



Universidad de Oviedo
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Estudiante: Álvaro Campos Álvarez

Convocatoria: Ordinaria

RESUMEN

La contratación pública se encuentra enmarcada dentro de los principios de riesgo y ventura del contratista y de la invariabilidad del contrato, siendo estos los que la caracterizan. No obstante, estos principios no son del todo absolutos y se ven limitados por la restrictiva figura del reequilibrio económico para determinados contratos públicos.

El trabajo aborda esta elefantiásica materia analizando en primer lugar las características propias de la contratación pública, para ello se tratará de sintetizar posteriormente los distintos supuestos en que puede tener lugar el reequilibrio económico, bien por causas imputables a la Administración o por causas externas a esta, finalizando con las distintas vías para tratar de compensar económicamente al contratista y alcanzar el estado económico previo del contrato.

ABSTRACT

Public procurement is characterized by the principles of risk and chance of the contractor and the invariability of the contract. However, these principles are not absolute and are limited by the figure of economic rebalancing in certain contracts.

The objective of this report is to address this extensive subject analyzing the characteristics of public procurement. For this purpose, an attempt will be made to subsequently synthesize the different assumptions in which the economic rebalancing can take place, which could be causes attributable to the Administration or due to causes external to it, ending with the different ways to financially compensate the contractor.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

CE	Constitución Española de 1978
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público 2017
DICT	Dictamen
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SIGS	Siguientes

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	4
2.1. INVARIABILIDAD DEL CONTRATO Y SUS EXCEPCIONES	4
2.2. RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA.....	5
3. SUPUESTOS DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL. 8	
3.1. IUS VARIANDI	9
3.2. EL FACTUM PRINCIPIS	15
3.3. LA FUERZA MAYOR	23
3.3.1.Incendios como consecuencia de rayos	24
3.3.2.Catástrofes Naturales	25
3.3.3.Actos en periodo de guerra o violentos.....	27
3.3.4.Casos excluidos.....	29
3.4. LA DOCTRINA DEL RIESGO IMPREVISIBLE Y LA CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”.....	29
3.4.1. Circunstancias de Mercado	33
3.4.2.Causas jurídicas o administrativas	36
4. MECANISMOS PARA EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO	39
4.1. COMPENSACIÓN POR EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI.....	40
4.2. COMPENSACIÓN POR FACTUM PRINCIPIS	42
4.3. COMPENSACIÓN POR FUERZA MAYOR.....	45
4.4. COMPENSACIÓN POR RIESGO IMPREVISIBLE.....	47
4.5. LA REVISIÓN DE PRECIOS.....	49
5. CONCLUSIONES.....	51
6. BIBLIOGRAFÍA	56
7. NORMATIVA CITADA.....	57

7.1. DIRECTIVAS EUROPEAS	57
7.2. LEYES.....	57
7.3. REGLAMENTOS	57
8. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL	58
8.1. JURISPRUDENCIA.....	58
8.1.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	58
8.1.2. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso).....	58
8.1.3. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso)	59
8.1.4. Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso)	59
8.2. DOCTRINA.....	60
8.2.1. Dictámenes.....	60
8.2.2. Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ...	61
8.2.3. Recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública	61
8.2.4. Informes de la Junta de Contratación Pública del Estado.....	61
8.2.5. Acuerdos de Tribunales Administrativos de Contratos Públicos	61
8.2.6. Decisiones de la Oficina Estadística Europea (EUROSTAT).....	61

1. INTRODUCCIÓN

Los contratos públicos dentro de sus innumerables peculiaridades gozan de una que los caracteriza en gran medida, la asunción por parte del contratista del riesgo y ventura derivado del propio contrato. Esta peculiaridad no significa otra cosa que la obligación de asumir por una de las partes de forma invariable lo expresamente firmado hasta la terminación de este.

Esto se puede apreciar perfectamente aplicado en el Dictamen del Consejo de Estado 142/2003¹ donde se manifestaba que *“son principios básicos de la contratación administrativa la obligatoriedad de lo pactado y la estricta sujeción a lo que las partes hayan convenido”*.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la Sentencia 1597/2015², al reafirmar esta invariabilidad en la contratación pública *“La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente”*.

Es decir, con la formalización del contrato se establece entre las partes una relación jurídica, cuyo cumplimiento debe ejecutarse conforme a lo establecido en las condiciones y pactos contenidos en este, con independencia de las consecuencias que pueda tener para el contratista o la Administración en la esfera económica.

Aunque la regla general en la contratación pública siga siendo la asunción de ese riesgo por parte del contratista, en contratos peculiares debido a su amplia duración, se entendió por parte del legislador la necesidad de configurar el concepto de reequilibrio económico.

Este concepto, que tiene su origen en el derecho francés, tiene la principal función de asegurar la estabilidad del contrato público de larga duración a base de reducir su invariabilidad, ya que en este tipo de contratos es más probable que aparezcan circunstancias imprevisibles que conlleven un aumento en la cuantía de este. Se puede entender por lo tanto como un derecho del propio contratista, así como una prerrogativa de la propia administración en aras del interés público.

¹ Dictamen del Consejo de Estado 142/2003, de 20 de marzo de 2003 (Ciencia y Tecnología) “Expte. de licencia individual de tipo B2, para establecimiento de la red de telecomunicaciones necesarias y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación.

² STS 1597/2015, de 20 de abril de 2015, Nº Recurso 54/2013, Ponente: Celsa Pico Lorenzo, ECLI:ES:TS:2015:1597

De esta manera, estarían sometidos a este tipo de beneficios los contratos de larga duración como serían los de obra pública y concesión de obra pública, así como los de concesión de servicios. Por el contrario, quedarían excluidos los contratos de servicios, de suministro y cualquier otro contrato con una “*finalidad de resultado*”³, salvo que dichos contratos de resultado presenten con la naturaleza de un “*contrato mixto*”⁴.

El desarrollo de esta teoría se ha ido moldeando a lo largo del tiempo a través de la intervención de los propios tribunales, quienes han creado la figura de un mecanismo que permite cumplir lo pactado entre las partes pero enmarcado en una determinada estabilidad, cuya única función es la de permitir la ejecución de determinados contratos de amplia duración que requieren de un considerable gasto económico por parte del concesionario.

Finalmente, es necesario matizar que aunque exista esta restrictiva figura del reequilibrio económico, los Tribunales han manifestado que no se puede reconocer a esta como un mero seguro del propio contratista para hacer frente a cualquier imprevisto, ya que en caso contrario se estarían vulnerando las bases de la contratación pública.

En este sentido, sería el propio Tribunal Supremo el que nos recordase que se “*reconoce, por un lado, el derecho del contratista a no sufrir los efectos gravosos de incidencias externas que impliquen excesiva onerosidad para el contratista, sobre la base de la equidad y buena fe, sin olvidar, por otro, la continuidad del servicio público como una obligación ineludible incluso en circunstancias de extrema dificultad en la ejecución para el contratista*”⁵.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. INVARIABILIDAD DEL CONTRATO Y SUS EXCEPCIONES

La base teórica de la contratación surge del derecho civil y de su principio básico de la inmutabilidad contractual, por el que todos los contratos son pactos jurídicamente vinculantes entre sus partes, tal y como viene determinado por el propio Código Civil en su artículo 1091 “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes*”. Por lo tanto, estos contratos se encuentran sometidos a los principios básicos de obligatoriedad junto con la

³ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “*El Reequilibrio Económico en los Contratos Públicos*”. GAMERO CASADO, E y GALLEGO CÓRCOLES, I (directores), *Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, Capítulo XLIV págs 2314 y ss. página 2.314.

⁴ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “*Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*”, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.315.

⁵ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “*Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*”, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.272.

sujeción contractual de las partes. Frente a esta invariabilidad fácilmente observable, se encuentra el concepto del reequilibrio económico, que tendría lugar cuando “(...) *el cumplimiento de lo acordado en el contrato cede ante la excesiva onerosidad para una de ellas, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula rebus sic stantibus)*”⁶.

Es por ello, que se determina necesario para poder acudir a este y solicitar una compensación: “(...) *que la onerosidad concorra con una intensidad manifiesta, que además obedezca a una causa imprevisible o de ordinario injustificable y que, por último, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones hasta trastocar completamente la relación contractual. De ahí que esta institución del equilibrio contractual opere cuando la vía de la revisión de precios, en los supuestos que se contemple esta cláusula de estabilización, resulte ineficiente.*”⁷.

El Consejo de Estado también ha reiterado esta circunstancia en su Dict. 142/2003⁸ donde indicó que “*son principios básicos de la contratación administrativa la obligatoriedad de lo pactado y la estricta sujeción a lo que las partes hayan convenido*”, además en relación con el objeto del contrato que este “*queda su objeto determinado en la adjudicación*”.

Finalmente, la necesidad de contar con esta invariabilidad del contrato también la podemos plantear con base en reiterados dictámenes del Consejo de Estado como el número 50.293⁹, en el que se establecía que el fundamento de este principio “(...) *es triple en primer lugar, el principio de seguridad jurídica; en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar la protección de los intereses de la Hacienda pública*”.

2.2. RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA

La principal característica de la contratación pública es la asunción por parte del contratista del riesgo y ventura, es decir, este debe de asumir personalmente todas aquellas eventuales circunstancias que puedan ir surgiendo a lo largo de la ejecución del contrato y que

⁶ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “*Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*”, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.317.

⁷ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “*Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*”, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.318

⁸ Dictamen del Consejo de Estado 142/2003, de 20 de marzo de 2003 (Ciencia y Tecnología) “Expte. de licencia individual de tipo B2, para establecimiento de la red de telecomunicaciones necesarias y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación.

⁹ Dictamen del Consejo de Estado 50.293, de 5 de noviembre de 1987.

supongan una reducción de los ingresos calculados en el momento de la presentación de los Planes económico-financieros.

Este principio básico viene recogido en el artículo 195 de la LCSP “*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista*”. Esta obligación definida en la Ley como irrenunciable viene incluso impuesta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 10 de septiembre de 2009¹⁰.

Este concepto fue matizado por el Consejo de Estado en numerosas ocasiones, como es el caso del Dictamen nº2383/2003¹¹ entre otros, donde nos recuerda que “*la regla de la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista comporta que este se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del concesionario*”.

En el mismo sentido, se puede entender que este riesgo y ventura “*ofrece 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*”¹². Esta definición nos permite analizar las características básicas de este principio:

En primer lugar, que el contratista debe de ejecutar lo establecido en el contrato con independencia de si el beneficio que obtiene de este es mayor o menor. Esta circunstancia quedó reflejada por parte del Consejo de Estado en el Dict.399/2002 “*En otros términos, el contratista se obliga a ejecutar lo convenido y asume el riesgo de poder obtener una ganancia, mayor o menor de la prevista, o incluso de perder si sus cálculos están mal hechos*”¹³

El segundo principio radicaría en que la Administración se encontraría totalmente al margen de la fortuna o del infortunio del contratista tal como recoge el Consejo de Estado en el

¹⁰ STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08 (Sala tercera), ECLI:EU:C:2009:540, Partes: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) contra Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH.

¹¹ Dictamen del Consejo de Estado 2383/2003, de 24 de julio de 2003 “Expediente relativo al contrato de servicios titulado “Contratación de las infraestructuras y servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: red troncal de telefonía fija”.

¹² AA.VV.: “*Memento Práctico Contratación Pública Abogacía del Estado*”, Lefebvre-El Derecho S.A, Madrid, 2021, página 376.

¹³ Dictamen del Consejo de Estado 399/2002, de 21 de marzo de 2002 (Fomento) “Reclamación daños en obras “Autovía del Cantábrico. Tramo: VENTA DEL POBRE-COLUNGA”.

Dict.1075/2001¹⁴ *“La regla de la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista comporta que éste se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del concesionario”*.

Dentro de los contratos típicos de la Administración, el de concesión tiene una característica clave dentro del principio de riesgo y ventura que lo distingue de otros. Esta peculiaridad sería la asunción por parte del contratista del riesgo operacional, que estaría un escalón por encima del simple riesgo y ventura.

Esto viene reflejado en los considerandos 18 a 20 de la Directiva 2014/23/EU¹⁵ que señalan lo siguiente *“La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional”*. Para añadir más adelante que *“Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no se debería de considerar concesión a efectos de la presente Directiva”*.

Aunque la asunción por el contratista del riesgo operacional sea la base de la naturaleza del contrato de concesión, esto no significa que dicho riesgo no puede limitarse moderadamente, como en el caso de reconocimiento de compensaciones parciales.

Es necesario para analizar esta cuestión en profundidad concretar en que consiste el riesgo operacional, así como el resto de los riesgos incluidos en este.

En relación con los riesgos a los que puede hacer frente en su obligación el contratista, la Directiva anteriormente citada, en su artículo quinto, establece el riesgo operacional como *“un riesgo de carácter esencialmente económico que supone la posibilidad de que la empresa concesionaria no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios -en condiciones normales de funcionamiento- o, dicho de otro modo, como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”*, es por lo tanto un riesgo que tiene lugar por causas ajenas a este, teniendo que ser valorado de forma conjunta dentro del contrato.

¹⁴ Dictamen del Consejo de Estado 1075/2001, de 26 de julio de 2001 (Fomento) *“Reclamación daños catastróficos en “La Autopista de Peaje: Tarragona-Valencia-Alicante por las indemnizaciones acaecidas en los años 1987 y 1989”*.

¹⁵ Directiva Europea 2014/23/EU, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, *“Relativa a la adjudicación de contratos de concesión”*.

El riesgo operacional puede ser de oferta o de demanda, este ha sido definido por la Oficina Estadística de la Unión Europea (EUROSTAT) en la Decisión 18/2004¹⁶ como *“aquel que cubre la variación de la demanda (mayor o menor de la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento del adjudicatario del contrato de concesión”*. La oficina matiza que esta variación tiene que ser ajena a la actuación del contratista, por lo tanto, no se puede producir como consecuencia de una variación en la calidad o cantidad de los servicios ofrecidos.

Por el contrario, este riesgo sería transferido del contratista a la propia Administración cuando esta esté dispuesta a garantizar una cantidad mínima de retribuciones con independencia del grado de demanda que tenga lugar durante el periodo del contrato.

En último lugar, estaría el riesgo de suministro o disponibilidad, que sería asumido por el contratista, y que tendría lugar en aquellos casos en los que no sería capaz de poder llevar a cabo el suministro en las cantidades previamente pactadas o no pudiera llegar a los estándares mínimos que se habían acordado previamente en los pliegos. Es necesario por parte de la Administración en los casos en los que el contratista no es capaz de desarrollar lo acordado que paralice los pagos a este para garantizar la transferencia de los riesgos.

Por lo tanto, para entender que el riesgo de suministro se encuentra incluido dentro de riesgo operacional y por ello es asumido por parte del contratista es necesario que *“la eventual falta de disponibilidad -no suministrar la cantidad pactada o no alcanzar la seguridad o los niveles de calidad especificados- no podría ser consecuencia de la mala calidad en la ejecución del contrato, pues se trata de un factor que depende de la actuación del contratista, sino de factores externos a la propia empresa”*¹⁷.

3. SUPUESTOS DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Una vez analizadas las características esenciales de la contratación pública donde la invariabilidad del contrato juega un papel principal, es el momento de llevar a cabo un análisis profundo de las causas que darían lugar a iniciar este procedimiento en el momento de la ruptura económica total del contrato.

¹⁶ Decisión 18/2004, de 1 de febrero, sobre el tratamiento contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privadas.

¹⁷ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: *“Tratado de Contratos del Sector Público Tomo IIP”*, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.331.

Podemos encontrar únicamente cuatro supuestos de reequilibrio económico, que pueden ser divididos a su vez en dos grupos en función de la causa u origen de estos. En primer lugar, los ocasionados por la intervención de la Administración bien de forma directa mediante el “*ius variandi*” o de forma indirecta por una Administración, tanto de la concedente como de la no concedente a través del “*factum principis*”. En segundo lugar, encontramos el desequilibrio financiero del contrato generado por circunstancias totalmente ajenas e imprevisibles a este, bien mediante la fórmula de la “*fuera mayor*” o a través del mal llamado cajón de sastre para el resto de los supuestos que no encuentran encaje “el riesgo imprevisible o *Rebus Sic Stantibus*”.

Trataremos primero los dos supuestos causados por la intervención de la Administración:

3.1. IUS VARIANDI

Los contratos públicos se caracterizan con respecto a los contratos entre particulares por las prerrogativas que le han sido concedidas a la Administración Pública y que le permite estar en una posición privilegiada en la negociación de los contratos, limitando en gran medida la autonomía de voluntad de las partes. Este concepto rompe con lo recogido en el artículo 1.255 del Código Civil sobre los contratos privados “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

El *ius variandi* es una prerrogativa que le permite a la Administración modificar de manera unilateral el objeto de los contratos teniendo como único límite los preceptos de la LCSP. Esta viene recogida en el artículo 261.1.b) de la LCSP “*Modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley*”.

El *ius variandi* adquiere su principal fundamento en el mantenimiento del interés público permitiendo la continuación de las obras o los servicios que en caso de interrupción supondrían un grave perjuicio para el interés general.

La LCSP lleva a cabo una regulación muy rigurosa donde se incorporan una serie de situaciones únicas en las que se podría llevar a cabo la modificación del objeto del contrato por la Administración.

En primer lugar, encontramos el artículo 203.2.a) de esta ley que nos indica que estas modificaciones podrán llevarse a cabo si vienen recogidas en los pliegos “*a) Cuando así se haya*

previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204". En el caso de que estas modificaciones necesarias no vengán recogidas en los pliegos sería necesario acudir al artículo 203.2.b) que establece que *"b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205*". En caso de que estemos en otra clase de supuestos no podríamos acudir a una modificación del objeto del contrato sino que sería necesario directamente una resolución contractual para formalizar un nuevo contrato que incluya esas nuevas circunstancias: *"En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley*".

El artículo 203.2.a) se refiere a las modificaciones del contrato recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, norma que habría que completar con lo recogido en el artículo 204.1 *"Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad*".

Una vez analizadas las situaciones en las que se puede llevar a cabo las modificaciones del objeto del contrato y en las que no, es necesario profundizar en el artículo 205.1 de la LCSP donde se recogen las condiciones para una modificación no prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares únicamente cuando supongan variaciones indispensables basadas en causas objetivas.

De este artículo se desprenden varios supuestos. En primer lugar, en el artículo 205.2.a) que en aquellos que fuese necesario añadir obras, suministro o servicios *"Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados*" cuando la alteración de la cuantía de esta modificación no exceda del 50% del precio inicial sin incluir en esta cantidad el IVA: *"Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido*".

En segundo lugar, en el artículo 205.2.b) cuando tengan lugar circunstancias imprevistas y sobrevenidas por circunstancias no previsibles por la Administración y que no alteren la naturaleza del contrato cuando la alteración de su cuantía no exceda del 50% del precio inicial sin incluir dentro de este al IVA.

En tercer lugar, en el artículo 205.2.c) cuando esta modificación no sea sustancial, entendiéndose por sustancial “*cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio*” y que además no beneficie económicamente al contratista, entendiéndose como beneficiado si se introducen dentro de las modificaciones unidades de obras nuevas con un valor superior al 50% del presupuesto inicial. Por último, no se debe alterar el ámbito del contrato, entendiéndose alterado este si “*El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23*”.

Además de los anteriores supuestos hay que tener en cuenta un precepto que la ley actual ha heredado de la anterior legislación, sería el artículo 206.1 “*En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido*”.

Por lo tanto, nos encontramos ante dos supuestos distintos. En primer lugar, las modificaciones del objeto contractual previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se podrán alterar hasta un 20% del precio inicial si se recoge así en el pliego y en segundo lugar, el resto de modificaciones no previstas donde el contratista estaría obligado a asumir conforme al artículo 206.1 hasta una variación del 20% de su cuantía, entre este 20% hasta el 50% o la cantidad que corresponda en los supuestos del artículo 205 cabría que el contratista acepte la modificación pero no se le puede obligar. Finalmente y por regla general procede la resolución contractual a partir del 50% aunque en algunos casos podría ser inferior.

La articulación del *ius variandi* sufrió alteraciones con la llegada del Derecho Comunitario, la transposición de las Directivas provenientes de la Unión Europea han supuesto en la contratación pública nacional un mayor control en aras de los principios de libre prestación de servicios, igualdad, libre competencia, transparencia y no discriminación. En un primer momento se recogieron en la Directiva 2004/18/CE¹⁸ y en la actualidad se mencionan en el

¹⁸ Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “*coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios*”.

artículo segundo de la Directiva de la Unión Europea 2014/23/CE¹⁹ al manifestar que “*Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos*”.

Los Tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre este supuesto, entendiendo que la modificación contractual por parte de la Administración se debe basar en necesidades o dificultades imprevistas o sobrevenidas, que además no se puedan imputar a esta y no se puedan considerar como de fuerza mayor. No obstante, lo más relevante como siempre en este tipo de supuestos tan casuísticos es el análisis de la intensidad con la que la Administración modifica ese contrato, entendiendo que si estas alteraciones no son lo suficientemente sustanciales se incardinarían dentro del principio de riesgo y ventura, siendo por lo tanto soportadas por el empresario contratista.

Además de todos los requisitos citados anteriormente, es necesario recoger también el citado por el Consejo de Estado en el Dict. 42.179²⁰, donde se aclaró que “*esta naturaleza singular y privilegiada del ius variandi exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley*”.

El Consejo de Estado puntualizó estos elementos en el Dict. 50.688²¹, al comprender la excepcionalidad de esta prerrogativa de la Administración Pública de la siguiente manera “*«tal carácter limitativo del «ius variandi» tiene como finalidad evitar la vulneración del citado principio de concurrencia, así como la posible ocultación de defectos de previsión o errores en los proyectos originarios. La modificación es una prerrogativa de la Administración que por su naturaleza singular y privilegiada exige una rigurosa constatación de los requisitos y presupuestos exigidos*”.

Una vez analizado el contenido de esta prerrogativa de la Administración y sus limitaciones, es necesario exponer un supuesto de modificación contractual de los vistos anteriormente, siendo en este caso por circunstancias imprevisibles.

El Tribunal Supremo analizó en la Sentencia de 7 de junio de 2012²² la situación de la empresa Obrascón Huarte Lain, S.A. donde se solicitaba una indemnización a la

¹⁹ Directiva 2014/23/CE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE”.

²⁰ Dictamen del Consejo de Estado 42.179, de 17 de mayo de 1979.

²¹ Dictamen del Consejo de Estado 50.688, de 17 de junio de 1987.

²² STS 4390/2012, de 7 de junio de 2012, N.º Recurso 2050/2009, Ponente: Juan José González Rivas, ECLI:ES:TS:2012:4390

Administración por la modificación del proyecto de ejecución de las obras de la presa del Arroyo del Fresno como consecuencia de la morfología del terreno sobre el que se iba a construir.

El Tribunal entendió que se daba la concurrencia de las causas anteriormente mencionadas como son las circunstancias imprevistas no imputables a la Administración *“La modificación obedeció a causas técnicas imprevistas, respecto de lo cual cabe subrayar la valoración que las mismas merecen en el sentido de que el cambio en la ETAP y en el aliviadero respondían al interés público por la mejoras que ello habría de suponer para la explotación, mientras que el resto de las modificaciones obedecieron a circunstancias nuevas o causas técnicas imprevistas sobrevenidas con posterioridad al momento de redacción del proyecto, y se enmarcan en el concepto de imprevisibilidad”*.

Es importante tener en cuenta en este tipo de situaciones que nos estamos refiriendo a causas técnicas imprevistas que generan una modificación posterior del contrato por nuevas necesidades sobrevenidas, que suponen una simple modificación del contrato y no uno nuevo, ya que se encuentran ligadas técnica y económicamente al contrato original vigente. Esto viene recogido por el Consejo de Estado en su Dict. 403/2006²³, al entender que *“el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público”*.

Este mismo Dictamen cree necesario matizar el sentido del interés general, al entender que este *“No cabe excluir la posibilidad de que el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio”*.

En la misma dirección encontramos el Dictamen del Consejo de Estado 42.179²⁴, utilizado como base para la gran mayoría de consultas del Consejo en esta materia y de donde se desprende en primer lugar que la modificación del contrato debe ser relativa a las obras principales y no de las accesorias *“En lo que respecta a la naturaleza de la obra, es de resaltar que la modificación debe afectar a las obras sustantivas propias e intrínsecas al contrato, puesto que, si se tratara de obras accesorias o complementarias, debe acudir a nueva licitación y*

²³ Dictamen del Consejo de Estado 403/2006, de 4 de mayo de 2006 (Cultura) *“Expediente relativo a la segunda modificación del contrato de obras de renovación (segunda fase) del Museo Nacional de Escultura.- Conjunto San Gregorio de Valladolid”*.

²⁴ Dictamen del Consejo de Estado 42.179, de 17 de mayo de 1979.

contratación, como si se tratase de obras distintas e independientes” y en segundo lugar considera que toda modificación debe de ser consecuencia de un interés público “la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado”.

Finalmente, es necesario puntualizar un aspecto relevante dentro del Ius Variandi como es la modificación de precios en circunstancias imprevisibles.

En este sentido encontramos la Resolución del Tribunal de Recursos Contractuales 436/2022²⁵ *“no estaría justificada porque afecta a un elemento esencial del contrato, como es el precio”* o la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación de 10 de diciembre de 2018²⁶ *“una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta y supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo cuales son el presupuesto y el valor estimado”.*

No obstante, la Audiencia Nacional en la Sentencia de 10 de octubre de 2022²⁷ modificó este punto de vista al entender que *“Resultando palmario el interés público que preside la minoración de precios unitarios del material sanitario que se hubo de adquirir mediante tramitación de urgencia, ante la inminente necesidad de provisión de material y productos de protección e higiene frente a la pandemia”.*

En conclusión, queda remarcado que la opinión de la inmensa mayoría de los órganos con competencias en materia de contratación pública siguen los pasos de la mostrado anteriormente, llegando a la conclusión de que no se podría llevar a cabo únicamente la modificación de los precios ya que nos encontraríamos ante una revisión de precios encubierta y por lo tanto ante un fraude de ley. No obstante, la Audiencia Nacional a través de su sentencia abre el camino a través del *ius variandi* para posteriores modificaciones de precios cuando estas actúen en favor de la Administración.

²⁵ Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 436/2022, de 7 de abril de 2022, N.º Recurso 298/2022 (Principado de Asturias).

²⁶ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, “a los órganos de contratación en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el Convenio Colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público”.

²⁷ SAN 4711/2022, de 10 de octubre de 2022, N.º Recurso 19/2022, Ponente: Ana Isabel Gómez García, ECLI:ES:AN:2022:4711

3.2. EL FACTUM PRINCIPIS

El *factum principis* está concebido como una alteración del contrato por las medidas que adopta la Administración Pública fuera de la esfera de ese propio contrato y que aun así supongan una variación del equilibrio de este.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 28 de julio de 2016²⁸ nos razona lo siguiente “*En la figura del factum principis se pueden identificar dos elementos por una parte: una actuación procedente de la propia Administración concedente -medida imperativa y de obligado acatamiento caracterizada además, por su generalidad e imprevisibilidad- y por otra, una evidente incidencia de dicha actuación en uno de los hechos determinantes de la contraprestación que corresponde al concesionario, es decir, ha de existir una relación de causalidad entre ambos*”.

Con base en lo anterior, podemos deducir que las características principales del *factum principis* serían: “*el carácter general de las medidas, su naturaleza extracontractus o al margen del contrato y de ambas partes, y su imprevisibilidad*”²⁹. La principal diferencia en relación con el *ius variandi* radicaría en que este supone el ejercicio de una prerrogativa dentro del marco del propio contrato y por el contrario el *factum principis* supone una intervención de la Administración pero externa.

Autores como Miguel Ángel Bernal Bray establecen también una diferencia más basada en la forma de satisfacer el reequilibrio de forma que “*la diferencia jurisprudencial entre este Factum principis y el ius variandi, se encuentra en que en este último suele reconocerse tradicionalmente una indemnización integral para el contratista, mientras que en el primero la jurisprudencia suele distribuir el perjuicio entre la Administración y el contratista*”³⁰.

Para analizar los requisitos básicos que se tienen que dar para la existencia del *factum principis* es necesario acudir al Dictamen del Consejo de Estado nº3.725³¹, que supuso la base para el posterior desarrollo jurisprudencial de este principio. Este Dictamen supuso una gran limitación a la hora de poder aplicarlo al establecer que:

- a) Debemos encontrarnos ante una medida general de naturaleza económica: “*Debe tratarse de un acto de una medida general de índole económica; las modificaciones específicas y concretas de carácter técnico siguen un régimen especial*”.

²⁸ STSJ Galicia 6241/2016, de 28 de julio de 2016, N.º Recurso 4223/2016, N.º Resolución 497/2016, Ponente: Diana Santiago Iglesias, ECLI:ES:TSJGAL:2016:6241

²⁹ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “*Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*”, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.346.

³⁰ BERNAL BLAY, M.A: *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas concesionales*, Civitas, 2010, página 282.

³¹ Dictamen del Consejo de Estado N.º 3725, de 3 de noviembre de 1948.

- b) La existencia de una relación directa entre el acto y el perjuicio para el contrato: *“Debe tratarse de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución de los contratos; esto es, debe haber una relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y la elevación de los precios o salarios. No son operantes, por ende, las disposiciones de carácter general y universal que, sólo de una manera indirecta, son ocasión o causa de los aumentos”*.
- c) Deben de ser disposiciones que tengan lugar de forma posterior a la formalización del contrato y de forma totalmente imprevisible, causando un daño cierto y especial: *“El daño causado por el acto de autoridad debe tratarse de un daño cierto y especial: no se tomaran a cuenta pues, disposiciones que impliquen únicamente reducción de beneficios: así las cargas fiscales directas (impuesto complementario sobre la renta, impuesto industrial o sobre las rentas de sociedades), tampoco aquellas que tienen un carácter absolutamente general, que afectan a todos, cuyas consecuencias pueden ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad”*.
- d) En último lugar, para poder darse este supuesto es necesario que no existan otros mecanismos para poder satisfacer la compensación económica y que el contratista no se encuentre en mora en la ejecución del contrato.

Esto último queda reflejado en el Dictamen del Consejo de Estado 32/1992³² donde se nos recuerda que únicamente tiene lugar este *factum principis* cuando el contratista se ve lesionado por un acto propio de una Administración *“Existe "Factum principis" cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del "Imperium". Resulta pacífico que el fundamento de la indemnización en el caso del "Factum principis" es el mismo de la responsabilidad extracontractual de la Administración en general”*.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 1986³³ nos recuerda en este sentido que *“es necesario para que se dé el nacimiento del derecho indemnizatorio en estos casos, ha de tratarse de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista dando lugar a la citada compensación”*.

Es decir, el contratista se ve afectado por una medida general de la Administración ajena a su relación contractual pero que supone de manera indirecta una alteración del contrato, no

³² Dictamen del Consejo de Estado 32/1992, de 20 de febrero de 1992 (Obras Públicas y Transporte) *“Solicitud indemnización por incremento precio ligantes obras de "Ensanche y mejora del firme N-342, de Jerez a Cartagena”*.

³³ STS 2081/1986, de 25 de abril de 1986, Ponente: Jose María Reyes Montreal, ECLI:ES:TS:1986:2081

pudiendo considerarse como un daño en sí, sino como una carga la cual no tiene la obligación de acarrear. En el texto del dictamen se recoge de la siguiente manera “*Esta figura, que constituye una de las manifestaciones concretas del principio del equivalente económico, se refiere, como es sabido, a intervenciones administrativas de tipo general no exclusivamente referibles a un contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato. En tal sentido se ha dicho que el "Factum principis" supone, en cierta manera, una fuente de responsabilidad extracontractual, aunque liquidable en el seno de un contrato*”.

Hay que distinguir también aquellas actuaciones que derivan de la Administración concedente en las que existiría un derecho del concesionario a que se le abone la correspondiente compensación por reequilibrio económico, mientras que si la decisión deriva de cualquier otra Administración que no sea la concedente, el concesionario únicamente tendría derecho al desistimiento contractual así como la renuncia a cualquier indemnización.

El *factum principis* cuenta con una regulación fragmentada en la LCSP y relativa únicamente al contrato de concesión. El análisis pormenorizado de esta cuestión, tanto para el contrato de concesión de obra pública como para el de concesión de servicios así como su compensación, se llevará a cabo en el siguiente capítulo.

Para desarrollar un análisis más exhaustivo sobre el *factum principis* es necesario acudir a las decisiones judiciales de los Tribunales, de esta forma será posible entender la evolución jurisprudencial y obtener una visión actual.

El reconocimiento de la existencia de *factum principis* tiene lugar en casos muy contados teniendo en cuenta su carácter excepcional, por ello es más frecuente encontrar jurisprudencia denegatoria de la pretensión que aquella en la que es admitida.

Entre los casos donde se ha admitido la existencia de *factum principis* se han seleccionado varios supuestos en los que la Administración a través de disposiciones generales alteró los precios de la gasolina, el IVA, devaluó la moneda o simplemente obligó a nuevos trámites en obras públicas que conllevaron un aumento de los costes.

En relación con el aumento del precio de los hidrocarburos encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1985³⁴ por la que se solicitaba una compensación económica como consecuencia del aumento del precio de los combustibles para el traslado de enfermos en ambulancias derivado de Órdenes Ministeriales. En este caso el Tribunal entendió que “*los requisitos señalados por el Consejo de Estado en un antiguo dictamen de 3 de noviembre*

³⁴ STS de 20 de noviembre de 1985, Ponente: José María Reyes Monterreal, RJ: 1985/5566 (Aranzadi).

de 1948, luego reiterados en Informes de la Junta Consultiva de Contratación, son apreciables en el supuesto contemplado de incremento del precio del carburante empleado para la normal prestación del servicio de ambulancia objeto del contrato. Esto es; se trata de una medida general de índole económica, con eficacia para imponerse en la ejecución del contrato, tiene un cierto grado de imprevisión -al menos en la reiteración y cuantía en que se produjo-, y causante de un daño evaluable”.

El aumento del IVA fue otra situación que sería analizada en este caso por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen nº279/2012³⁵ en el que una empresa encargada de la construcción, mantenimiento y conservación de una gran cantidad de carreteras en esta Comunidad Autónoma solicitaba una compensación económica como consecuencia del incremento del IVA del 16% al 18%.

En este caso, el Consejo Consultivo entendió la existencia de un *factum principis* con base en que “El incremento de IVA es una medida adoptada por el Estado que, sin pretenderlo, ha incidido en el régimen económico del contrato haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. Resulta así de aplicación la teoría del *factum principis*, entendida por la doctrina como técnica de garantía del equilibrio financiero del contrato”.

El supuesto peculiar de una devaluación monetaria fue analizado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de julio de 1995³⁶, en este caso, una empresa cuya actividad se basaba en la exportación de productos refinados se había visto perjudicada por la devaluación de la peseta llevada a cabo por la Administración.

El Tribunal Supremo entendió que en esta situación “se produjo un hecho objetivo consistente en la adopción de una medida político-económica («*factum principis*»), que produjo un desequilibrio económico a la actora, determinante de que la Administración corra con los perjuicios concretos derivados de « *factum principis* » como medida administrativa adoptada al margen del contrato al que se refiere, muy tímidamente, el Abogado del Estado”.

En último lugar, un supuesto analizado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 61/2008³⁷, en el que se le plantea la situación de una empresa

³⁵ Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 279/2012, de 21 de noviembre de 2012 “Expediente relativo a interpretación de diversos aspectos correspondientes al reajuste del plan económico financiero del contrato de concesión de obra pública concerniente a la construcción, mantenimiento, conservación y explotación de 62 carreteras dependientes de la Diputación Provincial de Cuenca y para la conservación, mantenimiento y explotación del resto de carreteras de la red viaria provincial”.

³⁶ STS de 12 de julio de 1995, N.º Recurso 8756/1992, Ponente: Eladio Escusol Barra, RJ: 1995/5888 (Aranzadi).

³⁷ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 61/2008, de 31 de marzo de 2009 “Consulta sobre términos de un contrato de concesión de servicio público de tratamiento de residuos urbanos”.

concesionaria de un servicio de tratamiento de residuos sólidos urbanos, que como consecuencia de la aprobación de una nueva normativa medioambiental por parte del Ayuntamiento donde tenía lugar este servicio, se genera una ruptura del equilibrio económico de la concesión.

La Junta Consultiva consideró que “*Se trata, en consecuencia de un supuesto claro de aplicación de la denominada doctrina del *factum principis*” ya que nos encontramos ante “una medida de carácter general cual es la exigencia de una autorización para la actividad cuya obtención es exigida -ex novo- en virtud de lo dispuesto en una nueva norma jurídica (la Ley 16/2002, de 1 de julio), y de la que se deriva obligatoriamente la realización de determinadas obras de adaptación de las instalaciones”.*

Por lo tanto, de todos los casos previamente analizados, se desprende de forma clara las situaciones en las que se viene apreciando la existencia de *factum principis*, ya que en todos ellos nos encontramos ante disposiciones de carácter general dictadas por la Administración de forma totalmente imprevisible y que además suponen una afectación directa del aspecto económico del contrato.

Una vez expuestas las situaciones consideradas como susceptibles de ser enmarcadas dentro del *factum principis*, es el momento de introducirse en aquellas en las que se entiende que este no cabe.

Nos encontramos ante otro supuesto de devaluación monetaria, donde el Consejo de Estado en el Dictamen de 632/1994³⁸, analizó el caso de un organismo autónomo de la Administración General del Estado que suscribió un contrato para desarrollar una campaña de publicidad en medios de difusión internacional. El conflicto radica en la fijación del precio del contrato que se llevó a cabo valorando el precio en divisas (dólares) al tipo de cambio fijado por el periodo completo de ejecución de este, sufriendo al poco tiempo una gran devaluación la peseta que generó un gran aumento del coste de esta publicidad.

La empresa presentó una reclamación de reequilibrio económico al considerar que estas devaluaciones suponían unas circunstancias extraordinarias por *factum principis* al entender que existió una lesión por parte de la Administración al proceder a la depreciación de la peseta tres veces. El Consejo de Estado finalmente dictaminó que “*De las precedentes consideraciones, puede deducirse que la devaluación monetaria era contractualmente un riesgo previsto y asumido*

³⁸ Dictamen del Consejo de Estado 632/1994, de 19 de mayo de 1994 (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo) “Solicitud de Indemnización”.

bilateralmente por la adjudicataria”, apreciando además la existencia de un interés público “puesto que las medidas de devaluación monetaria fueron adoptadas con carácter general por el Gobierno por razones de política económica necesaria para preservar el interés público y, por tanto, con un carácter de generalidad que trasciende de la estricta relación sinalagmática que vinculaba al organismo autónomo con la entidad”.

En el supuesto de la imposición de un nuevo tributo por la Administración Autonómica, el Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia de 4 de julio de 2023³⁹, en la que se solicitaba el restablecimiento económico-financiero por parte de una empresa como consecuencia de tener que hacer frente al pago de un impuesto local del que ya no se encontraba exenta.

El Tribunal nos recuerda en relación con los cambios normativos del legislador autonómico que puedan alterar el equilibrio económico del contrato que *“el cambio legislativo en la regulación de un impuesto durante la ejecución de un contrato no tiene cabida en los supuestos de carácter excepcional y, por tanto, de interpretación restringida, en los que “únicamente”, es posible el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato”.* Añade también que *“tampoco cabe apreciar que nos encontremos en un supuesto de Factum principis, pues por muy amplia que sea la interpretación de la expresión -actuaciones de la Administración- empleada en el citado artículo 241.2 de la Ley 30/2007 y en el artículo 270.2 de la vigente Ley 9/2017, no cabe incluir entre las mismas los cambios normativos llevados a cabo por el legislador autonómico”.*

En relación con la afectación del contrato por una decisión autonómica, se encuentra el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia 16 de mayo de 2011⁴⁰ relativa a la solicitud de reequilibrio económico en un primer momento y más tarde sobre una solicitud de resolución de concesión de la autopista AP-41 que unía Madrid con Toledo como consecuencia de la renuncia del Estado de ampliar posteriormente la vía hasta Ciudad Real y Córdoba. La empresa concesionaria entendía que la renuncia de la Administración de continuar en el futuro esa vía y de esa forma convertir a la AP-41 en una auténtica vía alternativa suponía una oscilación importante en el cálculo del tráfico rodado que se había llevado a cabo en un inicio.

Frente a esta solicitud el Tribunal Supremo consideró que *“(…) Los términos en que se celebró el contrato primitivo permanecen inalterados en su esencia; se había producido un desequilibrio en los derechos y obligaciones existentes en el momento de celebración del contrato*

³⁹ STS 3124/2023, de 4 de julio de 2023, N.º Recurso 5965/2020, N.º Resolución 912/2023, Ponente: Jose María del Riego Valledor, ECLI:ES:TS:2023:3124

⁴⁰ STS 3125/2011, de 16 de mayo de 2011, N.º Recurso 566/2008, Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva, ECLI:ES:TS:2011:3125

pero el mismo ha sido (y, en su caso, continuará siendo) restaurado a través de las medidas de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. En efecto lo que ha ocurrido es un hecho posterior a la formalización del contrato, relacionado con el mismo pero ajeno a su contenido, un Factum principis, siquiera temporal, que ha ocasionado unos perjuicios a la recurrente que han sido compensados mediante el reequilibrio económico solicitado por la misma, sin alteración de las condiciones del contrato”.

Una de las situaciones más problemáticas fue el aumento del precio de los ligantes asfálticos que quedó reflejada en el Dictamen 31/1992 del Consejo de Estado⁴¹, en el que una empresa contratista de obras públicas que se encontraba construyendo una carretera en Palma de Mallorca presentó una reclamación económica como consecuencia del aumento del coste del ligante y el desequilibrio económico que esto le suponía.

Ante esta situación el Consejo de Estado desestimó la pretensión al entender que *“Constituye así el incremento de aquellos precios una carga general y que a todos afecta de algún modo. Por esto, en el fondo, los acuerdos del Gobierno español sobre subida de precios del petróleo y derivados no constituyen actos libres de imperio, sino condicionados por exigencias de la realidad económica mundial, lo que impide apreciar un supuesto de factum principis”*. En este mismo sentido se pronuncia también el Consejo en el Dictamen 32/1992 relativo a un caso similar.

La liberalización del servicio de telefonía básico supuso para la empresa Telefónica de España S.A. un desequilibrio económico dentro del contrato de concesión de servicios que había celebrado con la Administración del Estado el 26 de diciembre de 1991. Por ello se planteó por parte de esta empresa concesionaria una reclamación como consecuencia de esa quiebra financiera del contrato.

Esta cuestión fue resuelta por el Dictamen 1598/2002 del Consejo de Estado⁴², donde entendió que la actuación de la Administración en este caso concreto se debía a causas externas a esta y por lo tanto *“Pese a ello, podría entenderse que esta liberalización parcial se produjo por circunstancias ajenas al poder de decisión de la Administración, pues como se dice en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, fue adoptada porque “los compromisos de España, en su calidad de Estado miembro de la Unión Europea, no permiten dilatar más en el tiempo la puesta*

⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado 31/1992, de 13 de febrero de 1992 (Obras Públicas y Transporte) *“Solicitud indemnización por incremento precio ligantes obras de mejora del firme de la autopista Aeropuerto. Tramo: Palma de Mallorca”*.

⁴² Dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre de 2002 (Ciencia y Tecnología) *“Expte. de contrato sobre Telecomunicaciones entre TELEFONICA y la ADMINISTRACION”*.

en marcha de un segundo operador viable". Ello excluiría su carácter de factum principis con arreglo a lo anteriormente expuesto”.

Por último, encontramos la solicitud de reequilibrio económico solicitada por parte de una empresa concesionaria de un aparcamiento subterráneo en la ciudad de La Coruña como consecuencia de la decisión del Ayuntamiento de ampliar el número de plazas de aparcamiento gratuitas en este, suponiendo un perjuicio económico para el concesionario.

En este caso el Tribunal Superior de Galicia en Sentencia de 28 de julio de 2016⁴³, entendió que *“Aunque, a priori , el presente supuesto podría encajar dentro de la figura del factum principis, resulta cuestionable el hecho de que nos encontremos ante el uso de potestades públicas de imperium que resulte imprevisible y extraordinario”.*

Por otro lado, la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Recomendación de 10 de diciembre del 2018⁴⁴, volvió a reconocer que cualquier tipo de pretensión de reequilibrio económico por el encarecimiento de la mano de obra derivada de una disposición general en materia de Seguridad Social como puede ser la modificación de un Convenio Colectivo queda totalmente excluida del *factum principis* *“En conclusión, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado estima, por virtud de los precedentes argumentos, que ni en el caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable justifica la modificación del contrato”.* No obstante, esta misma circunstancia ya había sido afirmada por esta misma Junta en el Informe 17/1973 de 24 de mayo de 1973.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 51 de 4 de septiembre de 2014⁴⁵, reconoció una serie de supuestos que quedarían también excluidos de la aplicación del *factum principis*: *“No se entenderán como tales, a título de ejemplo, aumentos tributarios (impuestos especiales, tasas...), variaciones de los tipos de interés de la financiación, normativas laborales o revisiones salariales pactadas en los convenios colectivos de aplicación”.*

⁴³ STSJ Galicia 6241/2016, de 28 de julio de 2016, N.º Recurso 4223/2016, N.º Resolución 497/2016, Ponente: Diana Santiago Iglesias, ECLI:ES:TSJGAL:2016:6241

⁴⁴ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, “a los órganos de contratación en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el Convenio Colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público”.

⁴⁵ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 51, de 4 de septiembre de 2014 "por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por Autobuses Teruel S.A frente al procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento de Teruel”.

En conclusión, con base en todos los casos analizados anteriormente, se puede deducir que el *factum principis* no sería apreciado por la jurisprudencia en aquellas situaciones de alguna manera previsibles por parte del contratista, bien porque las decisiones tomadas por la Administración no derivan de disposiciones de carácter general o simplemente porque estas se encuentran dentro de los supuestos de exclusión previamente vistos.

Una vez que ya hemos analizado los supuestos de desequilibrio económico generados como consecuencia de un acto general de la Administración, pasaremos a analizar aquellos derivados de elementos ajenos e imprevisibles.

3.3. LA FUERZA MAYOR

La fuerza mayor supone una de las limitaciones al principio de riesgo y ventura del contratista y fue introducida como vía de reequilibrio contractual en la Ley de Contratos del Estado de 1965.

La fuerza mayor presenta las características de: “(i) imprevisibilidad, por un hecho imprevisible; (ii) la inevitabilidad, un hecho que aunque hubiera podido preverse fuera inevitable; (iii) la ajenidad, por fundarse en una causa extraña a las partes contractuales; (iv) que sea determinante de una ruptura sustancial de la economía del contrato”⁴⁶.

Nos encontramos por lo tanto, ante situaciones imposibles de ser previstas y que quedarían fuera del parámetro de responsabilidad del contratista al considerarse totalmente ajenas al transcurrir normal de los acontecimientos o de la vida.

La LCSP en su artículo 239.2 indica la lista de supuestos en los cuales tendría lugar la fuerza mayor, y por lo tanto se podría llevar a cabo una compensación económica, siempre y cuando no tenga lugar la imprudencia por parte del contratista, no existiendo la posibilidad en este supuesto de la aplicación por analogía: “2. *Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público*”.

El desarrollo jurisprudencial de este tipo de supuestos proviene tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como a través de la doctrina del Consejo de Estado que

⁴⁶ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “*Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*”, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.350.

expone su visión sobre determinados asuntos mediante dictámenes por escrito con efectos no vinculantes, pudiendo ser solicitados por los ministros, los presidentes de las Comunidades Autónomas y por un grupo reducido de organismos estatales.

La compensación económica derivada de las causas de fuerza mayor estaría limitada únicamente a los contratos de obra y de concesión de obras públicas, quedando el resto fuera de este supuesto, tal como viene recogido de forma clara en el Informe de la Junta de Contratación Pública 56/2008⁴⁷: *“Solamente es en el contrato de obra y en el contrato de concesión de obra pública en los que el contratista no soporta el principio de riesgo y ventura del contratista cuando se producen las causas de fuerza mayor”*.

Esto viene reflejado en la LCSP tanto en el artículo 239.1 para la ejecución de obras públicas *“1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato”*. En el caso del contrato de concesión de servicios vendría recogido en el artículo 270 de la misma ley.

El artículo 290 de la LCSP incorporó también el contrato de concesión de servicios como susceptible de fuerza mayor *“Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley”*.

Una vez que conocemos las principales características de la fuerza mayor así como los contratos que serían susceptibles de acudir a esta para el reequilibrio económico, es necesario analizar por orden todos los casos que prevé la ley:

3.3.1. Incendios como consecuencia de rayos

En primer lugar, estaría la fuerza mayor derivada de incendios que hayan tenido como origen o causa los rayos (electricidad atmosférica). Estos supuestos muy excepcionales provocan la casi inexistencia de jurisprudencia sobre el tema, no obstante el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de junio de 1987⁴⁸ recoge el supuesto de un incendio en un cableado eléctrico *“el incendio de los cables que conducían la energía en baja desde el centro de*

⁴⁷ Informe de la Junta de Contratación Pública del Estado 56/2008, de 31 de marzo de 2009, “Dudas sobre si los riesgos imprevisibles tienen que ser a costa del adjudicatario en un contrato de servicios de mantenimiento”

⁴⁸ STS 13740/1987 de 26 de junio de 1987. N.º recurso 196/1985. Ponente: Pedro Antonio Mateos García. ECLI:ES:TS:1987:13740

transformación al cuadro de distribución, interrumpiendo el suministro, no puede en forma ser subsumido en el supuesto de fuerza mayor previsto por el legislador”.

3.3.2. Catástrofes Naturales

En segundo lugar, estarían los casos de fuerza mayor derivados de catástrofes naturales como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos de terreno, temporales marítimos e inundaciones u otros semejantes.

Se debe de considerar el concepto de catastrófico desde un punto de vista jurídico como una simple alteración muy grave del orden común de las cosas, siendo necesario acudir a un análisis casuístico de cada situación, al no poder añadir a este apartado una teoría unitaria sobre el contenido y el alcance de estos supuestos. No obstante, se tendrá en cuenta a la hora de este análisis la regularidad en que estas tiene lugar, así como su relevancia cuantitativa.

En este sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Dict. 986/2004⁴⁹ al considerar como parámetros para tener en cuenta en la consideración de la fuerza mayor *“Su determinación ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso”.*

Comenzaremos hablando del supuesto de los temporales de lluvia e inundaciones, donde es necesario llevar a cabo una distinción entre sus distintas variantes, ya que hay que tener en cuenta si estas lluvias llegan a alcanzar el grado de catastróficas o no.

Por un lado, hay que tener en cuenta si la zona geográfica donde han tenido lugar ha sido declarada como zona catastrófica, en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de junio de 2009⁵⁰, donde incluye conceptos como *“declaración de zona catastrófica del término de Villaverde del Río”*, acompañado de uno de los aspectos más relevantes de la fuerza mayor *“no puede alegarse la falta de acreditación del supuesto de fuerza mayor, ni estimarse que la recurrente no había tomado las medidas y precauciones razonables para prevenir en lo posible los daños por eventos de la naturaleza, o una actuación imprudente por parte del contratista”.*

En sentido contrario encontramos los temporales de lluvia que no han llegado al grado de ser declaradas como catastróficas, cuando en base a las circunstancias de la propia zona sea

⁴⁹ Dictamen del Consejo de Estado 986/2004, de 27 de mayo de 2004 (FOMENTO). “Expediente relativo a la segunda reclamación de daños catastróficos por lluvias torrenciales en obras "Autovía A-49. V Centenario. Tramo: Aljaraque-Lepe”

⁵⁰ STS 5080/2009, de 23 de junio. N.º Recurso 3523/2007. Ponente: Enrique Lecumberri Marti. ECLI:ES:TS:2009:5080

común la existencia de estas lluvias intensas en determinados momentos del año (poniendo como claro ejemplo la gota fría), quedando en este caso enmarcado dentro del riesgo y ventura del contratista.

Es decir, que para medir estos parámetros se tendrá en cuenta “*la torrencialidad de las lluvias causantes de las inundaciones lo que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del lugar, la duración y permanencia de las precipitaciones o incluso la afección de los bienes*”⁵¹.

Se valorará también el caudal, es decir, habrá que analizar si la cantidad de lluvia caída se encuentra dentro de los límites ordinarios o si por el contrario se encuentra por encima como consecuencia de lluvias copiosas.

En este sentido el Consejo de Estado determinó que no se podría considerar fuerza mayor cuando estas inundaciones tienen lugar de forma repetitiva y por lo tanto pierden las notas de imprevisibilidad o excepcionalidad. En este sentido encontramos el Dict. 1969/2011⁵² en el que se solicita una indemnización por fuerza mayor derivada de los daños producidos durante la ejecución de la obra pública de encauzamiento del río Andarax por inundaciones y en el que se recoge lo siguiente “*El Consejo de Obras Públicas informa desfavorablemente por tratarse de lluvias e inundaciones con periodo de retorno de 1 año, es decir, por gota fría que se repite todos los años en periodo otoñal*”.

La consolidación de la justificación o de la prueba de que la situación ha alcanzado el grado de catastrófico es una de las circunstancias más relevantes, ya que en caso contrario no se podrá considerar como un supuesto de fuerza mayor. En este sentido, la Audiencia Nacional se pronunció sobre el caso acontecido durante la ejecución de un contrato de obra pública para la construcción de una carretera que había sufrido daños como consecuencia de lluvias torrenciales de 40 l/m² y por el que se solicitaba una compensación económica por parte del contratista. El Tribunal en la Sentencia de 22 de octubre del año 2002⁵³ determinó que “*Por consiguiente es regla general que el contratista debe soportar los riesgos de la ejecución y la existencia de casos de fuerza mayor debe ser probada por quien la alega, según la distribución de la carga de la prueba*”.

⁵¹ AA.VV.: “*Memento Práctico Contratación Pública Abogacía del Estado*”, Lefebvre-El Derecho S.A, Madrid, 2021, página 472.

⁵² Dictamen del Consejo de Estado 1969/2011, de 21 de mayo de 2011 (Medio Ambiente y Medio Rural y Marino) “*Indemnización de daños ocasionados en las obras de -Encauzamiento del río Andarax desde la Boquera de la Higuera hasta el mar término municipal de Almería- por causa de fuerza mayor*”.

⁵³ SAN 5811/2002, de 22 de octubre de 2002, N.º Recurso 497/2001, Ponente: Elisa Veiga Nicole, ECLI:ES:AN:2002:5811

El siguiente de los supuestos de fuerza mayor por catástrofes naturales sería el derivado de grandes temporales marítimos. En este caso encontramos un Dictamen del Consejo de Estado 1571/2006⁵⁴ donde para su análisis tiene en cuenta la repetición en que estos tienen lugar.

En este se planteaba una indemnización por daños y perjuicios derivados de grandes temporales marítimos durante la ejecución de una obra pública de remodelación del paseo marítimo de La Línea de la Concepción, en este caso el Consejo de Estado manifestó lo siguiente *“no es un supuesto de fuerza mayor en el caso de un temporal, cuando éste tiene un periodo de retorno de entre 5 y 10 años por lo que carece de las notas de excepcionalidad e imprevisibilidad propias de los supuestos de fuerza mayor, al ser un tipo de temporales frecuentes en la zona de obras y que sus efectos podrían paliarse con las adecuadas medidas defensivas y de seguridad”*.

En último lugar también estaría recogido el supuesto de movimiento de tierras que puedan afectar a la ejecución de los contratos. En este sentido encontramos un pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de mayo del 1999⁵⁵ donde refiere que *“(…) habiendo declarado probado la sentencia recurrida que a consecuencia de las lluvias torrenciales que cayeron en las fechas indicadas se produjo un movimiento de tierras que afectó a las obras que se realizaban en el aeropuerto de Vigo, causando importantes daños en las mismas, lo que debía considerarse un supuesto de fuerza mayor imprevisible e inevitable, ha de admitirse que al menos, se está en el caso del núm. 3 del artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, según el cual se considerará como caso de fuerza mayor «los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras o que directamente las afecten”*.

3.3.3. Actos en periodo de guerra o violentos

En tercer y último lugar, estarían los supuestos de destrozos acontecidos en periodos de guerra, los robos tumultuosos o durante alteraciones muy graves del orden público.

En el supuesto de los actos violentos frente a las decisiones de la Administración podemos encontrar el Dictamen del Consejo de Estado 99/1998⁵⁶ por el que se solicita una indemnización a la Administración por los gastos derivados de la contratación por parte de la

⁵⁴ Dictamen del Consejo de Estado 1571/2006, de 11 de octubre de 2006 (Medio Ambiente) “Expediente sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados durante la resolución del contrato Remodelación del Paseo Marítimo del Conchal, entre el Fuerte de Santa Bárbara y la Iglesia Virgen del Carmen, término municipal de la Línea de la Concepción (Cádiz)”.

⁵⁵ STS 3485/1999, de 20 de mayo de 1999, N.º Recurso 6929/2003, Ponente: Gustavo Lescure Martín, ECLI:ES:TS:1999:3485

⁵⁶ Dictamen del Consejo de Estado 99/1998, de 14 de mayo de 1998 (Medio Ambiente) “Solicitud indemnización formulada por U.T.E. adjudicataria de obras de la Presa de Itoiz”.

UTE de un servicio privado de seguridad extraordinario debido a los graves altercados contra el orden público durante la ejecución de la obra pública de la presa de Itoiz.

El Consejo de Estado dictaminó que *“Estas circunstancias son esencialmente la concurrencia de un acontecimiento que ha venido a romper el equilibrio contractual y la base del negocio, la imprevisibilidad de dicho acontecimiento y la ausencia de culpa de los contratantes. Tales premisas concurren en el caso presente: los acontecimientos ocurridos eran imprevisibles a la fecha de adjudicación del contrato; han comportado asimismo una extraordinaria onerosidad sobrevenida para el contratista; y aun cuando es patente la ausencia de culpa de los contratantes, no es menos cierto que a la Administración contratante incumbe la responsabilidad de mantener al contratista en la posesión pacífica de la obra hasta su entrega al comitente, respondiendo éste de los hechos propios o ajenos que pueden perturbar al contratista en el normal desenvolvimiento del cumplimiento del contrato”*.

Las alteraciones graves del orden público deben de ser consideradas también como uno de los supuestos de fuerza mayor debido a la naturaleza de las acciones que conllevaba. En este sentido se decanta el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la Sentencia de 27 de febrero del 2015⁵⁷ en la que el contratista plantea una compensación económica por los altercados públicos acontecidos en la ejecución de un contrato de obra para la construcción de una carretera en Ibiza que conllevaron el retraso en su inicio. El Tribunal en este supuesto dictamina que *“Pues bien, dado lo contradictorio de las posiciones que reflejan esos dos informes dado que el primero niega que exista causa de restablecimiento del equilibrio económico financiero, rechazada esta postura dado que la Sala sí considera que se da esta situación por ser esos altercados causa de fuerza mayor que la justifica, al fin, resulta trascendental para la resolución del debate el informe emitido por el Sr. Celso”*.

Uno de los supuestos más repetido fue el caso de los actos vandálicos llevados a cabo por parte de la “Kale Borroka”, que en un determinado punto llegaron a relacionarse con el concepto de sedición popular que empleaba la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965. Este concepto de sedición popular no seguía la línea de lo dictado por el artículo 544 del Código Penal, sino que debía ser considerado en estos supuestos como disturbios o un levantamiento popular y violento contra la propia autoridad, llegando incluso a considerarse como “clima de tumulto callejero”, lo que suponía supuestos de fuerza mayor al ser imprevisibles, inevitables, irresistibles y de carácter excepcional.

⁵⁷ STSJ Baleares 172/2015, de 27 de febrero de 2015, N.º Recurso 285/2011, Ponente: María del Carmen Frigola Castellón, ECLI:ES:TSJBAL:2015:172

En este sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999⁵⁸ por la que se solicita por parte de la empresa Construcciones Miarnau S.A una indemnización como consecuencia de las revueltas populares que tuvieron lugar durante la ejecución de la obra pública del embalse de Riaño en los años ochenta y por lo tanto en el periodo de vigencia de la antigua ley.

El Tribunal nos permite con esta sentencia comprender lo que se puede considerar como causa de fuerza mayor por graves alteraciones del orden público al matizar lo siguiente: *“sediciones populares que es clave para la solución de la cuestión planteada, si bien ha de partirse de la base de que tal concepto no equivale necesariamente al que, en el área del Derecho Penal, corresponda, hoy art. 544 del Código Penal, aunque puede servir de referencia sino que ha de entenderse comprensivo de alzamiento violento contra la autoridad o el orden público, como tumulto violento, levantamiento popular, o insurrección, sea quien sea el afectado por sus resultados, puesto que, en definitiva, la empresa constructora lo fue en su calidad de adjudicataria de obras decidida por la Administración del Estado y, desde tal punto de vista, si aparece tal clase de «alzamiento» como dirigido contra la Autoridad, y, como tal, incluido en la acepción del Diccionario de la Real Academia”*.

3.3.4. Casos excluidos

La jurisprudencia ha determinado que existen determinados supuestos que no podrán ser considerados como de fuerza mayor, siendo uno de estos el caso de las huelgas, que deben de ser consideradas como una incidencia laboral enmarcada en el principio de riesgo y ventura del contratista, no generando derecho alguno a indemnización.

En este sentido se expresa el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de enero de 1984⁵⁹ donde indica que *“Que la suspensión de las obras a consecuencia de huelga no puede admitirse tampoco como originadora de un derecho a indemnización”* y que por lo tanto *“no produce la consecuencia indemnizatoria pretendida por la apelante, dado que no alcanza el supuesto de fuerza mayor según los términos en que se expresan los citados preceptos”*.

3.4. LA DOCTRINA DEL RIESGO IMPREVISIBLE Y LA CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”

La doctrina del riesgo imprevisible fundamentada en la cláusula *rebus sic stantibus* que sería su equivalente en el derecho civil, se ha convertido en una especie de cajón de sastre para

⁵⁸ STS 3240/1999, de 11 de mayo de 1999, N.º Recurso 5130/1993, Ponente: Fernando Martín González, ECLI:ES:TS:1999:3240

⁵⁹ STS de 31 de enero de 1984. Recurso de 26 de junio de 1981. Ponente Eugenio Díaz Eimil.

todos aquellos casos que no se encuentren recogidos de forma expresa en el resto de los supuestos en los que el contratista tiene el derecho a ser indemnizado por un riesgo ajeno.

Esto supone que en aquellos supuestos de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que no tengan relación con alteraciones directas provocadas por la Administración (*ius variandi*) o indirectas (*factum principis*) ni con la incorrecta gestión del contratista, este tendría derecho a un reparto de los riesgos con la Administración.

Lo primero, será comprender cuál es el significado de imprevisibilidad que viene recogido en reiterada jurisprudencia, aunque solo se mencionarán varias sentencias ya que vienen a referirse todas en los mismos términos.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de abril de 2004⁶⁰ se refiere a la teoría de la imprevisibilidad en los siguientes términos “ (...) *la teoría del riesgo imprevisible sustentada en nuestro derecho en base al artículo 127.2.2 b RSCL que posibilita la revisión de tarifas cuando eventos imprevistos incidan en la economía de la concesión, más esa imprevisión nunca es subjetiva, sino objetiva y fundada en criterios de racionalidad, de manera que lo que importa no es tanto si el contratista prevé o no el acontecimiento, sino si éste era racionalmente previsible y si a pesar de su previsibilidad el contratista concluyó el contrato, asumió un riesgo perfectamente previsible y su producción o materialización no debe incidir en los contenidos económicos de la relación (...)*”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003⁶¹ considera esta imprevisibilidad con el siguiente razonamiento “*la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula «rebus sic stantibus», exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse*”.

Por último, incluir lo mencionado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988⁶² que entiende que para incluir un caso en este supuesto es necesario estar presente ante “*alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afectan gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables*”.

⁶⁰ STS 2573/2004 de 20 de abril de 2004, N.º Recurso 6763/1998, Ponente: Juan José González Rivas, ECLI:ES:TS:2004:2573

⁶¹ STS 7878/2003, de 9 de diciembre de 2003, N.º Recurso 4361/1998, Ponente: Manuel Goded Miranda, ECLI:ES:TS:2003:7878

⁶² STS 13180/1988, de 16 de septiembre, N.º Recurso 15049/1983, Ponente: Benito Santiago Martínez Sanjuan, ECLI:ES:TS:1988:13180

Esta doctrina está considerada como casuística, ya que se ha ido construyendo caso a caso a lo largo de los años con la jurisprudencia que han ido arrojando los Tribunales, lo que impide establecer unos criterios exactos para su delimitación, como recoge el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada (STS 20 de abril del 2004) donde advierte que esta imprevisibilidad debe sustentarse en elementos objetivos que puedan ser fijados en base a la racionalidad y no desde puntos de vista subjetivos.

Sobre la base de lo expuesto anteriormente, se desprende que la única forma de analizar sus características y los supuestos incluidos y excluidos de su aplicación sería a través de la jurisprudencia, en especial la del Tribunal Supremo.

Las características del riesgo imprevisible serían:

En primer lugar, hay que entender que estaríamos ante un riesgo no imputable al contratista y por lo tanto externo, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009⁶³ *“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”*.

En segundo lugar, para poder acudir a esta opción es necesario que no existan otros medios para poder restablecer el equilibrio económico, es decir que no se pueda incluir en el resto de los supuestos. Esto aparece reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990⁶⁴ *“no se puede desconocer 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”*.

Un claro ejemplo de ello serían los contratos de obra, ya que estos son susceptibles de recoger en sus pliegos una cláusula de revisión de precios, la cual en caso de ser inoperativa podría elevarse al reequilibrio económico por causas imprevisibles.

⁶³ STS 6531/2009, de 27 de octubre de 2009, N.º Recurso 763/2007, Ponente: Antonio Martí García, ECLI:ES:TS:2009:6531

⁶⁴ STS 9838/1990, de 27 de diciembre de 1990, Ponente: Benito Santiago Martínez Sanjuan, ECLI:ES:TS:1990:9838

Esta circunstancia viene mencionada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1999⁶⁵ *“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 el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de la 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 restablecer el equilibrio económico del contrato...”*.

Por último, desde el punto de vista económico se tienen que dar determinadas circunstancias que supongan un grave impacto sobre la economía del mercado, tal y como viene recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005. Entendiendo como tales, aquellas situaciones que supongan una sustancial alteración de las condiciones del servicio, aquellas que conlleven una mayor onerosidad o una simple variación de lo pactado inicialmente que derive en una gran desproporción en el aspecto económico del contrato.

Una vez vistas todas las características que definen la inclusión de un supuesto como riesgo imprevisible, es el momento de analizar cómo la jurisprudencia ha ido moldeando a lo largo del tiempo las distintas materias, partiendo de la base de que los contratos que incluyen en sus pliegos las cláusulas de la revisión de los precios quedan excluidos, salvo que se tornen ineficaces.

Como se mencionó anteriormente, nos encontramos ante un apartado que al no gozar de construcción normativa se ha ido construyendo con la jurisprudencia, siendo por lo tanto absolutamente casuístico. Es por esto por lo que no se puede llevar a cabo un análisis sistemático y unitario de los distintos supuestos susceptibles del riesgo imprevisible en los contratos de obra y concesión, ya que no existe una visión u opinión global acerca de cada tema.

Por ello se plantea un análisis de la jurisprudencia de los Tribunales en relación con los principales supuestos: aumento del precio de los materiales en los contratos de obra, aumento de los salarios en las concesiones de servicios o reducción del tráfico en las concesiones de obras públicas entre otros, derivando todos ellos de periodos de inflación como consecuencia de guerras externas o crisis económicas e inmobiliarias.

⁶⁵ STS 1628/1999, de 9 de marzo de 1999, N.º Recurso 7894/1992, Ponente: Gustavo Lescure Martín, ECLI:ES:TS:1999:1628

A su vez, para poder organizar mejor su análisis, se ha llevado a cabo su división en dos grupos distintos: en primer lugar, los relativos a las circunstancias de mercado y en segundo lugar los relativos a causas jurídicas o administrativas.

3.4.1. Circunstancias de Mercado

En el caso de supuestos de aumento del precio de la gasolina, se tiene en cuenta por parte del Tribunal que la Orden Ministerial de Hacienda de 1 de octubre de 1986 llevó a cabo la liberalización de los productos derivados del petróleo y que por lo tanto en todos los contratos de obras adjudicados con posterioridad estos precios liberalizados suponían un claro riesgo en caso de subida a tener en cuenta o incluso un posible beneficio si estos bajaban.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009⁶⁶ dictaba que *“ha de respetarse lo pactado sin que quepa admitir que la imprevisión del contratista pueda justificar una eventual compensación por el incremento de los materiales”*. No obstante, es necesario llevar a cabo un análisis pormenorizado de cada caso para apreciar si existió una quiebra contractual del empresario.

La crisis económica a nivel global que se desató en el año 2008 provocó alteraciones económicas a la gran mayoría de las concesiones de larga duración. Estas graves variaciones financieras supusieron que los empresarios comenzaran a presentar reclamaciones de reequilibrio económico al considerar que la crisis había sido totalmente imprevisible en el momento del inicio del contrato tanto por los Gobiernos nacionales como por todo tipo de instituciones internacionales.

Las principales afectadas por estos acontecimientos fueron las empresas titulares de concesiones tanto de autovías de peaje como de áreas de servicio en las autopistas, ya que sufrieron una amplia caída del tráfico rodado, lo que suponía una reducción de los beneficios de los peajes y como consecuencia directa del menor tráfico también un menor consumo de combustibles fósiles y por lo tanto una reducción de los beneficios de estas.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia 408/2016⁶⁷, tuvo que resolver el caso de una empresa concesionaria de un área de servicio que solicitaba un reequilibrio económico por riesgo imprevisible derivado de la disminución del tráfico rodado y de la contracción del gasto medio de cada vehículo.

⁶⁶ STS 6531/2009, de 27 de octubre de 2009, N.º Recurso 763/2007, Ponente: Antonio Martí García, ECLI:ES:TS:2009:6531

⁶⁷ STSJ Madrid 14195/2016, de 28 de diciembre de 2016, N.º Recurso 426/2013, N.º Resolución 408/2016, Ponente: Rafael María Estévez Prendas, ECLI:ES:TSJM:2016:14195

El Tribunal en este caso entendió que *“ha de ponerse de manifiesto que la evolución general de la economía (ya fuera previsible o no), no debe extraerse del concepto de " riesgo y ventura" característico de toda contratación y en particular de la contratación pública, de modo que la asunción del riesgo, traducido en resultados favorables en tiempo de bonanza o en pérdidas en situaciones de crisis, no puede ser asumido por la Administración, si no es desnaturalizando la figura de la concesión y atentando a la libertad de empresa y régimen de mercado. Por tanto, no se considera que dicha razón deba, en sí misma, dar lugar a una modificación de las condiciones contractuales ni encuadrarse dentro de lo que la doctrina considera como " riesgo imprevisible " en el cual fundamentar una posible modificación del contrato”*.

El otro supuesto planteado era el caso de los contratos de concesión de obra pública de las autopistas de peaje y la reducción exponencial de sus beneficios durante el periodo de crisis económica. El descenso del número de vehículos que transitaban estas carreteras no se había previsto en los Planes económicos-financieros de estas, lo que provocó una rápida quiebra del equilibrio del contrato.

Al Tribunal Superior de Madrid se le planteó en la Sentencia 399/2014⁶⁸ el supuesto de una empresa concesionaria de autopista de peaje que sufrió una reducción drástica del tráfico por la crisis económica e inmobiliaria global, teniendo como consecuencia un considerable desequilibrio financiero del previsto originariamente en el contrato.

El Tribunal entendió en este caso que *“Atendido al desarrollo de la licitación, más arriba expuesta, ninguna duda ofrece que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso”*. No solo considera la reducción del tráfico como una consecuencia del riesgo y ventura propios del contratista, sino que se reafirma en considerar que *“Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción”*.

En el mismo sentido encontramos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011⁶⁹ determinó que la reducción del tráfico de vehículos se debía considerar como *“consecuencia del contexto económico-social, entendiéndose que este no constituye un riesgo*

⁶⁸ STSJ Madrid 9054/2014, de 16 de mayo de 2011, N.º Recurso 771/2012, N.º Resolución 399/2014, Ponente: María del Pilar Maldonado Muñoz, ECLI:ES:TSJM:2014:9054

⁶⁹ STS 3125/2011, de 16 de mayo de 2011, N.º Recurso 566/2008, Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva, ECLI:ES:TS:2011:3125

imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y, por ello, la entidad licitadora hubo de considerarla cuando presentó su proposición”.

La crisis del año 2008 también supuso una reducción de la compra de viviendas. En este supuesto la misma empresa constructora que llevó a cabo la construcción firmó un acuerdo de compromiso por el que adquiriría viviendas de protección oficial para llevar a cabo un arrendamiento social, que se vería desierto por la irrupción de esta crisis.

En este sentido el Tribunal Supremo en la Sentencia 1077/2019⁷⁰, entendió en relación con el riesgo imprevisible que *“aunque no resulten plenamente concluyentes los esfuerzos por justificar la plena imprevisibilidad de la crisis económica y financiera que, tras un breve e ilusorio repunte, iba a volver a sacudir las economías de los demandantes de vivienda, por desempleo y falta de acceso al crédito, determinando el aumento de renunciadas, lo que pudo ofrecer un cierto carácter imprevisible desde las expectativas contrarias y más optimistas generadas por los propios poderes públicos, -incluida la Administración autonómica vasca-, pero no alcanza, como tal, el rango que a tal figura corresponde”.*

Por último, nos encontramos ante una situación en la que una empresa concesionaria lleva a cabo una solicitud de reequilibrio económico como consecuencia del aumento del número de usuarios con tarifa reducida que transitaban por el túnel que explotaba en Mallorca, al entender que este aumento es muy superior del que había sido previsto en la oferta del concesionario e incluso del calculado por la propia Administración.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de julio de 2006⁷¹ entendió que este aumento *“en primer término que la oferta y el porcentaje de tarifas especiales la realizó libremente la empresa, y si erró en las apreciaciones que efectuó, a ella, exclusivamente, es imputable esa circunstancia. Que esa errónea apreciación no es un riesgo imprevisible es obvio. Pero, sobre todo, y esto es lo más importante, que los ingresos por esa circunstancia sean menores que los esperados no rompe el equilibrio financiero de la concesión, ya que eso no significa que la concesionaria no esté obteniendo beneficios y, por tanto, explotando satisfactoriamente la carretera construida”.*

En definitiva, con base en toda la anterior jurisprudencia se puede entender que la aplicación del riesgo imprevisible solo tiene lugar en circunstancias extraordinarias como ha ocurrido aquí, donde los Tribunales no han considerado ninguna de estas situaciones como

⁷⁰ STS 2589/2019, de 16 de julio de 2019, N.º Recurso 308/2016, N.º Resolución 1077/2019, Ponente: Inés María Huerta Garicano, ECLI:ES:TS:2019:2589

⁷¹ STS 4627/2006, de 4 de julio de 2006, N.º Recurso 9890/2003, Ponente: Santiago Martínez-Vares García, ECLI:ES:TS:2006:4627

susceptibles de aplicación, ya que entienden que la imprevisibilidad no está lo suficientemente clara; que los errores en la oferta no suponen un riesgo imprevisible o que simplemente las circunstancias de mercado se consideran una evolución general de la economía y que se encuentran excluidas del riesgo y ventura del contratista.

3.4.2. Causas jurídicas o administrativas

El incremento por los sobrecostes derivados de subidas salariales pactados en los Convenios Colectivos quedaría excluido de los supuestos de imprevisibilidad, tal como recogen varias sentencias del Tribunal Supremo.

De la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2001⁷² se deduce que *“Por tanto, el incremento que pudieran experimentar los costes de la mano de obra, más allá de la actualización estipulada, debe ser considerado inmerso en el normal marco de operatividad del principio de riesgo y ventura y, en consecuencia, como algo que en principio debe ser asumido por el contratista”*.

El Informe 13/2023 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁷³ es especialmente minucioso acerca de esta materia. Le es planteada una cuestión por la asociación ASEJA, relativa al artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado del año 2023. En dicho artículo se plantea el mecanismo de cotización de equidad intergeneracional, lo que supone un aumento de los costes de mano de obra para las empresas respecto al momento de firmar el contrato.

La Junta Consultiva llega a la conclusión en este caso manteniéndose en la línea anterior de que *“el crecimiento del importe de los costes de mano de obra como consecuencia de un acontecimiento previsible como es la negociación colectiva no puede calificarse en modo alguno como un riesgo imprevisible, que justifique la modificación posterior del contrato. Es esta una circunstancia que claramente puede anticiparse en el momento de celebrarse el contrato y que el contratista puede prever”*.

Esto quedó ratificado en las conclusiones del informe, al entender la Junta Consultiva que estas alteraciones económicas derivadas *“de la implementación de una disposición con rango de Ley que eleva las cotizaciones sociales en un 0,5%, aunque esta sea posterior a la formalización*

⁷² STS 1291/2001, de 23 de febrero de 2001, N.º Recurso 3856/1995, Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén, ECLI:ES:TS:2001:1291

⁷³ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública, N.º 13/2023, de 18 de julio de 2023 “Doctrina del Riesgo Imprevisible”

del contrato, la respuesta debe ser negativa por estar dicha contingencia cubierta por el principio de riesgo y ventura consagrado en el artículo 197 LCSP”.

Dentro de la actuación de la administración encontramos un supuesto en el que una empresa contratista formula una solicitud de reequilibrio económico como consecuencia del aumento del coste de ejecución de un centro penitenciario en Zaragoza. La empresa alegó un fallo en los estudios que sirvieron como base para el proyecto de obra, ya que no calcularon correctamente la realidad geológica de los terrenos suponiendo un aumento del tiempo de obra y mayores costes.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 1995⁷⁴ entendió que la empresa en este caso *“Al aceptar la ejecución, en su momento, admitió que en ella no podía fundamentar una revisión de precios, que estaba excluida en el contrato primitivo, y que tales modificaciones no constituían un supuesto de riesgo imprevisible del que se derivara derecho a indemnización para el contratista”.*

Otro supuesto similar sería el de una empresa contratista encargada de la reparación de una serie de túneles en la línea de FEVE en País Vasco que se vio afectada por un fallo en el estudio sobre el que se llevó a cabo la licitación, ya que este estudio contaba que para la reparación de un túnel se iban a poder emplear ambas bocas, no pudiendo al final utilizar una de ellas al oponerse el propietario de la finca necesaria para acceder el tránsito por esta. Por el perjuicio que conllevó el ampliar la ejecución de las obras en su plazo y cuantía formuló solicitud de reequilibrio económico.

En este caso el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de abril de 1999⁷⁵ entendió lo siguiente *“Pues bien, en el caso que nos ocupa no se han producido unas circunstancias extraordinarias y anormales que hayan alterado las condiciones de ejecución de la obra establecidas en el propio contrato o que constituyen las bases fundamentales sobre las que se contrató. Se ha producido un hecho (el cierre de la servidumbre) que ha alterado los cálculos que el contratista hizo para formular su oferta (el estudio que sirvió de base a la licitación, en palabras de la empresa recurrente), cálculos que partían de la idea de que podría trabajarse por las dos bocas o accesos al túnel de San Adrián. Como señala la sentencia apelada, se ha producido de manera imprevista una mayor dificultad en la ejecución de los trabajos, pero, debemos subrayarlo, en relación con los cálculos que la propia empresa había hecho para tomar parte en el concurso-*

⁷⁴ STS de 24 de octubre de 1995, N.º Recurso 4048/1991, Ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero, RJ:1995/7879 (Aranzadi)

⁷⁵ STS 2956/1999, de 30 de abril de 1999, N.º Recurso 7196/1992, Ponente: Manuel Goded Miranda, ECLI:ES:TS:1999:2956

subasta, que fue el procedimiento utilizado para la contratación. En consecuencia, nos encontramos ante un supuesto en que debe aplicarse el principio del riesgo y ventura, ya que los cálculos del contratista no han respondido a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato”.

En último lugar, nos encontramos ante el supuesto de una empresa concesionaria encargada de la explotación de una cafetería, que como consecuencia de una serie de reformas en el edificio donde se encontraba se vio en la necesidad de cerrar. El cierre le supuso un perjuicio económico, aunque en el presente caso se formula una solicitud de reequilibrio económico por el déficit con la Seguridad Social que acabó teniendo por esta situación.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de septiembre de 2004⁷⁶ dictaminó que *“Por último se entiende que la conflictividad laboral y el déficit económico que padece la entidad concesionaria forman parte del alea empresarial, no deriva de riesgo imprevisible”.*

En resumen, con base en lo expuesto anteriormente se acentúa todavía más lo excepcional del riesgo imprevisible, ya que los Tribunales no han admitido en ninguno de los supuestos la aplicación de este principio, bien porque se encuentra dentro de las excepciones directas (Seguridad Social o mano de obra) o bien porque entienden que fue un fallo de la propia empresa contratista la ausencia de un mayor rigor a la hora de calcular la oferta en base a los estudios previos.

La construcción jurisprudencial de este supuesto conlleva que las resoluciones de estos Tribunales pueden ser muy variadas incluso en los mismos asuntos, reduciéndose todo a la justificación llevada a cabo en cada caso concreto. Es por esto que para concluir este apartado es necesario observar varias sentencias donde se muestra la importancia de la justificación de este desequilibrio económico por causas imprevisibles.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 5 de julio de 2011⁷⁷ determinó en relación con la acreditación que *“la prosperidad de la pretensión de la recurrente está condicionada a que acredite que ha existido un evento extraordinario e imprevisible posterior a la licitación, que ha roto el equilibrio económico financiero de la concesión y que tiene derecho a ser indemnizado por ello”.*

⁷⁶ STS 5707/2004, de 16 de septiembre de 2004, N.º Recurso 6721/2001, Ponente: Mariano Baena del Alcázar, ECLI:ES:TS:2004:5707

⁷⁷ STSJ Madrid 8203/2011, de 5 de julio de 2011, N.º Recurso 193/2011, N.º Resolución 10269/2011, Ponente: María del Pilar Maldonado Muñoz, ECLI:ES:TSJM:2011:8203

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1995⁷⁸ entendió que “*Con respecto al primero de los puntos expuestos, el de la composición del terreno sobre el que se levantó la obra de la que se pretende derivar la indemnización que se reclama, así como la relevancia de su incidencia contractual, hay que decir que tal circunstancia no ha sido objeto de la prueba necesaria, lo que ya puso de relieve la sentencia de instancia y se esgrime en el escrito de alegaciones, evacuado en esta apelación por el Abogado del Estado*”.

Finalmente, la Sentencia de 22 de mayo de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁷⁹ va un paso más allá al entender necesario acreditar el desequilibrio con la entrega de las cuenta anuales “*(...) la acreditación de ese desequilibrio pasa no solo por demostrar que los costes anuales por la compra de gas natural han crecido notablemente, sino que además el desequilibrio requiere conocer las cuentas anuales de la Unión de Empresas Temporales recurrente, a fin de analizar como repercute ese incremento en el balance de la UTE (...)*”.

Con base en todo lo expuesto, es manifiesto que dentro de una figura absolutamente casuística en la que los Tribunales analizan caso a caso para apreciar si se cumplen los requisitos jurisprudencialmente establecidos, es necesaria una clara justificación de la ruptura del equilibrio financiero ya que aunque este haya tenido lugar si no se argumenta lo suficiente puede conllevar la desestimación de la pretensión.

4. MECANISMOS PARA EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO

Una vez vistos los supuestos en los que el contratista tendría derecho a un reequilibrio económico del contrato, es el momento de avanzar, pero antes de analizar los mecanismos existentes para alcanzar de nuevo ese equilibrio económico, es necesario detenerse en un aspecto relevante.

Este sería el de determinar cuál es el alcance del perjuicio que ha sufrido el contratista y por los que solicita el reequilibrio económico. Para ello la jurisprudencia ha establecido que para poder llevar a cabo esta valoración es necesario tener en cuenta: “*(i) La base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tomada en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación*

⁷⁸ STS de 24 de octubre de 1995, N.º Recurso 4048/1991, Ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero, RJ:1995/7879 (Aranzadi).

⁷⁹ STSJ Madrid 23963/2009, de 22 de mayo de 2009, N.º Recurso 1022/2002, N.º Resolución 557/2009, Ponente: Rafael María Estévez Prendas, ECLI:ES:TSJM:2009:23963

comprometida; (ii) la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio; (iii) en ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas etc... ”⁸⁰.

Concretado este aspecto, pasaremos a analizar los mecanismos legalmente recogidos para el restablecimiento económico-financiero del contrato.

4.1. COMPENSACIÓN POR EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

En el caso de que la Administración lleve a cabo una modificación unilateral del contrato con base en el ejercicio de sus prerrogativas, es necesario que esta realice una compensación económica al contratista como consecuencia de los perjuicios económico que lleva acarreados esta alteración.

Las modificaciones directas del objeto del contrato por parte de la Administración gozan de una compensación reconocida ya desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, donde en su artículo 127.2.2ª a) recoge “2.º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución”.

En el caso de la LCSP, encontramos en primer lugar el artículo 290 donde se regula la compensación económica en el caso de los contratos de concesión de servicios, estableciendo que “1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley” y su punto número dos “2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”.

⁸⁰ ALBENDEA SOLÍS, I y LEÓN GONZÁLEZ, A: “Tratado de Contratos del Sector Público Tomo IIP”, Capítulo XLIV: págs 2314 y sigs., página 2.358.

A este precepto hay que añadir lo recogido en su apartado 4.a) donde habilita un supuesto de reequilibrio económico “*Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas*”.

En el contrato de concesión de obras encontramos un supuesto similar a este, en el artículo 270 de la LCSP donde se recoge que “*1. El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262*”.

Es decir, que tanto del anterior reglamento como de este artículo de la LCSP se desprende la necesidad de compensar tanto el lucro cesante como el propio daño emergente, tal como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1983⁸¹ “*el ejercicio del ius variandi debe alcanzar tanto el daño emergente como el lucro cesante*”.

Por lo tanto, una vez entendido que en los casos de *ius variandi* la administración debe compensar tanto el lucro cesante como el daño emergente, se prevé que esta compensación en ambos supuestos pueda tener lugar a través de medidas recogidas en los artículos 270.3 y 290.5 mediante “*la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato*”.

En este sentido el Tribunal Supremo se pronuncia en la Sentencia de 3 de diciembre de 2012⁸² donde fija que “*(...) tratándose de un contrato de concesión de obra pública, el mecanismo legalmente previsto para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no consiste en el reconocimiento al concesionario de un necesario o invariable derecho a ser indemnizado en una suma económica que compense el posible desequilibrio producido (como viene a reclamar la demanda), sino en que la Administración adopte esas específicas medidas que contempla el apartado 3 del precepto que acaba de transcribirse*”.

Por último, en el caso del contrato de obra la LCSP establece que aquellas modificaciones realizadas conforme lo establecido en el artículo 206.1 “*En los supuestos de*

⁸¹ STS de 30 de diciembre de 1983, Ponente: Jaime Rodríguez Hermida, RJ: 1983/6843 (Aranzadi).

⁸² STS 8334/2012, de 3 de diciembre de 2012, N.º Recurso 577/2011, Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén, ECLI:ES:TS:2012:8334

modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido” no tendrán derecho a una compensación económica en el caso de que la alteración suponga una reducción de las unidades de obra conforme al artículo 242.1, quedando de esta manera exclusivo el lucro cesante.

Por el contrario, en el caso de que esta suponga un aumento de estas unidades de obra el artículo 242.2 determina que *“Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato”.*

4.2. COMPENSACIÓN POR FACTUM PRINCIPIS

El *factum principis* es consecuencia de la alteración del objeto del contrato derivada de un acto general de la Administración, que repercute en este de forma directa y provoca un aumento de la onerosidad para el contratista.

En el caso de la LCSP, el contrato de concesión de servicios viene regulado en el artículo 290.4.b) donde se recoge que se deberá restablecer el reequilibrio económico *“b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”.*

Nos encontramos por lo tanto ante una disposición de la Administración concedente que deberá de ser compensada conforme lo que recoge el artículo 290.5 *“el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”.*

Cosa distinta sería en aquellos supuestos donde nos encontrásemos ante una disposición general dictada por una Administración distinta de la concedente y que viene recogido en el artículo 290.6 “*El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias: a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato. b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato*”. Es necesario tener en cuenta que únicamente hablaríamos de un derecho a desistir cuando nos encontrásemos ante una disposición de carácter general, ya que en el caso de cualquier otro tipo de disposición sería necesario acudir a la vía de resarcimiento por riesgo imprevisible.

Más adelante en ese mismo artículo se recoge que se entenderá por oneroso cuando “*la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma*”. No obstante, si el contratista decide seguir esta vía de desistimiento del contrato no sería susceptible de obtener ninguna compensación.

En el artículo 294.e) se encuentra otra vía de resolución del contrato de concesión de servicios pero esta vez con una compensación económica “*La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato*” en relación con el artículo 295.4 donde se fija la compensación “*en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 280 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización*”.

Autores como Eduardo García de Enterría o Tomás Ramón Fernández analizan esta diferencia entre la vía de resolución del artículo 294.e) con compensación económica y la del desistimiento del 290.6 sin derecho a indemnización, entendiendo que en el primer caso correspondería a una medida que convierte al servicio en insostenible desde un inicio, frente a

la segunda que correspondería a un aumento en la onerosidad del contrato durante su ejecución que haría imposible su continuación.

En el caso del contrato de concesión de obras públicas, de una forma similar se recoge que se deberá de restablecer el equilibrio económico por una disposición general de la Administración concedente en el artículo 270.2.b) *“Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”*.

Para este supuesto se concede la compensación económica recogida en el artículo 270.3 *“Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado 2 anterior, y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial”*.

También encontramos el supuesto de la resolución contractual con compensación del artículo 279.e) derivada de *“La imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato”* que estaría en relación con el artículo 280.3 donde se fijaría la compensación económica derivada de esta resolución en los siguientes términos: *"a) Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario. b) La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización”*

La principal diferencia con respecto al contrato de concesión de servicios radica en que en el artículo 279.e) nos habla de resolución derivada de disposiciones de la Administración concedente mientras que en el artículo 294.e) se habla de Administración en general.

En el caso de disposiciones generales derivadas de una Administración que no fuese la concedente debemos acudir al artículo 270.4 en busca de un desistimiento por aumento de la onerosidad pero sin compensación alguna *“El contratista tendrá derecho a desistir del contrato*

cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias: a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato. b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato”.

4.3. COMPENSACIÓN POR FUERZA MAYOR

La compensación por fuerza mayor únicamente tendrá lugar para los supuestos de contrato de obra pública y para el contrato de concesión de obra pública y de servicios, siempre y cuando tengan lugar los supuestos que se han expuesto en el apartado anterior cuando se analizó en profundidad esta causa.

En primer lugar, en el caso del contrato de obra encontramos que serían indemnizables todos aquellos perjuicios o daños sufridos por estas causas como viene recogido en el artículo 239 de la LCSP *“En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato”.*

No obstante, el Tribunal Supremo profundizó en estos daños, determinando en el Sentencia de 5 de febrero de 1986⁸³ que *“además de los perjuicios que afectan real y directamente las obras, la fuerza mayor comprende todos aquellos perjuicios que haya experimentado el contratista que puedan afectar a cuantos medios pusiera al servicio y ejecución de la obra entre los que se encuentran con una especial y singular dedicación la maquinaria empleada”.*

En el mismo sentido el Tribunal Supremo emitió la Sentencia de 10 de marzo del 2008⁸⁴ en la que consideraban que se podía considerar como daño y perjuicio ocasionado por la fuerza mayor los *“(…) daños efectivos o reales que hubiera sufrido el contratista. Por ello pueden tomarse en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante y, por ende, se incluyen tanto los perjuicios materiales que abarcan las unidades de obras ejecutadas pero destruidas, las pérdidas de instalaciones, materiales y equipos necesarios para las obras, el deterioro de la maquinaria, como los perjuicios derivados por su paralización y el coste financiero ya que todos estos conceptos se engloban en el marco legal aplicable”.*

⁸³ STS 436/1986, de 5 de febrero de 1986, Ponente: José Pérez Fernández, ECLI:ES:TS:1986:436

⁸⁴ STS 1213/2008, de 10 de marzo de 2008, N.º Recurso 5816/2005, Ponente: Celsa Pico Lorenzo, ECLI:ES:TS:2008:1213

Por otro lado, el Consejo de Estado en su Dict. 1321/2002⁸⁵, determina que quedarían excluidos de la compensación económica por fuerza mayor: el beneficio industrial, el IVA, las tasas de inspección, así como los gastos generales *“De las cantidades originalmente reclamadas por la empresa contratista, procede deducir el beneficio industrial (pues estamos ante una indemnización, no ante una retribución), el 4 por ciento de las tasas de inspección y el Impuesto sobre el Valor Añadido (pues la indemnización no está sujeta a dichos conceptos tributarios). Pero tampoco se han de indemnizar ni los "gastos generales" ni las cantidades que se contienen en el epígrafe "prórroga de ejecución de obra”*.

El cálculo de esta indemnización deberá llevarse a cabo conforme a los precios actualizados en aplicación del índice de revisión de precios pero excluyendo los gastos generales, tal y como determinada el Consejo de Estado en su Dict. 1357/2006⁸⁶ *“Finalmente, en cuanto a la valoración de los mismos, el Consejo de Estado ha entendido en otros asuntos similares al examinado que el mayor coste de ejecución tiene que indemnizarse aplicando los precios actualizados, pues la obra nueva se ha de pagar a los precios vigentes en el momento que se realice”*.

El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, determina en su artículo 146 que el encargado de comunicar estos daños sería el director de obra que contaría con un plazo de 20 días desde que tienen lugar los hechos para trasladárselos a la Administración, siendo el órgano de contratación quien decidirá a través de un expediente si cabe o no la compensación económica previa audiencia del contratista y consulta de un informe procedente de su asesoría jurídica.

En el caso del contrato de concesiones, pasamos a analizar el supuesto de la concesión de obra pública donde se recoge en el artículo 270.2 de la LCSP que *“Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239”*.

⁸⁵ Dictamen del Consejo de Estado 1321/2002, de 5 de septiembre de 2002, (Medio Ambiente) *“Solicitud indemnización por daños durante ejecución contrato "Paseo marítimo de Bayona 2º fase (Pontevedra)”*.

⁸⁶ Dictamen del Consejo de Estado 1357/2006, de 21 de septiembre de 2006 (Medio Ambiente) *“Expediente sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados durante la ejecución del contrato "Remodelación del paseo marítimo de Fuengirola, 3ª fase, 2ª parte, término municipal Fuengirola (Málaga)”*.

Para estos supuestos se aplicarán las compensaciones que aparecen en ese mismo artículo en su apartado tercero, donde se manifiesta que: *“Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”*, pudiendo ser ampliadas *“siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial”*.

En el caso de los contratos de concesión de servicios nos encontramos ante un supuesto idéntico al anterior, al recogerse en el artículo 290.4 de la LCSP que establece el supuesto de fuerza mayor para el reequilibrio económico como tercera vía junto con el *ius variandi* y *factum principis* *“Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley”*.

Finalmente las compensaciones económicas en este supuesto serán las mismas que en el caso anterior de los contratos de concesión de obra pública, estarán recogidas en este supuesto concreto en el artículo 290.5 las medidas *“(…) podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”*, pudiendo llegar a *“(…) ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”*.

4.4. COMPENSACIÓN POR RIESGO IMPREVISIBLE

El riesgo imprevisible como se analizó en el capítulo anterior no se encuentra regulado en la actual LCSP y su desarrollo ha tenido lugar a través de la jurisprudencia a lo largo de estos años.

La primera vez que en nuestro país quedó recogida esta figura fue en el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales de 1955. En los artículos 126 y sigs. de esta se consideraban como vías para retornar al equilibrio económico la revisión extraordinaria de oficio o a instancia de parte de las tarifas o de las subvenciones en casos de riesgo imprevisible.

Esta vía para retornar al equilibrio económico de la concesión quedarían recogidas de la siguiente manera en el artículo 127.2.2º.b) *“revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin*

mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión". Para llegar a esta compensación ya se establecían de forma clara una serie de condiciones que la jurisprudencia mantiene todavía a día de hoy.

La existencia de circunstancias sobrevenidas y absolutamente imprevisibles o que estas no se deriven de una mala gestión del empresario siguen siendo en la actualidad las condiciones necesarias en que la jurisprudencia incide para poder acudir a un supuesto de riesgo imprevisible.

Actualmente, en la cúspide de este principio se encuentra la primacía del interés general derivado del mantenimiento del objeto del contrato, por lo que este se ha convertido en una especie de principio de compartición de los riesgos entre la Administración y el concesionario.

La administración y el contratista se han convertido en una suerte de colaboradores con el objetivo de satisfacer el interés general y por lo tanto también de sus consecuencias cuando estas superan el álea ordinario del contrato *"Más allá de este álea ordinario, cuyos concretos términos corresponde definir al propio contrato (éste es el papel del plan económico-financiero de la concesión de obras al que se refiere el artículo 250.1.d).4 LCSP), la Administración y el concesionario asumen parcialmente el riesgo y ventura de la explotación, es decir, las consecuencias que puedan derivar de los eventos inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma"*⁸⁷.

Por lo tanto, estaríamos ante un principio que puede jugar en sentido favorable de cualquiera de las partes, bien en favor de la Administración o en el del concesionario, esto queda reflejado en el artículo 270.2 de la LCSP al incluir que *"Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda (...)"*.

Es decir, si como consecuencia de una circunstancia imprevisible se rompe el equilibrio económico del contrato, sería justo que estos riesgos se compartan entre ambas partes e incluso que la Administración pueda asumirlos de forma exclusiva con el único objetivo de apoyar al empresario para que este no abandone la concesión y pueda continuar ofreciendo el servicio en aras de un interés general, sin olvidar que la Administración no es una aseguradora que puede garantizar las pérdidas del concesionario.

⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA.E Y FERNÁNDEZ.T.R: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, página 797.

Finalmente, enfatizar en que este punto de vista puede resumirse en el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de diciembre de 2019⁸⁸ en un supuesto de ruptura del equilibrio económico de un contrato de concesión de servicio de ITV donde entendió que *“Ciertamente, aunque solo se ha aplicado esta doctrina en relación con la ruptura del equilibrio financiero operando en favor del contratista, no puede dejar de considerarse que ha de operar también a favor de la Administración, que representa el interés general, y por lo tanto de los usuarios del servicio (...)”*.

4.5. LA REVISIÓN DE PRECIOS

La revisión de precios es uno de los mecanismos para el reequilibrio económico, siendo una de sus principales características que esta nace “ex contractu” y no “ex lege”, ya que para que esta pueda tener efecto ha tenido que ser recogida entre las partes dentro de los Pliegos del contrato.

En un primer momento la revisión de precios se creó para la figura del contrato de obras. No obstante, en la actualidad el número de supuestos se amplió hasta encontrar el actual artículo 103.2 de la LCSP en el que se recoge que *“ (...) la revisión periódica y predeterminada de precios sólo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado”*.

Este mecanismo sirve por lo tanto para reequilibrar económicamente un contrato cuando tengan lugar unas circunstancias previsibles en el momento en que se perfecciona este, estando entre estas causas por ejemplo un aumento de los costes de los materiales o un posible aumento del precio de la energía, tal como viene recogido en el artículo 103.8 de la LCSP *“Los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas”*.

La revisión de precios tiene una serie de características básicas que la configuran. En primer lugar, hay que destacar que esta no es un derecho del que goce el contratista, ya que se configura como una prerrogativa de la Administración que puede ejercer o no.

⁸⁸ STS 3794/2016, de 12 de diciembre de 2019, N° Recurso 1558/2016, N° Resolución 1703/2019, Ponente:Rafael Fernández Valverde, ECLI:ES:TS:2019:3794

La aplicación de la revisión de precios requiere de tres requisitos que en este caso no se pueden dar de forma alternativa, sino que deben cumplirse todos. Estos requisitos vendrían recogidos en el Dictamen del Consejo de Estado 85/1997⁸⁹ “a) que la inclusión de aquella cláusula se acuerde por la Administración antes del anuncio de la licitación en resolución motivada. b) que la inclusión se materialice precisamente en pliego de condiciones particulares y económicas. c) que la cláusula de revisión se establezca expresamente para cada contrato”.

Finalmente, la Ley de Contratos del Sector Público ha llevado a cabo una limitación más a la revisión de precios periódica y predeterminada, ya que el artículo 103.2 únicamente permite su aplicación a los contratos de obras, suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. No obstante el artículo 103.4 solo permite esta revisión si se ha llevado a cabo la ejecución mínima del 20% del contrato y además haya transcurrido al menos un año desde que este se formalizó.

Además de la anterior limitación también añade en el párrafo segundo del artículo 103.2 que habría una serie de materias excluidas de su aplicación “No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa”.

La nueva Ley 11/2023, de 8 de mayo de 2023, en la que se trasponen Directivas de la Unión Europea, ha supuesto una modificación de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con la revisión de precios, ya que ha introducido nuevos contratos susceptibles de incorporar esta vía para el reequilibrio económico.

Esta reforma viene recogida en el párrafo tercero del artículo 103.2 que dice que “No obstante, previa justificación en el expediente, podrá admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base

⁸⁹ Dictamen del Consejo de Estado 85/1997, de 16 de octubre de 1997 (Fomento) “Expte. Relativo a la anulación de la Cláusula de Actualización de Precios inserta en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato de Asistencia Técnica”.

de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto”.

Finalmente, es necesario mencionar el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, donde se planteaba la posibilidad de una revisión extraordinaria de los precios como consecuencia de la subida de las materias primas derivada de la inflación. Esta revisión tendría lugar en los contratos de obra pública que no incluían en sus pliegos esta revisión o en aquellos en que sí estando reconocida no habían transcurrido los dos años legalmente establecidos.

5. CONCLUSIONES

La contratación pública se encuentra sometida a una gran rigidez como consecuencia en primer lugar de la invariabilidad de lo formalizado en los contratos conforme al artículo 1091 del Código Civil y en segundo lugar, por la asunción del riesgo y ventura durante la ejecución de este por parte del empresario con base en lo establecido en el artículo 195 de la LCSP. Estos dos principios se mantienen robustos e inalterables al transcurso del tiempo, no obstante, en los contratos de larga duración sus efectos se ven aminorados por la teoría del reequilibrio económico cuyo principal objetivo es retornar al *statu quo* previo al surgimiento de dicha eventualidad, ya que en caso contrario se podría poner en peligro tanto la finalización del contrato como el interés general.

Estas situaciones de desequilibrio económico han podido tener lugar como consecuencia de una intervención directa de la Administración mediante el *ius variandi* o de forma indirecta a través del *factum principis*, además también se encuentran las derivadas de circunstancias imprevisibles como son las causas de *fuera mayor*. Si el caso concreto no ha tenido encaje en ninguno de los supuestos anteriores, siempre le quedaría la opción de acudir al mal llamado cajón de sastre o teoría del riesgo imprevisible “*cláusula rebus sic stantibus*”.

El desarrollo de este trabajo ha tenido como objetivo tanto el análisis de todas estas causas como las distintas vías para reequilibrar el contrato en cada una de estas. Con base en todo lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

El *ius variandi* consiste en una prerrogativa de la Administración por la que se pueden modificar los contratos de forma unilateral siempre que esta alteración se encuentre sometida a la LCSP y al interés general.

Estas modificaciones pueden ser de varios tipos: (i) Las recogidas en los pliegos del contrato y que se podrán alterar hasta un máximo del 20% del precio inicial sin necesidad de consultar al contratista; (ii) Las que no vienen recogidas en estos pliegos, en las que se podrán

añadir obras, suministros o servicios en circunstancias normales o extraordinarias siempre que estas no sean sustanciales y no excedan el 50% del precio inicial; (iii) En el resto de casos sería necesario acudir a la resolución del contrato y la licitación de uno nuevo.

En resumen, hasta una modificación del 20% del precio inicial la Administración puede actuar sin consentimiento del empresario, del 20% hasta el 50% por regla general, el contratista podría aceptar la modificación pero no estaría obligado y a partir de este 50% tendría lugar la resolución del contrato.

Un aspecto relevante sería la opinión de los Tribunales en relación con la utilización del *ius variandi* para la modificación del precio del contrato, al entender que esta vía es una revisión de precios encubierta y por lo tanto un fraude de ley. No obstante, la Audiencia Nacional ha abierto de nuevo esta vía siempre y cuando actúe en favor de la Administración.

En relación con las compensaciones derivadas de la utilización de esta prerrogativa encontramos el caso del contrato de concesión pública que cubriría tanto el lucro cesante como el daño emergente a través de la modificación de las tarifas o las retribuciones que deben de ser abonadas por la Administración, la reducción del plazo de ejecución de la concesión o la modificación de cláusulas económicas del contrato.

Finalmente, en el caso del contrato de obra, si las unidades de obra se reducen por la modificación, no habrá lugar a ninguna compensación, mientras que si estas aumentan los precios serán fijados por la Administración previa consulta del contratista.

El *factum principis* conlleva que una disposición de carácter general tanto de la Administración concedente como de la no concedente provoque una alteración grave en la economía del contrato. La LCSP regula de forma muy fragmentada este supuesto, refiriéndose únicamente al contrato de concesión.

La numerosa jurisprudencia analizada en este apartado ha mostrado de forma clara sus características: (i) Debemos encontrarnos ante una medida económica imperativa de obligado cumplimiento; (ii) Debe existir una relación directa entre la disposición y el perjuicio ocasionado; (iii) Debe tener lugar de forma imprevisible una vez formalizado el contrato y (iv) No pueden existir otras vías para el reequilibrio económico.

Para profundizar en esta causa, se llevó a cabo un análisis tanto de la jurisprudencia como de la doctrina incidiendo en casos generales. Por regla general, aún conociendo que su aplicación es excepcional, se observó *factum principis* cuando existía un grado alto de imprevisión, un aumento claro de la onerosidad o cuando simplemente su cumplan todas las

características. Por el contrario, se excluyen de esta vía: los cambios legislativos, las causas externas como compromisos internacionales, disposiciones en materia de Seguridad Social o encarecimiento de la mano de obra.

Finalmente, en relación con las vías para reequilibrar el contrato habría que distinguir si la disposición deriva de una Administración concedente, estableciendo para este caso la modificación de las tarifas o de la retribución abonada por la Administración, la reducción del plazo de la concesión o la modificación de cláusulas administrativas. Por el contrario, si estamos ante una Administración no concedente, las únicas vías serían un desistimiento por aumento de la onerosidad durante la ejecución del contrato sin ningún tipo de compensación o la resolución del contrato con indemnización como consecuencia de una insostenibilidad de inicio.

La Fuerza Mayor únicamente puede tener lugar en los contratos de obra y en los de concesión, tanto de obra pública como de servicios. Sus características han quedado definidas en reiterada jurisprudencia: estas serían la imprevisibilidad, la inevitabilidad, la ajeneidad y la ruptura total del equilibrio económico del contrato.

La LCSP regula en su artículo 239.2 los únicos supuestos en los que se podría hablar de esta causa, ya que no admite la aplicación por analogía. Del análisis de estos se han alcanzado las siguientes conclusiones: (i) Incendios por electricidad atmosférica, donde se matiza que no deben de ser meras averías comunes para considerarse incluidos en este supuesto; (ii) Catástrofes Naturales, sería necesario llevar a cabo un análisis casuístico ya que se considera determinante la importancia cuantitativa de los hechos, así como su periodicidad ya que si es un acontecimiento que ocurre cíclicamente no se podría considerar como tal. En el caso de los temporales de lluvia e inundaciones un elemento esencial es la declaración de zona catastrófica; (iii) Periodos de Guerra o Violentos, en el que la jurisprudencia ha incluido las alteraciones graves del orden público y (iv) Casos Excluidos, en el que se encontrarían las huelgas al entender los Tribunales que se encuentran incluidas dentro del riesgo y ventura del contratista.

Finalmente, en relación con la compensación en el caso del contrato de obra se indemnizarán cuantos medios el contratista pusiera para la ejecución de esta, reconociendo el Tribunal Supremo de forma expresa el derecho a ser indemnizado tanto del daño emergente como del lucro cesante. No obstante, el Consejo de Estado matizó aquellos que en ningún caso podían ser compensados: los gastos generales, el IVA, las tasas de inspección y el beneficio industrial.

En el caso del contrato de concesión, se prevé la modificación de las tarifas o de la retribución a abonar a la Administración, la reducción del periodo de ejecución de la concesión, la modificación de las cláusulas económicas, e incluso ampliar el periodo de ejecución por un máximo del 15% del fijado inicialmente.

El riesgo imprevisible sería el cajón de sastre para aquellos casos que no encajasen en el resto de causas. Sus características serían la imprevisibilidad, la inevitabilidad, la ajeneidad y la ruptura total y profunda del equilibrio económico del contrato. Nos encontramos ante el supuesto más casuístico de todos y por lo tanto donde más importante será la correcta justificación de estas circunstancias.

En el desarrollo del trabajo se llevó a cabo el análisis de la jurisprudencia en situaciones distintas donde se alcanzaron las siguientes conclusiones. En primer lugar, en las circunstancias de mercado, se entendió que no se daba este riesgo imprevisible como consecuencia de la liberalización de los precios, por la naturaleza cíclica de las crisis (que provocaba que estas situaciones quedasen dentro del riesgo y ventura) o simplemente por considerar que se encontraban ante circunstancias derivadas de la evolución general de la economía. En segundo lugar, de las causas jurídicas o administrativas se desprende que, las subidas salariales, el incremento de la mano de obra o el simple error en la oferta o estudios previos no se puede considerar como un caso riesgo imprevisible.

En relación con su compensación, matizar que esta no se encuentra regulada por la LCSP, por lo tanto nos encontraríamos ante una copartición de estos riesgos entre ambas partes con el objetivo de que prevalezca siempre el interés general. Las vías de compensación solo vendrían recogidas en el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales de 1955 a través de la revisión de tarifas y subvenciones.

En último lugar se encontraría la revisión de precios. Estaríamos ante una clara prerrogativa de la Administración ya que es esta quien decide si esta cláusula es incorporada o no en el contrato. En ella se establecen una serie de circunstancias previsibles que en caso de tener lugar darían pie a que los contratos recogidos expresamente en la LCSP o aquellos que tengan un periodo de recuperación de la inversión igual o superior a 5 años acudan a esta.

Matizar a su vez, que los requisitos para poder acudir a la revisión de precios tras las modificaciones derivadas en la Ley 11/2023, de 8 de mayo, serán los de haber ejecutado al menos el 20% del contrato y haber transcurrido al menos 1 año desde la formalización de este.

En definitiva, después de desarrollar el trabajo en su conjunto, alcanzo la conclusión de que la legislación en materia de contratación pública se encuentra ampliamente fraccionada de forma que no permite un análisis claro y conciso de las circunstancias que llevan al reequilibrio económico así como a sus compensaciones. Esta ausencia de clarividencia supone dejar al arbitrio de los Tribunales la interpretación casuística de cada supuesto y por lo tanto nos lleva a una falta de seguridad jurídica en la actualidad y a numerosos conflictos en el futuro como consecuencia de la falta de capacidad de esta legislación para adaptarse a las nuevas dificultades.

6. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Memento Práctico de Contratación Pública: Abogacía del Estado*, Lefebvre, Madrid, 2021.

ALBENDEA SOLÍS. I, Y LEÓN GONZÁLEZ. A., “Capítulo XLIV: El reequilibrio económico de los contratos públicos”, en la obra colectiva dirigida por GAMERO CASADO. E. Y GALLEGO CÓRCOLES.I.: *Tratado de Contratos del Sector Público Tomo III*. Edición 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, págs. 2313 y sigs.

ARANZADI INSTITUCIONES.: “Buscador de Jurisprudencia”. Disponible en: <https://insignisaranzadidigitales.uniovi.idm.oclc.org/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true>. Último acceso el 20 de enero de 2024.

BERNAL BLAY, M.A: *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas concesionales*, Edición 1ª, Civitas, Pamplona, 2010.

BOMBILLAR SÁENZ. F.M., “Lección 4: Contrato de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro, servicios y contratos mixtos”, en la obra colectiva dirigida por BOMBILLAR SÁENZ.F.M., TORRES LÓPEZ. M.A., VILLALBA PÉREZ.F.: *Nociones Básicas de Contratación Pública*. Edición 4ª, Tecnos, Madrid, 2022, págs. 121 y sigs.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.: “Cendoj: Centro de Documentación Judicial”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> Último acceso el 22 de enero de 2024.

GARCÍA DE ENTERRÍA.E Y FERNÁNDEZ.T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I*. Edición 1ª, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ. J.M. Y BOCOS REDONDO. P.: *Contratación del Sector Público Local “Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público” Tomo I*. Edición 4ª, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ. J.M. Y BOCOS REDONDO. P.: *Contratación del Sector Público Local “Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público” Tomo II*. Edición 4ª, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

PARADA VÁZQUEZ.R.: *Derecho Administrativo II “Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa”*. Edición 1ª, Dykinson, Madrid, 2019.

ROÁS MARTÍN. P.L., “Capítulo VIII: El control jurisdiccional de la contratación pública, aspectos problemáticos”, en la obra colectiva dirigida por GAMERO CASADO.E. Y GALLEGO CÓRCOLES.I.: *Tratado de Contratos del Sector Público Tomo I*. Edición 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, págs. 467 y sigs.

SÁNCHEZ MORÓN.M.: *Derecho Administrativo Parte General*. Edición 14ª, Tecnos, Madrid, 2018.

7. NORMATIVA CITADA

7.1. DIRECTIVAS EUROPEAS

Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios”.

Directiva Europea 2014/23/EU, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, “Relativa a la adjudicación de contratos de concesión”.

7.2. LEYES

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Ley 11/2023, de 8 de mayo.

Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

7.3. REGLAMENTOS

Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955.

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

8. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

8.1. JURISPRUDENCIA

8.1.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 10 de octubre de 2009, Asunto C-206/08 (Sala tercera), ECLI:EU:C:2009:540, Partes: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) contra Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH.

8.1.2. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

STS de 30 de diciembre de 1983, Ponente: Jaime Rodríguez Hermida, RJ: 1983/6843 (Aranzadi).

STS de 31 de enero de 1984. Recurso de 26 de junio de 1981. Ponente Eugenio Díaz Eimil.

STS de 20 de noviembre de 1985, Ponente: José María Reyes Monterreal, RJ: 1985/5566 (Aranzadi).

STS 436/1986, de 5 de febrero de 1986, Ponente: José Pérez Fernández, ECLI:ES:TS:1986:436

STS 2081/1986, de 25 de abril de 1986, Ponente: Jose María Reyes Montreal, ECLI:ES:TS:1986:2081

STS 13740/1987 de 26 de junio de 1987. N.º recurso 196/1985. Ponente: Pedro Antonio Mateos García. ECLI:ES:TS:1987:13740

STS 13180/1988, de 16 de septiembre, N.º Recurso 15049/1983, Ponente: Benito Santiago Martínez Sanjuan, ECLI:ES:TS:1988:13180

STS 9838/1990, de 27 de diciembre de 1990, Ponente: Benito Santiago Martínez Sanjuan, ECLI:ES:TS:1990:9838

STS de 12 de julio de 1995, N.º Recurso 8756/1992, Ponente: Eladio Escusol Barra, RJ: 1995/5888 (Aranzadi).

STS de 24 de octubre de 1995, N.º Recurso 4048/1991, Ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero, RJ:1995/7879 (Aranzadi).

STS 1628/1999, de 9 de marzo de 1999, N.º Recurso 7894/1992, Ponente: Gustavo Lescure Martín, ECLI:ES:TS:1999:1628

STS 2956/1999, de 30 de abril de 1999, N.º Recurso 7196/1992, Ponente: Manuel Goded Miranda, ECLI:ES:TS:1999:2956

STS 3240/1999, de 11 de mayo de 1999, N.º Recurso 5130/1993, Ponente: Fernando Martín González, ECLI:ES:TS:1999:3240

STS 3485/1999, de 20 de mayo de 1999, N.º Recurso 6929/2003, Ponente: Gustavo Lescure Martín, ECLI:ES:TS:1999:3485

STS 1291/2001, de 23 de febrero de 2001, N.º Recurso 3856/1995, Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén, ECLI:ES:TS:2001:1291

STS 7878/2003, de 9 de diciembre de 2003, N.º Recurso 4361/1998, Ponente: Manuel Goded Miranda, ECLI:ES:TS:2003:7878

STS 2573/2004 de 20 de abril de 2004, N.º Recurso 6763/1998, Ponente: Juan José González Rivas, ECLI:ES:TS:2004:2573

STS 5707/2004, de 16 de septiembre de 2004, N.º Recurso 6721/2001, Ponente: Mariano Baena del Alcázar, ECLI:ES:TS:2004:5707

STS 4627/2006, de 4 de julio de 2006, N.º Recurso 9890/2003, Ponente: Santiago Martínez-Vares García, ECLI:ES:TS:2006:4627

STS 1213/2008, de 10 de marzo de 2008, N.º Recurso 5816/2005, Ponente: Celsa Pico Lorenzo, ECLI:ES:TS:2008:1213

STS 5080/2009, de 23 de junio. N.º Recurso 3523/2007. Ponente: Enrique Lecumberri Marti. ECLI:ES:TS:2009:5080

STS 6531/2009, de 27 de octubre de 2009, N.º Recurso 763/2007, Ponente: Antonio Marti García, ECLI:ES:TS:2009:6531

STS 3125/2011, de 16 de mayo de 2011, N.º Recurso 566/2008, Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva, ECLI:ES:TS:2011:3125

STS 4390/2012, de 7 de junio de 2012, N.º Recurso 2050/2009, Ponente: Juan José González Rivas, ECLI:ES:TS:2012:4390

STS 8334/2012, de 3 de diciembre de 2012, N.º Recurso 577/2011, Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén, ECLI:ES:TS:2012:8334

STS 1597/2015, de 20 de abril de 2015, N.º Recurso 54/2013, Ponente: Celsa Pico Lorenzo, ECLI:ES:TS:2015:1597

STS 3794/2016, de 12 de diciembre de 2019, N.º Recurso 1558/2016, N.º Resolución 1703/2019, Ponente:Rafael Fernández Valverde, ECLI:ES:TS:2019:3794

STS 2589/2019, de 16 de julio de 2019, N.º Recurso 308/2016, N.º Resolución 1077/2019, Ponente: Inés María Huerta Garicano, ECLI:ES:TS:2019:2589

STS 3124/2023, de 4 de julio de 2023, N.º Recurso 5965/2020, N.º Resolución 912/2023, Ponente: Jose María del Riego Valledor, ECLI:ES:TS:2023:3124

8.1.3. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

SAN 5811/2002, de 22 de octubre de 2002, N.º Recurso 497/2001, Ponente: Elisa Veiga Nicole, ECLI:ES:AN:2002:5811

SAN 4711/2022, de 10 de octubre de 2022, N.º Recurso 19/2022, Ponente: Ana Isabel Gómez García, ECLI:ES:AN:2022:4711

8.1.4. Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

STSJ Madrid 23963/2009, de 22 de mayo de 2009, N.º Recurso 1022/2002, N.º Resolución 557/2009, Ponente: Rafael María Estévez Prendas, ECLI:ES:TSJM:2009:23963

STSJ Madrid 8203/2011, de 5 de julio de 2011, N.º Recurso 193/2011, N.º Resolución 10269/2011, Ponente: María del Pilar Maldonado Muñoz, ECLI:ES:TSJM:2011:8203

STSJ Madrid 9054/2014, de 16 de mayo de 2011, N.º Recurso 771/2012, N.º Resolución 399/2014, Ponente: María del Pilar Maldonado Muñoz, ECLI:ES:TSJM:2014:9054

STSJ Baleares 172/2015, de 27 de febrero de 2015, N.º Recurso 285/2011, Ponente: María del Carmen Frigola Castellón, ECLI:ES:TSJBAL:2015:172

STSJ Galicia 6241/2016, de 28 de julio de 2016, N.º Recurso 4223/2016, N.º Resolución 497/2016, Ponente: Diana Santiago Iglesias, ECLI:ES:TSJGAL:2016:6241

STSJ Madrid 14195/2016, de 28 de diciembre de 2016, N.º Recurso 426/2013, N.º Resolución 408/2016, Ponente: Rafael María Estévez Prendas, ECLI:ES:TSJM:2016:14195

8.2. DOCTRINA

8.2.1. Dictámenes

Dictamen del Consejo de Estado N.º 3725, de 3 de noviembre de 1948.

Dictamen del Consejo de Estado 42.179, de 17 de mayo de 1979.

Dictamen del Consejo de Estado 50.688, de 17 de junio de 1987.

Dictamen del Consejo de Estado 50.293, de 5 de noviembre de 1987.

Dictamen del Consejo de Estado 31/1992, de 13 de febrero de 1992 (Obras Públicas y Transporte)

Dictamen del Consejo de Estado 32/1992, de 20 de febrero de 1992 (Obras Públicas y Transporte)

Dictamen del Consejo de Estado 632/1994, de 19 de mayo de 1994 (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo)

Dictamen del Consejo de Estado 85/1997, de 16 de octubre de 1997 (Fomento)

Dictamen del Consejo de Estado 99/1998, de 14 de mayo de 1998 (Medio Ambiente)

Dictamen del Consejo de Estado 1075/2001, de 26 de julio de 2001 (Fomento)

Dictamen del Consejo de Estado 399/2002, de 21 de marzo de 2002 (Fomento)

Dictamen del Consejo de Estado 1321/2002, de 5 de septiembre de 2002, (Medio Ambiente)

Dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre de 2002 (Ciencia y Tecnología)

Dictamen del Consejo de Estado 142/2003, de 20 de marzo de 2003 (Ciencia y Tecnología)

Dictamen del Consejo de Estado 2383/2003, de 24 de julio de 2003.

Dictamen del Consejo de Estado 986/2004, de 27 de mayo de 2004 (Fomento)

Dictamen del Consejo de Estado 403/2006, de 4 de mayo de 2006 (Cultura)

Dictamen del Consejo de Estado 1357/2006, de 21 de septiembre de 2006 (Medio Ambiente)

Dictamen del Consejo de Estado 1571/2006, de 11 de octubre de 2006 (Medio Ambiente)

Dictamen del Consejo de Estado 1969/2011, de 21 de mayo de 2011 (Medio Ambiente y Medio Rural y Marino)

Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 279/2012, de 21 de noviembre de 2012.

8.2.2. Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 436/2022, de 7 de abril de 2022, N.º Recurso 298/2022 (Principado de Asturias).

8.2.3. Recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública

Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018.

8.2.4. Informes de la Junta de Contratación Pública del Estado

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 56/2008, de 31 de marzo de 2009.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 61/2008, de 31 de marzo de 2009.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 13/2023, de 18 de julio de 2023.

8.2.5. Acuerdos de Tribunales Administrativos de Contratos Públicos

Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 51, de 4 de septiembre de 2014

8.2.6. Decisiones de la Oficina Estadística Europea (EUROSTAT)

Decisión 18/2004, de 1 de febrero, sobre el tratamiento contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privadas.