisibles» o, lo que es lo mismo, por hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes. Esta garantía de la economía de la concesión se traduce —como señalan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1975, página 517— en una coparticipación de la Administración y del concesionario en los riesgos sobrevenidos, que supone para aquélla el deber (y el correlativo derecho para éste) de mantener, en caso de materialización de dichos riesgos, el equilibrio de la retribución del concesionario a tenor de su formulación o cálculo inicial (las bases que hubieran servido para el otorgamiento de la concesión) y en función de todos los elementos integrantes de este cálculo: amortización del coste de establecimiento del servicio, gastos de explotación y normal beneficio industrial.

En su aplicación, el régimen positivo del riesgo imprevisible en la contratación local de los servicios públicos ha dado lugar a una correcta doctrina jurisprudencial, una de cuyas más logradas formulaciones se contiene en la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1975 (Ponente J. GABALDÓN LÓPEZ, Rep. Aranzadi 3330). La cita previa de esta Sentencia reviste, además, un interés específico, por presentar con la que va a ser objeto de comentarios varias coincidencias (aparte de referirse ésta expresamente a aquélla): tener por objeto el restablecimiento del equilibrio económico de una concesión otorgada por el Ayuntamiento de Valencia (aunque los servicios concedidos sean de diversa naturaleza) y haber sido dictadas ambas por la misma Sala, actuando en las dos idéntico Magistrado como Ponente; coincidencias éstas que facilitan la valoración del fallo que vamos a analizar por comparación con el estado jurisprudencial anterior de la cuestión. Pues bien, en dicha primera Sentencia —tras dejarse establecido en su segundo

Considerando el hecho de la prestación por la sociedad recurrente, en régimen de concesión, de un servicio público obligatorio (el de tratamiento técnico-sanitario de basuras y residuos) y el dato de la ruptura de la economía de la concesión por circunstancias sobrevenidas— se afirma concluyentemente:

«Que debiendo reputarse acreditadas, como se ha dicho, aquellas circunstancias (las sobrevenidas e imprevisibles) ....., el invocado principio (el de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión) llevará por lo expuesto a confirmar la Sentencia recurrida e imponer a la Corporación el solicitado restablecimiento del equilibrio financiero porque, *rota la economía de la concesión, la Corporación no sólo tiene la potestad sino también el deber según prescripción textual del artículo 126, número 1, apartado 2 b), de mantener la retribución económica del concesionario*, lo cual es para éste un derecho correlativo según el artículo 128, número 3, apartado 3.º, derecho que es exigible no sólo cuando por acto de la autoridad se ha modificado el servicio, sino también como se dijo *en el caso de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, y debiendo tener lugar mediante revisión de las tarifas y subvenciones como dispone el propio artículo 127 citado*, no puede naturalmente entenderse esa prescripción limitarse al caso de que existieren pactadas sino también en el de su modificación, supresión o establecimiento cuando la propia naturaleza del servicio y de la alteración económica de las contraprestaciones lo exija *a tenor del artículo 126, número 2, b), citado, que establece el deber de "mantener en todo caso el equilibrio de la retribución económica del concesionario" "a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento" y "en función de la necesaria amortización del coste de establecimiento del servicio", "los gastos de explotación y el normal beneficio industrial" .....*» (Considerando 3.º).

Interesa destacar los siguientes elementos del razonamiento del Considerando transcrito:

1. El presupuesto del derecho-deber de restablecimiento del equilibrio económico concesional radica en la efectiva concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinantes de la ruptura de dicho equilibrio.
2. El derecho-deber de restablecimiento del equilibrio económico se refiere a la retribución del Concesionario, de modo que en su resultado (la compensación económica) debe tener necesariamente en cuenta todos y cada uno de los factores en que legalmente se descompone (en cuanto bases necesarias para el cálculo inicial de la retribución): amortización del coste de establecimiento, gastos de explotación y normal beneficio industrial.

Es este el contenido necesario del derecho-deber de restablecimiento del equilibrio económico, pero también lógicamente su límite máximo, cuyo desbordamiento significaría la ruptura del principio de coparticipación en los resultados desfavorables derivados de la materialización sobrevenida de los riesgos imprevisibles y el traslado íntegro de éstos a la Administración, *cuestión ésta que es distinta (ajena) al restablecimiento del equilibrio concesional*:

«... no obstante, los términos del restablecimiento de este equilibrio deben quedar limitados a la condonación del canon... y el paralelo otorgamiento de una subvención por la prestación del servicio y todo, obviamente, desde el momento de la solicitud que motivó el expediente ... que es el que hace patente la alteración del equilibrio mediante la propia petición de la compañía recurrente y el referirlo a un momento anterior sin otra prueba que el balance de pérdidas aportado por ella *equivaldría a desplazar sobre la Corporación de modo indiscriminado los resultados desfavorables de la gestión económica de la empresa, cosa ajena al resta-*

*Luciano Parejo Alfonso*

*blecimiento del equilibrio concesional, como lo sería también la modificación del capital de la compañía... así como el otorgamiento de una subvención global por el montante de las pérdidas desde el origen de la concesión..., lo que incluso iría contra la letra del artículo 129, número 4 del Reglamento de Servicios...» (Considerando 4.º).*

La prueba y, por tanto, la fijación concreta de la compensación económica a que está obligada la Administración puede quedar remitida, en cualquier caso, a la fase de ejecución de la Sentencia:

*«Que es con dichas bases (las que sirvieron para el otorgamiento de la concesión en función de la amortización, los gastos de explotación y el normal beneficio industrial)... como procede concretar la fórmula de restablecimiento del equilibrio concesional, revocando en ese punto la Sentencia recurrida que se limitó a pronunciar su ruptura cuando el acto recurrido, como se dijo, había desestimado una solicitud que comprendía también las subvenciones y habían sido formulados y concretados los factores económicos (amortización, gastos y beneficios) por el propio solicitante y los peritos y órganos actuantes de la Corporación en términos de que una ulterior fijación puede ser fácilmente relegada a la ejecución del fallo...» (Considerando 4.º).*

Pues bien, la reciente Sentencia, también de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 1978, de la que ha sido Ponente asimismo el Magistrado J. GABALDÓN LÓPEZ, resuelve un caso en todo similar introduciendo dos importantes matizaciones a la doctrina sentada en la anterior, que suponen una restrictiva interpretación del régimen legal del riesgo imprevisible en la contratación local de los servicios públicos.

## II. LA SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1978

### 1. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho a que se refiere la Sentencia puede resumirse así: La empresa concesionaria de los transportes urbanos de Valencia y su comarca, ante los déficits arrojados por la gestión del servicio en los años 1973 y 1974 y el que previsiblemente arrojaría la del año 1975 (pérdidas imputadas por la empresa a un mayor consumo, aumento del precio de los carburantes y elevación de los salarios del personal, unidos a un descenso de los ingresos por disminución en la utilización del servicio por los usuarios), solicita del Ayuntamiento el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión; solicitud que no es estimada en sus propios términos por la Corporación municipal. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el inicial acuerdo municipal y el desestimatorio del recurso de reposición contra el mismo deducido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia dicta Sentencia el día 5 de mayo de 1977 estimando en parte el recurso y, en consecuencia, anulando los acuerdos impugnados, declarando la existencia de desequilibrio económico en los ejercicios de 1973 y 1974, fijando sus respectivos importes y condenando al Ayuntamiento al abono de compensación económica equivalente a dichos importes, con desestimación del resto de las pretensiones formuladas. El recurso de apelación formulado contra esta Sentencia es decidido finalmente por la de la Sala Cuarta

del Tribunal Supremo objeto de comentario, que estima en parte el recurso y, consecuentemente, revoca también parcialmente la Sentencia de la Audiencia, concretamente en cuanto ésta incluyó en la compensación a abonar por la Corporación municipal determinadas cantidades en concepto de beneficio industrial.

2. PUNTO DE PARTIDA: LA EXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS E IMPREVISIBLES; LA REDUCCION DEL OBJETO DE LA LITIS A LA COMPENSACION DE LAS PERDIDAS YA SUFRIDAS

La Sentencia admite de principio y sin reserva alguna la concurrencia del presupuesto indispensable para el nacimiento del derecho-deber de restablecimiento del equilibrio económico concesional: la ruptura de éste por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, al propio tiempo que delimita el objeto de la apelación a la determinación de la cantidad que, como compensación, deba satisfacerse al concesionario por las pérdidas sufridas en los ejercicios ya cerrados de 1973 y 1974.

Dice, en efecto, en su Considerando 4.º:

«Que debe por ello partirse de la existencia de un desequilibrio reconocido en cuanto a los dos ejercicios anteriores que trata de compensarse mediante una subvención y relegando al final de 1975 la decisión definitiva acerca de la procedencia y el modo de reequilibrar definitivamente la misma concesión, a cuyo efecto consta incluso en autos la autorización de un primer aumento de tarifas, y dicho desequilibrio anterior y parcial se reconoce sobre la base del déficit existente en aquellos dos ejercicios causado por circunstancias sobrevenidas que el recurrente señala, determinantes de mayor consumo, aumento del precio de los carburantes y elevación de los salarios del personal, unidas a una disminución de los ingresos por tasas de los usuarios, el alcance del proceso se circunscribió a determinar si la suma otorgada se ajusta a las exigencias económicas y legales precisas para reequilibrar a aquellos dos ejercicios.»

Es, pues, desde esta perspectiva como la Sentencia aborda la cuestión de fondo y, en concreto, el punto que aquí nos interesa destacar: la procedencia de la inclusión en la compensación a abonar por la Administración del normal beneficio industrial.

3. LA NEGACION DEL NORMAL BENEFICIO INDUSTRIAL CON BASE EN LA INTERDICCION DE LA GARANTIA DE RENDIMIENTO MINIMO

La desestimación de toda compensación por el concepto de beneficio industrial se razona así:

«Que en el caso presente se está, precisamente, en un supuesto de reparación mediante subvención a posteriori, en cuanto la resolución impugnada ha relegado al futuro las medidas generales de restablecimiento del equilibrio económico y, por tanto, sin perjuicio de la repercusión cuando éstas se adopten, no puede ahora admitirse la tesis de una garantía integral del beneficio industrial del concesionario en proporción a los resultados anteriores de la empresa, que es lo pretendido al solicitar que las sumas concedidas se extiendan también a éste, calculado de modo como inicialmente pudo hacerse o en proporción a los gastos o al giro comercial, porque de ese modo lo que simplemente se ha configurado (sin oposición del recurrente) como subvención transitoria de los dos ejercicios deficitarios se con-

Luciano Parejo Alfonso

*vertiría en una garantía de rendimientos de la empresa y ni siquiera de rendimientos mínimos, sino proporcionales a los factores económicos que juegan en la misma, cosa que ni siquiera se planteó por la concesionaria en su solicitud inicial, en la cual únicamente se había referido al déficit existente, ...» (Considerando 7.º).*

Como se ve, pues, el argumento fundamental reside en que la subvención por beneficio industrial vendría a ser una garantía de los rendimientos de la empresa, garantía prohibida incluso para la compensación a posteriori por desequilibrio económico, como es el caso en el supuesto enjuiciado. La aplicabilidad al caso de la prohibición de toda garantía de rendimiento mínimo en la contratación de la prestación de servicios públicos contenida en el artículo 129.4 RSCL había sido razonada previamente en el Considerando precedente, en el que —tras reafirmar el principio de que la retribución del concesionario debe comprender la amortización del coste de establecimiento, los gastos de explotación y el normal beneficio industrial y la doble operatividad de dicho principio en el momento del cálculo inicial de la retribución y a lo largo de la vida de la concesión para el mantenimiento del equilibrio económico en caso de ruptura de éste que ponga en peligro la continuidad del servicio, bien por ejercicio del *ius variandi* por la Administración, bien por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles— se afirma textualmente:

*«... por ello el derecho que según el artículo 128-3, 2.º tiene el concesionario a obtener compensación económica en aquellos casos debe interpretarse y atemperarse según esos principios porque no puede convertirse en una garantía a posteriori de los beneficios de la empresa, como señala el artículo 129-4 aplicable no sólo a la inicial consideración de la oportunidad o conveniencia de financiar el servicio mediante subvenciones, concurrentes o no, sino también a las decisiones de restablecimiento del equilibrio perdido, momento en el cual asimismo juega el principio de que una subvención posterior no debe representar la garantía de un rendimiento ni estímulo de gastos excesivos o explotación deficiente, lo que por otra parte es factor diferencial en este orden de cosas entre los servicios que por significar prestaciones singulares pueden ser retribuidos por tasas y aquellos otros de destinatario universal retribuidos mediante un canon o el ejercicio exclusivo de una actividad industrial acompañada o no de subvenciones, dato a tener en cuenta respecto de la doctrina sentada en la Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1975 que, no obstante ese matiz, señalaba igualmente la improcedencia de desplazar sobre la Administración los resultados adversos de la empresa; de ahí, se repite, que el referido derecho del concesionario sólo signifique compensación total de perjuicios en el caso de modificaciones ordenadas por la Administración, pero no en el de circunstancias imprevisibles en el cual, tratándose de salvar la empresa para salvar el servicio sin hacer inevitable el rescate de la concesión ni deseable éste para el interés público como solución más ventajosa, la subvención no debe en su caso alcanzar el íntegro resarcimiento de los beneficios dejados de obtener, sino que solamente consistirá en la indemnización adecuada para eliminar el riesgo de ruina de la empresa y la articulación futura de un sistema para equilibrarlo, lo que viene a traducirse en un reparto de las consecuencias desfavorables a determinar en cada caso y que no omita el beneficio industrial necesario según el equilibrio establecido, pero sin implicar un seguro de ganancias pasadas» (Considerando 6.º).*

Por lo pronto, la referencia a la doctrina de la Sentencia de la propia Sala de 6 de junio de 1975 (más atrás transcrita en parte) resulta un tanto enigmática, por cuanto no tiene por fin reiterar o rechazar claramente dicha doctrina. La referencia, sin embargo, a la distinción que en ella se hacía entre

servicios de destinatario universal (entre los que incluía el objeto de la concesión de que en tal fallo se trataba) y servicios que implican prestaciones singulares susceptibles de retribución por tasas (entre los que se encuadra el de transporte urbano de que aquí es el caso), permite deducir que la referencia en cuestión busca evitar la contradicción entre ambas Sentencias con apoyo en esta clasificación de los servicios, así como en el recordatorio de que en la Sentencia de 1975 ya se había advertido marginalmente que en ningún caso sería lícito desplazar sobre la Administración los resultados adversos de la empresa. Este intento de armonizar los dos pronunciamientos judiciales, debe considerarse desde luego fallido porque, de un lado, la advertencia de la improcedencia del traslado a la Administración de los resultados adversos no impidió el reconocimiento por la primera Sentencia del derecho del concesionario a percibir compensación por el concepto de beneficio industrial y, de otro lado, la diferenciación entre servicios de destinatario universal y realizados a través de prestaciones singulares si tiene importancia a efectos del sistema de retribución del concesionario no se alcanza a comprender cómo pueda dar lugar por sí misma a una diversidad de régimen en cuanto al restablecimiento del equilibrio económico; indiferencia de la expuesta clasificación de los servicios a este efecto que el propio Tribunal indirectamente reconoce —incurriendo así en contradicción— cuando a continuación señala que es la causa del desequilibrio económico (actos de la Administración en ejercicio del *ius variandi* o circunstancias sobrevenidas e imprevisibles) la que da lugar a un diverso contenido del derecho del concesionario y correlativo deber de la Administración a compensación económica (en el primer caso, compensación total de los perjuicios; en el segundo, coparticipación en los resultados desfavorables, es decir, compensación indispensable para eliminar el riesgo de ruina de la empresa). Y en los dos supuestos resueltos por las Sentencias comparadas el desequilibrio encontraba su causa, no en modificaciones introducidas por la Administración, sino en circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Por tanto, parece existir realmente contradicción entre uno y otro pronunciamiento judicial, constituyendo el ahora comentado una desviación restrictiva de la doctrina sentada en el primero de ellos.

Entrando en el examen del punto fundamental del razonamiento del Tribunal —el de la aplicabilidad al caso del artículo 129.4 RSCL—, si bien parece acertada la afirmación de que el precepto no agota su virtualidad en el momento inicial de la concesión, sino que rige igualmente en cualquier fase de la misma en la que pretenda acordarse una subvención en contradicción con lo que en él se dispone, no sucede otro tanto con la extensión del supuesto en él previsto a toda compensación o indemnización económica que deba satisfacerse por la Administración a un concesionario. El equívoco proviene indudablemente del empleo por la Sentencia del término «subvención» en un sentido amplio, comprensivo de la compensación debatida en el proceso, que desborda claramente la significación con que dicho término se emplea en el RSCL. En éste la subvención es tan solo una de las tres posibles formas (junto con las contribuciones especiales y las tasas con arreglo a tarifa) que puede revestir la retribución del concesionario (art. 129.1 y 2). Por ello, es cuando menos dudoso que pueda establecerse sin más una equivalencia entre la compensación económica para el restablecimiento del equilibrio económico a que se refiere el artículo 128.2, apartado 2.º y la subvención regulada en el artículo 129.2 del propio RSCL. Tal equivalencia sólo es segura cuando

dicha compensación actúe sobre una subvención desfasada componente único o parcial de la retribución del concesionario. De ahí que sea igualmente dudosa la aplicabilidad del artículo 129.4 RSCL a las compensaciones referidas, como en el caso enjuiciado por la Sentencia comentada, a retribuciones íntegramente basadas en la percepción de tasas según tarifas.

Pero sobre lo dicho, el razonamiento de la Sentencia incurre, a mi juicio, en un error más grave: el de calificar indebidamente la prohibición expresada en el artículo 129.4, en su posible aplicación más allá del momento inicial de la concesión, como límite del contenido del derecho-deber de restablecimiento del equilibrio económico concesional; calificación que —dado el fallo que pronuncia— debe entenderse hace la Sentencia, a pesar de que sorprendentemente en el inciso final del Considerando transcrito en último lugar aluda a que la coparticipación en las consecuencias desfavorables debe determinarse en cada caso sin omitir el beneficio industrial «necesario según el equilibrio establecido», pues de esta precisión alusiva a un nuevo tipo de beneficio industrial ninguna consecuencia extrae. Esta conceptualización de la indicada prohibición conduce a una irresoluble contradicción entre el artículo 129.4 y los artículos 127.2, 128.2 y 129.3 RSCL —cuando menos en cuanto a las compensaciones por insuficiencia de la subvención acordada y, partiendo de la tesis de la Sentencia, en todo tipo de compensaciones—, ya que la interpretación conjunta de estos últimos preceptos aboca necesariamente a la conclusión de que el referido derecho-deber comprende todos los factores económicos integrantes de la retribución y, por lo tanto, también el normal beneficio industrial o rendimiento de la empresa. Es esta precisamente la razón de la contradicción entre las Sentencias de 6 de junio de 1975 y la que se analiza.

Pero la contradicción entre los indicados preceptos se resuelve y revela como inexistente, si se tiene en cuenta que el artículo 129.4 no actúa a nivel de determinación por vía negativa del contenido del derecho-deber de restablecimiento del equilibrio económico, en cuanto dicho contenido ya viene precisado en forma positiva por los artículos 127.2, 128.2 y 129.3, siendo controlable todo exceso a partir de los mismos sin necesidad de recurrir al 129.4. Este tiene por objeto, más bien, la fijación negativa del ámbito propio del riesgo imprevisible, estableciendo para ello la prohibición absoluta de la exclusión del álea contractual mediante el procedimiento de la traslación íntegra del riesgo de la explotación del servicio a la Administración. En otras palabras, el precepto tiene una doble operatividad: *a)* En el inicio de la concesión, proscribiendo toda condición que enerve el álea contractual y, en concreto, la asunción por el concesionario del riesgo íntegro de los resultados imputables a su propia gestión y del riesgo imprevisible y no imputable a ninguna de las partes de forma compartida con la Administración; y *b)* En la vida de la concesión, impidiendo la posterior traslación de dichos riesgos a la Administración. Y en este segundo sentido y por lo que se refiere al riesgo imprevisible, actúa al nivel de imposición de un requisito o presupuesto negativo preciso para el nacimiento del derecho-deber de restablecimiento del equilibrio económico: el resultado desfavorable a equilibrar no puede tener su origen en una gestión económica deficiente del concesionario (nótese que en el precepto este último es el concepto más general al que se refiere por su finalidad la expresión «forma de garantía de rendimiento mínimo») o, lo que es lo mismo, ha de ser independiente de la buena



gestión del concesionario, tener su causa en verdaderas circunstancias imprevisibles para las partes.

Así interpretado, el artículo 129.4 adquiere su verdadero sentido y dimensión. Desempeña para la forma de retribución consistente en subvenciones (desde el punto de vista sistemático, el precepto precisa la regla establecida en el número 2 del mismo artículo) básicamente la misma función que el artículo 152.3 realiza para la retribución mediante tasas tarifadas. Y la redacción de este último es perfectamente clara, en cuanto dispone que «La revisión extraordinaria (de las tarifas) procederá de oficio o a petición de la empresa o concesionario *siempre que se produjere un desequilibrio en la economía de la empresa o de la concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otro.*»

Por tanto, la desestimación en el caso que nos ocupa de la petición de que se incluyera en la compensación el beneficio industrial normal no puede reputarse correcta. En ningún momento la Sentencia pone en duda el orden y la bondad de la administración o gestión del concesionario, antes al contrario su punto de partida constituye la afirmación de la concurrencia de circunstancias imprevisibles y sobrevenidas, es decir, ajenas o extrañas a la voluntad de las partes. El reconocimiento del derecho del concesionario y correlativo deber de la Administración de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión o, lo que es igual, de la retribución del concesionario era así, al concurrir los requisitos precisos, obligado. Y la compensación debía ser calculada en función de todos los factores que componen la retribución, incluido el normal beneficio industrial, porque es ésta la medida legal de la coparticipación en el resultado desfavorable derivado de riesgo imprevisible.

Desde un punto de vista económico sustantivo se confirma esta conclusión, pues la exclusión de la compensación del normal beneficio industrial (como factor concurrente para el cálculo de la misma) impide el logro pleno del fin último al que sirve la doctrina del riesgo imprevisible —la salvación de la continuidad del servicio en régimen de concesión como solución más favorable para el interés público—, al desproveer al concesionario de parte de su rendimiento lícito y, por tanto, de su capacidad de autofinanciación, obligando a la empresa a asumir mayores cargas financieras, con lo que —a la postre— el problema económico de la concesión se agrava. Ciertamente que la Sentencia refiere la exclusión del beneficio sólo a la compensación de pérdidas ya habidas y no al sistema de reequilibrio concesional a arbitrar para el futuro, pero no lo es menos que el bache económico-financiero que puede resultar del defecto de compensación de los déficits de ejercicios pasados es susceptible de condicionar seriamente la ulterior gestión de la concesión.

4. LA FALTA DE PRUEBA SUFICIENTE DEL DESEQUILIBRIO EN CUANTO AL BENEFICIO INDUSTRIAL COMO CAUSA BASTANTE PARA LA NEGACION DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DERECHO A COMPENSACION POR DICHO CONCEPTO

Finalmente, la Sentencia contiene otro pronunciamiento merecedor de crítica. Razonando en *obiter dicta*, el Tribunal rechaza la condena de la Admi-

Luciano Parejo Alfonso

nistración al pago de compensación por el concepto de beneficios aún en la hipótesis de la procedencia de la inclusión de aquélla en estos

*«... en cuanto cabe reputarlos improbados porque tanto el apelante como la Sentencia intentan una determinación del no definido concepto de normal beneficio industrial en la concesión del servicio público de transportes urbanos mediante la aplicación de criterios económicos sin la necesaria base comprobada en autos a través de informes periciales puesto que los practicados fueron solamente contables y no económicos, por lo cual la Sentencia verifica, al obtener un cálculo medio entre los propuestos, una operación de equidad cuando lo procedente hubiera sido estimar improbada esa partida, sólo justificada con referencia a la actividad pasada de la empresa, procede por tanto eliminarla del cálculo final del importe de la subvención, desestimando en este punto la correlativa pretensión y revocando en el mismo la Sentencia» (Considerando 7.)*

Es discutible el acierto de la negativa en grado de apelación a tener como probado lo que se tuvo por tal en primera instancia, con base exclusivamente en la distinción entre el carácter «contable» de la prueba practicada (informes periciales) y la condición «económica» de los criterios aplicados a la determinación de la cantidad a abonar como compensación, concluyendo la insuficiencia de aquélla para llegar a ésta. Pues la concreción al caso del concepto indeterminado «normal beneficio industrial», así como la prueba de la pérdida por este concepto había de hacerse a partir de los datos contables de la gestión del concesionario. Y la justificación económica de este resultado desfavorable debía venir dada por la probanza de las circunstancias provocadoras de la ruptura del equilibrio económico; circunstancias que la propia Sentencia de apelación tiene como ciertas.

Sin embargo, éste no es el aspecto más importante. La crítica la merece más bien la consecuencia que el Tribunal extrae de la afirmación de falta de prueba: la eliminación del concepto «beneficio industrial» del cálculo de la compensación. Tal consecuencia no era en absoluto necesaria. La prueba en cuanto a la concreta determinación del importe de la compensación por el expresado concepto podía haber quedado referida a la fase de ejecución de la Sentencia, siguiendo así la solución apuntada ya en la anterior de la propia Sala de 6 de junio de 1975. Ciertamente que en ésta el fallo contenía ya las bases con arreglo a las cuales había que proceder a la fijación de la exacta cantidad, pero tal circunstancia no implica una diferencia cualitativa para con respecto al supuesto de que ahora se trata. La solución ahora comentada significa, pues, un retroceso sobre posiciones jurisprudenciales anteriores.

La Sentencia ciertamente, así resulta de algunas expresiones incidentales, parece arbitrar una salida al problema, abriendo la posibilidad —so pretexto de que el acuerdo administrativo originario impugnado remitía la articulación del sistema de reequilibrio económico definitivo de la concesión al momento del análisis de los resultados del ejercicio de 1975— de replantear en dicho momento la compensación por el beneficio industrial. Pero esta remisión del problema, sobre no modificar en nada los términos del análisis crítico precedente, impone injustificadamente al concesionario la carga de una nueva solicitud a la Administración y de la impugnación de la decisión de ésta tanto en vía administrativa, como en la judicial, sin que —de otro lado— la Sentencia (pronunciada a las acturas de 1978) se haya planteado la viabilidad misma del replanteamiento de la cuestión.

Para terminar, parece obligado extraer la consecuencia de la necesidad de una revisión y actualización del régimen del riesgo imprevisible. El procedimiento para reequilibrar la economía de la concesión es, desde luego, como creo que pone de relieve el precedente comentario, insatisfactorio y, además, excesivamente lento y costoso y, por ello, radicalmente inadecuado a las condiciones técnicas, económicas y sociales en que se desenvuelve hoy necesariamente la prestación de servicios públicos. Formulada la doctrina del riesgo imprevisible inicialmente en Francia a raíz y como respuesta a las específicas circunstancias derivadas de la Primera Guerra Mundial, su capacidad —en los términos de su tradicional formulación— para resolver los desequilibrios sobrevenidos en la gestión de los servicios públicos ha ido disminuyendo con el tiempo. Porque gran parte de las circunstancias integrantes del riesgo a que se refiere esta doctrina ha dejado de ser imprevisible, en cuanto tiene su origen en el propio sistema económico y social. La caracterización actual del riesgo debería hacerse, pues, más bien con relación a su marginalidad al ámbito de disposición de las partes, a la esfera de su voluntad y capacidad de acción. Y dada su previsibilidad debería arbitrarse un sistema ágil y rápido de restablecimiento del equilibrio económico que entrara en juego a la ruptura de éste por concurrencia de dichas circunstancias, supuesta la opción en favor de la permanencia del mecanismo concesional como forma válida de prestación de servicios públicos. Lo que no es realista es esperar que la iniciativa privada asuma y mantenga actividades sin expectativas económicas v, más aún, generadoras de pérdidas.

LUCIANO PAREJO ALFONSO