



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Las Garantías del Contratista

Presentado por:

Jorge Esteban López

Tutelado por:

Bernard-Frank Macera Tiragallo

Valladolid, 28 de Septiembre de 2021

RESUMEN:

Las garantías del contratista hacen referencia a los mecanismos que la ley establece para la protección del administrado. Durante la ejecución del contrato se producen hechos que modifican el equilibrio económico del contrato y para su reequilibrio económico se acude a las garantías.

En el Derecho Administrativo, la Administración se halla en una situación de superioridad frente al empresario y, por ende, el contratista es un administrado y, como administrado, está en situación de inferioridad ante la Administración.

PALABRAS CLAVE:

Contrato, administración, garantías, factum principis, ius variandi, riesgo imprevisible, reequilibrio económico.

ABSTRACT:

Contractor guarantees refer to the mechanisms established by law for the protection of the administrator. During the execution of the contract, events occur that modify the economic balance of the contract and guarantees are used for its economic rebalancing.

In Administrative Law, the Administration is in a situation of superiority over the employer and, therefore, the contractor is an administrator and, as an administrator, is in a situation of inferiority to the Administration.

KEY WORDS:

Contract, administration, guarantees, factum principis, ius variandi, riesgo imprevisible, economic rebalancing.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA MATERIA ESPAÑOLA.....	7
2. GARANTÍAS DEL CONTRATISTA.....	12
2.1. Factum Principis.....	12
2.1.1. <i>Origen y evolución normativa.....</i>	<i>12</i>
2.1.2. <i>Concepto.....</i>	<i>14</i>
2.1.3. <i>Fundamento.....</i>	<i>16</i>
2.1.4. <i>Alcance del Factum Principis.....</i>	<i>20</i>
2.1.5. <i>Compensación.....</i>	<i>22</i>
2.1.6. <i>Derecho de la Unión Europea.....</i>	<i>25</i>
2.2. Ius Variandi.....	27
2.2.1. <i>Origen y evolución normativa.....</i>	<i>27</i>
2.2.2. <i>Concepto.....</i>	<i>29</i>
2.2.3. <i>Régimen jurídico.....</i>	<i>31</i>
2.2.4. <i>Fundamento.....</i>	<i>33</i>
2.2.5. <i>Alcance.....</i>	<i>35</i>
2.2.6. <i>Compensación económica por el ejercicio del ius variandi.....</i>	<i>39</i>
2.2.7. <i>Límites.....</i>	<i>42</i>
2.3. Hecho Imprevisible.....	45
2.3.1. <i>Origen y evolución normativa.....</i>	<i>45</i>
2.3.2. <i>Concepto.....</i>	<i>46</i>
2.3.3. <i>Régimen jurídico.....</i>	<i>48</i>

2.3.4. <i>Fundamento</i>	49
2.3.5. <i>Alcance</i>	52
2.3.6. <i>Compensación</i>	54
3. COMO SE ARTICULAN LAS GARANTÍAS DEL CONTRATISTA: LA REVISIÓN DE PRECIOS.	56
4. CONCLUSIONES.....	61
5. BIBLIOGRAFÍA.....	64

LISTA DE ABREVIATURAS:

- Art: Artículo.
- CC: Código Civil, de 24 de julio de 1889.
- CE: Constitución Española, de 31 de octubre de 1978.
- LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
- LCCOP: Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública.
- LCE: Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.
- LCSP 2007: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- LCSP 2017: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- RCCL: Decreto de 9 de enero de 1953 por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.
- RSCL: Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

- TRLCAP: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- TRLCSP 2011: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- TS: Tribunal Supremo
- UE: Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA MATERIA ESPAÑOLA.

La relación contractual, por definición, es una relación igualitaria en el Derecho Civil. Sin embargo, en el Derecho Administrativo, la Administración se halla en una situación de superioridad frente al empresario y, por ende, el contratista es un administrado y, como administrado, está en situación de inferioridad ante la Administración.

El principio del equivalente económico tiene un origen diverso, aunque es con el Arrêt Cie General Francaise des Tramways de L. Blum, de 11 de marzo del 1910 del Consejo de Estado francés donde se acepta por primera vez. Estamos ante una resolución del Estado francés (Perfecto de Bouches-du-Rhône) efectuando una modificación del horario en sentido opuesto al contenido en el pliego de condiciones del contrato, ocasionando a la Compañía General Francesa de Tranvías a ampliar el número de tranvías que cubrían el servicio. El arrêt Cie General Francaise des Tramways hace alusión, únicamente, a las concesiones de servicio, aunque, más adelante, el Consejo de Estado francés lo aplicaría al resto de contratos administrativos.

VILLAR PALASÍ indica que estamos ante una garantía para el contratista frente a los poderes desproporcionados de la Administración que propicia la equidad entre las ventajas prometidas y las cargas impuestas, permitiendo la equivalencia honesta entre el beneficio del concesionario y sus responsabilidades. Es decir, estamos ante una declaración de justicia y equidad¹.

El principio del equivalente económico se asienta en la inestabilidad que supone la posición de superioridad de la Administración en relación con el empresario, pudiendo la administración incumplir el contrato sin que procedan las consecuencias del Art. 1124 del CC. Ahora, donde se observa la inferioridad del empresario, surge el principio del equivalente económico para exigir una obligación a la Administración con el objetivo de reequilibrar la ecuación financiera del contrato en el momento en que se rompa su economía.

¹ VILLAR PALASÍ, J.L., “Apuntes de Derecho Administrativo II. Parte General”, pp. 174-185.

ARIÑO ORTIZ exponía que la indemnización tiene una naturaleza compensatoria por lo que no tenemos que emplear las reglas de resarcimiento de daños y perjuicios del Art. 1101 y siguientes del CC, puesto que se aplicarían las reglas específicas de la legislación administrativa porque, no está vulnerando con sus obligaciones como tal, sino que está cumpliendo con “una cláusula implícita en todo contrato: la de que la Administración no puede ser obligada al *facere* y puede, en todo caso, cumplir por equivalente, sin que su cumplimiento en esta forma constituya un acto ilícito”².

En relación con las técnicas de equilibrio económico, la doctrina del TS realiza una explicación extensa que contiene tanto el *ius variandi* y la doctrina de la imprevisión, como el *factum principis*. De tal forma que en el momento en que no haya previsión en los pliegos del contrato, estas técnicas serán las únicas causas que posibilitaran reequilibrar económicamente el contrato³.

Estas técnicas pueden catalogarse en función del origen de la mayor onerosidad, consiguiendo imputarse a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*), o bien a circunstancias ajenas a la Administración (riesgo imprevisible o fuerza mayor).

El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, es la primera norma del principio del equivalente económico del contrato. El Art. 51 del RCCL, regulado en el Capítulo V que lleva por nombre el cumplimiento del contrato, declara el contrato inalterable desde su perfección y solo admite la modificación si se celebra una nueva licitación. Por otro lado, el Art. 54 del RCCL, regulado en el mismo Capítulo, reconoce lo contrario cuando existan causas imprevisibles e inevitables (riesgo imprevisible) o bien, cuando razones de interés público motiven el cambio (*ius variandi*). Finalmente, el Art. 57 RCCL reconoce el principio de riesgo y ventura, siendo obligatorio excepto en casos de fuerza mayor.

² ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, pp. 242-244.

³ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., “La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 130-131.

Desde el año 1953 se puede observar el riesgo imprevisible, el *ius variandi* y la fuerza mayor, pero solamente la fuerza mayor contempla, expresamente, la compensación. Así se desprende del Art. 54 del RCCL que indica que “por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, podrán las corporaciones modificar las prestaciones de obra o servicio contratadas, previo informe de los Organismo técnicos de las mismas y de la Comisión provincial de Servicios técnicos, siempre que no altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte...”. Es decir, en este supuesto no se exige compensar al contratista, mientras que en el caso de fuerza mayor si se contempla dicha compensación.

No obstante, indicar que con anterioridad al RCCL, ya se había hecho referencia al riesgo imprevisible en el Arrêt Gaz de Bordeaux de 30 de marzo de 1916 del Consejo de Estado Francés.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, regula el *ius variandi* y el riesgo imprevisible para las concesiones. La diferencia ente el RSCL y el RCCL radica en que el RSCL contempla el derecho a reclamar una compensación como consecuencia de las dos circunstancias mencionadas. Para determinados autores, el RSCL tiene una gran importancia en la configuración del principio del equivalente económico, probablemente, por la exigencia de compensación de forma expresa⁴.

La Ley de Contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, hace referencia al *ius variandi* y la fuerza mayor. El *ius variandi*, constantemente, ha sido reconocido en nuestro derecho, si bien esto no determina que el ejercicio realizado por las Administraciones Publicas haya sido acertado, porque en diversos casos acudieron al *ius variandi* en perjuicio de la libre competencia⁵. El Art. 48 de la LCE admite alterar las bases del contrato de acuerdo a los límites de la Ley y el Reglamento, a lo que debemos añadir las previsiones del Art. 74.2 de la LCE. Este último artículo permite a la Administración alterar por razones de interés público las características del servicio y las tarifas, teniendo que

⁴ GAMERO CASADO, E., y GALLEGRO CORCOLES I., “Tratado de Contratos del Sector Público”, Tomo I, Tirant lo Blanch, pp. 2284-2289.

⁵ GAMERO CASADO, E., y GALLEGRO CORCOLES I., “Tratado de Contratos del Sector Público”, Tomo I, Tirant lo Blanch, p. 2292.

indemnizar al empresario cuando estas alteraciones afecten al régimen financiero del contrato. En relación con la fuerza mayor va a perdurar, prácticamente, permanente a lo largo del tiempo, ya que solamente experimentara variaciones en el carácter cerrado de la lista de supuestos (Art. 46.6 de la LCE).

La Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas regula únicamente el *ius variandi* y la fuerza mayor. Si bien, hay autores que empiezan a reconocer el *factum principis* en la causa de resolución del Art. 168.d) de la LCAP que establecía “la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato”⁶. Esta estimación se regula en el Art. 170.4 que indica que, para ciertos supuestos, entre los que está el Art. 168.d), la Administración compensara al contratista los daños y perjuicio causados incluyendo los beneficios futuros que dejó de obtener.

En la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, el legislador recoge, por primera vez, un artículo que hace mención al mantenimiento del equilibrio económico en la concesión de obra pública y regula de modo separado el *ius variandi* (Art. 248.a LCCOP) y el *factum principis* (Art. 248.b LCCOP). El Art. 248.b de la LCCOP es la primera declaración legislativa del *factum principis*, tendencia que se va a repetir tanto en la LCSP del 2007 (Arts. 241.2.b y 258.4.b) como en el TRLCSP del 2011 (Arts. 258.2.b y 282.a.b). Asimismo, estos preceptos contienen:

- El derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. En la LCSP del 2007 se regula en el Art. 228.b), mientras que en el TRLCSP del 2011 en el Art. 245.b).
- La modificación del contrato como una prerrogativa de la Administración. En la LCSP del 2007 se regula en el Art. 194, mientras que en el TRLCSP del 2011 en el Art. 210.

⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 14ª ed., p. 754.

En la actualidad, el texto legislativo vigente es la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Esta Ley hace hincapié en las técnicas del factum principis, ius variandi y riesgo imprevisible, dejando al margen a la fuerza mayor debido a su invariabilidad:

- Factum principis: se regula en la LCSP del 2017 de una manera más restrictiva con respecto al factum principis que se regulaba anteriormente. Además, es la segunda vez que el legislador lo regula en un texto normativo. Dicha técnica de equilibrio económico se regula en el Art. 270.2.b) de la LCSP del 2017.
- Ius variandi: es recogido en la LCSP del 2017 de una manera más flexible y limitada que la regulada en el TRLCSP del 2011. Esto se debe, en parte, a las Directivas europeas.
- Riesgo imprevisible: la LCSP del 2017 es la primera ley que positiviza la teoría del riesgo imprevisible en una norma estatal. Se regula en el Art. 205.2.b de dicha Ley.

2. GARANTÍAS DEL CONTRATISTA.

2.1. Factum Principis.

2.1.1. Origen y evolución normativa.

El factum principis tiene su origen en la jurisprudencia y doctrina francesa, señalando el profesor Cassagne que nace para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato⁷.

ARIÑO ORTIZ ubica el origen del factum principis en el arrendamiento de rentas. En sus orígenes se tendía a rechazar la utilización de esta técnica de reequilibrio económico por la importancia que tenía el principio de riesgo y ventura del empresario, lo que se deriva de la Ley 2 del Cuaderno de las Alcabalas y Libro IX, Título IX, Ley 1ª de la Nueva Recopilación. El rechazo del factum principis se justifica en tres principios:

- Principio de soluta potestas: el príncipe nunca quedará obligado de forma absoluta por los contratos que realice.
- Principio de irresponsabilidad del príncipe: no será responsable de las lesiones que cause a los súbditos, siempre que la causa de la lesión sea suficiente.
- Principio de seguridad y certidumbre de los ingresos fiscales: los arrendamientos no podían obstaculizarse porque era la fuente fundamental de recaudación del reino.

Con lo expuesto anteriormente no cabía otra posibilidad que negar la aplicación del factum principis porque cualquier actuación del Rey se podría argumentar en alguno de los principios anteriormente expuestos. No obstante, debería estar presente un interés superior que motivara sus actos y que manifestaran el ejercicio de las prerrogativas de buen gobierno que suprimían la antijuridicidad de daño y, por tanto, el deber de indemnizar.

⁷ CASSAGNE, J.C., “El contrato Administrativo”, 2ª ed., LexisNexis, Abeledo-Perrot, p. 135.

ARIÑO ORTIZ se refiere por primera vez al *factum principis* en la orden de cerrar los puertos que dicta el Rey por motivos militares impidiendo con ello el cobro de la renta durante el tiempo en que se mantiene cerrado el puerto⁸.

El reconocimiento del *factum principis* en la contratación administrativa se produce a finales del siglo XIX a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1895 relativa a la Compañía de Aguas Potables de Cádiz sobre un contrato de ampliación del puerto de Málaga. La Compañía de Aguas Potables de Cádiz, contratista, era la encargada de la ampliación del puerto de Málaga, cuya precio había aumentado notablemente al incrementarse el arancel que gravaba algunos materiales para la obra, como era la cal hidráulica. El Tribunal Supremo declaró a favor del contratista, al considerar que se había implantado un gravamen injustificado e imprevisible que causaba un enriquecimiento en beneficio de la Administración como resultado de un acto propio alejado de los cambios de mercado y que, por tanto, debía indemnizarse.

A partir de esta decisión del TS comienza una predisposición favorable a aceptar la aplicación del *factum principis* en los casos en que medidas generales e imprevisibles de carácter tributario perjudicaran al contratista⁹. Sin embargo, hubo diversas situaciones en las que se rechazaba la aplicación del *factum principis*, por no precisar en las cláusulas del contrato la acogida de esta técnica de reequilibrio económico o por no afectar al objeto del contrato de forma directa¹⁰.

Esta facultad no se regula en los textos legales hasta la Ley de 17 de julio de 1945 sobre revisión de precios en los proyectos de obras adjudicados por subasta o concurso, tal y como se contiene en la exposición de motivos “los aumentos en el coste de los elementos de los precios unitarios a tener en cuenta en las revisiones de los mismos no pueden ser

⁸ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 256.

⁹ GAMERO CASADO, E., y GALLEGU CORCOLES I., “Tratado de Contratos del Sector Público”, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2295.

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos” IEA, Madrid, 1968, p. 258.

otros que los autorizados por disposiciones de la Administración pública con eficacia bastante para ser impuestos en la ejecución de las obras contratadas por el Estado”¹¹.

El objetivo de esta Ley era igualar la posición de los contratistas que habían visto como se produce un incremento del precio de la contrata como resultado de la guerra al haber perdido diversos medios de ejecución, capital, persona... y, como consecuencia de ello, han dejado de realizar las obras. Con la publicación de la Ley de 17 de julio de 1945 se describen las notas definitorias del *factum principis*: carácter general, ajenidad al contrato e imprevisibilidad¹².

Con posterioridad a la Ley de 17 de julio de 1945, el legislador no contempla el *factum principis* hasta la Ley 13/2003 que regula el contrato de concesión de obra pública. Esta Ley regula el *factum principis* en el Art. 248.d) cuando se refiere a actuaciones de la Administración separándola de las que son consecuencia del ejercicio del *ius variandi*.

Esta línea va a continuar en la LCSP de 2007, el TRLCSP de 2011, mientras que la ley vigente, LCSP de 2017, regula el *factum principis* de manera específica para la concesión de obra pública en el Art. 270 y para la concesión de servicios en el Art. 290. No obstante, su admisión se extiende a todos los contratos públicos.

2.1.2. Concepto.

El *factum principis* es una técnica de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y ha sido calificada como una de las teorías más confusas del derecho administrativo. Esta prerrogativa surge cuando intervenciones administrativas de carácter general alteran las condiciones externas de ejecución del contrato produciendo un desequilibrio económico de las prestaciones, en perjuicio del contratista.

¹¹ Exposición de motivos de la Ley de 17 de julio de 1945 sobre revisión de los precios fijados en los proyectos de obras adjudicadas por subasta o concurso.

¹² GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CORCOLES I., “Tratado de Contratos del Sector Público”, Tomo I, Tirant lo Blanch, p. 2296.

Es decir, podría definirse el *factum principis* como aquella modificación indirecta del contrato que conlleva consecuencias directas en su economía. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado indico que “el *factum principis* consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste”¹³.

ARIÑO ORTIZ define el *factum principis* como una manifestación de la potestad ordenatoria general de la economía del Estado¹⁴.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 61/08 de 31 de marzo de 2009, define el *factum principis* como la “alteración impuesta por una autoridad ajena a la relación concesional”.

El *factum principis* fue normalizado por el Consejo de Estado en su Dictamen 3725/1948, de 3 de noviembre, requiriendo para su calificación los siguientes caracteres:

- Deben tratarse de un acto de una medida económica de carácter general. Las modificaciones específicas y concretas de carácter técnico siguen un régimen especial.
- Debe tratarse de un acto de autoridad que nazca del poder general de imperium. Este acto de autoridad no funcionara cuando de la actuación de la Administración se haya originado por circunstancias ajenas a su poder de decisión.
- El acto emanado de la Administración debe tener eficacia suficiente para imponerse en la ejecución de los contratos. Para ello se requiere una relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y el perjuicio ocasionado.

¹³ Informe 7/2003 de Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de 22 de diciembre.

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 263.

- Debe ser imprevisto y posterior a la adjudicación.
- El daño causado por el acto de autoridad debe ser cierto y especial, sin que queden protegidos por esta técnica los daños de carácter general que afectan a la colectividad y constituyan cargas públicas. En esta ocasión si se compensara al contratista se le concedería un privilegio respecto al resto de agentes económicos privados.
- No debe haber culpa del contratista.

Esta doctrina fue seguida en el Dictamen 632/1994 en el que dispone que las medidas devaluatorias de moneda del Estado no están incluidas en los hechos del príncipe cuyo perjuicio es susceptible de ser indemnizado¹⁵.

Para poder indemnizar la lesión producida, la medida de la Administración debe tener carácter imprevisible y extraordinario, por lo que tiene que tratarse de elementos nuevos de hechos extraños al contrato que alteran el curso normal de la relación contractual. Asimismo, no tienen que existir otras técnicas que autorizan resarcir el daño en el seno de la relación contractual.

Finalmente, indicar que no cabe alegar el *factum principis* cuando la intervención de los poderes públicos y las consecuencias estén claramente fijadas en el contrato.

2.1.3. Fundamento.

El *factum principis* se caracteriza por su fundamento basado en el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración. Conforme a este principio, la Administración tiene que indemnizar a los ciudadanos por los daños que les ocasione como resultado de la actividad normal o anormal de los servicios públicos.

¹⁵ Dictamen del Consejo de Estado 632/1994.

La doctrina expone dos tesis sobre el fundamento del *factum principis*:

La primera tesis, minoritaria, de ARIÑO ORTIZ, la situaba en la potestad ordenatoria general de la economía del Estado. Es decir, este autor, encuentra su fundamento en la obligación del Estado de indemnizar la pérdida de los derechos recogidos en contrato que resulten expropiados por la aprobación de una nueva Ley¹⁶.

La segunda tesis, mayoritaria, de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, parte del reconocimiento de un ámbito de actuación del *factum principis* que opera en un plano superior a la relación contractual, como manifestación del ejercicio de poderes irrenunciables de la Administración, como pueden ser la potestad expropiatoria o la potestad reglamentaria¹⁷. Para ello, la fundamentación del *factum principis* se argumentaba en los artículos que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es decir, en los Arts. 106 de la CE, 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa. Esto supone que, cuando los pliegos prevean declaraciones sobre la imposibilidad de repercutir cargas, esta limitación no podrá extenderse a las que surjan en el período de ejecución del contrato como consecuencia del *factum principis*. En tal caso habrá que indemnizar, aunque no exista cláusula de revisión de precios¹⁸.

El Dictamen del Consejo de Estado 31/1992, de 13 de febrero, regula una premisa en el que el interesado alega el *factum principis* argumentándolo en los Arts. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y en el 106.2 de la CE. El Consejo indicó que estos artículos únicamente se aplicarían en el momento en el que no exista una relación entre la Administración y el afectado, es decir, cuando el sujeto que padece el daño sea un tercero frente a las acciones de aquella.

¹⁶ ARIÑO ORTIZ, G., “El Enigma del Contrato Administrativo” Revista de Administración Pública, núm. 172, enero-abril, pp. 79-102.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 19ª ed., Civitas, Madrid, p. 753.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 19ª ed., Civitas, Madrid, p. 754.

Si bien, la existencia de una relación entre Administración y reclamante no excluiría sin más la facultad de reclamar el daño causado, puesto que podría obtenerse a través de las normas reguladoras de la relación entre ambos sujetos. De acuerdo con el Consejo de Estado, existe *factum principis* cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la economía sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio que tiene su origen en el poder de imperium. Por tanto, el fundamento de la indemnización por *factum principis* es la responsabilidad extracontractual o responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁹.

El Dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre, distingue el fundamento de la reclamación de la compensación económica en caso de *ius variandi* y de *factum principis*. El *ius variandi* es una prerrogativa contractual, mientras que el *factum principis* es una prerrogativa extracontractual, lo que conlleva la reclamación mediante el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de que su liquidación se realice en el contrato.

ESTEVE PARDO, no está de acuerdo con la doctrina mayoritaria, puesto que, estima que las decisiones de la Administración, especialmente aquellas que revistan carácter general, generan consecuencias más allá de los contratistas que tengan una relación con la Administración, afectando a otros sujetos privados que pueden sufrir las mismas consecuencias negativas y sobre los que no se plantea la compensación por *factum principis*. Por este motivo, considera que el auténtico fundamento se encuentra en la equidad que impregna el contrato y que es la que, en la última instancia, justifica el deber de compensar al contratista²⁰.

Asimismo, es preciso diferenciar el *factum principis* de los supuestos de incumplimiento contractual por parte de la Administración contratante en los que se utiliza la doctrina de la responsabilidad contractual. La jurisprudencia interpreta que tanto *factum principis* como el incumplimiento contractual son exclusiones al principio de riesgo y ventura del empresario, pero la distinción entre ellos radica en que, cuando una de las partes incumple, ocasiona un desequilibrio económico insustituible que dificulta que el contrato despliegue

¹⁹ Dictámenes 46172, de 10 de mayo, y 46886, de 4 de octubre de 1984.

²⁰ ESTEVE PARDO, J., “Lecciones de Derecho administrativo”, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 344-345.

sus efectos en los términos iniciales, además, el desequilibrio no emana de circunstancias ajenas al contrato.

La diferencia entre *factum principis* y el incumplimiento contractual influye en la compensación, porque en los supuestos de incumplimiento contractual la indemnización debe ser integral, mientras que en el *factum principis* no podemos confirmarlo de forma absoluta. En estos casos se aplicaran las normas reguladas en la LCSP 2017 sobre responsabilidad contractual.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN indica que el incumplimiento de la obligación de pago en plazo es la única causa de resolución contenida en el Art. 211 LCSP 2017 que es imputable de forma directa y exclusiva a la Administración, siendo de carácter indirecto las derivadas de la potestad de modificación²¹.

Los Arts. 198.5 y 198.6 LCSP 2017 regulan la obligación de pago y contiene las siguientes reglas:

- Si la demora en el pago es superior a cuatro meses, el contratista puede suspender el cumplimiento del contrato comunicando a la Administración con un mes de antelación.
- Si la demora en el pago es superior a los seis meses, el contratista tendrá derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios causados.

²¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., “La extinción del contrato: la resolución”. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGU CORCOLES I., “Tratado de Contratos del Sector Público”, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2351.

2.1.4. *Alcance del Factum Principis.*

La LCSP 2017 soluciona dos problemas que habían definido al *factum principis* tradicionalmente. Para ello hablaremos de los límites a la aplicación del *factum principis*, es decir, de la exclusión de los actos de una administración diferente de la concedente y del poder legislativo.

Las actuaciones de una administración diferente de la concedente:

El Art. 248.2.b) de la Ley 13/2003 reclamaba el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión cuando “actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión”. El termino Administración incluye tanto las actuaciones de la Administración concedente como de otras Administraciones diferentes.

La facultad de ampliar el *factum principis* a cualquier Administración no solo se argumentaba en la Ley 13/2003, sino también en el fundamento del *factum principis*. El principio de responsabilidad objetiva de la Administración permite entender que cualquier medida imperativa y obligatoria que reúna los requisitos propios del *factum principis* podría dar lugar a una indemnización²².

El Dictamen 1030/2015, de 21 de enero, del Consejo de Estado regula este asunto por el peligro que implica para la Administración contratante poder transformarse en garante frente a terceros de la posición jurídica inicial del concesionario, en particular si los hechos son llevados a cabo por otras Administraciones Públicas que obran protegidas por sus competencias.

Finalmente, el Consejo de Estado establece que los actos de autoridad que nacen de la Administración contratante, cuando contengan los requisitos para ello, consistirán en un caso de *factum principis*. No obstante, aquellas actuaciones que procedan de

²² HERNANDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 147.

Administraciones diferentes de la concedente y perturben las prestaciones contractuales, se canalizan por la teoría de la imprevisión.

La ruptura del equilibrio económico producida por una decisión del legislador:

ARIÑO ORTIZ adquiero, inicialmente, una posición en contra de esta posibilidad, por la inmunidad natural que define a la ley, justificándose en la jurisprudencia del TS, que protegía la inexigibilidad de resarcimiento por el cumplimiento de las leyes. Sin embargo, ARIÑO ORTIZ acaba aceptando que los principios de nuestro ordenamiento estimulan a solucionar que no se debe eliminar la indemnización salvo que una ley así lo indique. Esta argumentación la llevo a cabo en base de los principios inspiradores de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuya virtud toda privación singular permite exigir responsabilidad, aunque esta sea creada por la ley²³.

VAZQUEZ LACUNZA expone una postura favorable al indicar que alguna medida que cumpla con los requisitos para apreciar el *factum principis*, con independencia de su origen legal o administrativo, dará lugar a la compensación del adjudicatario. Esta exposición, se fundamentó en la responsabilidad patrimonial, excepto que la ley lo excluya expresamente²⁴.

La LCSP 2017 elimina cualquier duda cuando ajusta el ejercicio que puede dar lugar al *factum principis* a aquellas que se deriven de la Administración Pública concedente, eliminando cualquier actuación no solo de otras Administraciones Públicas externa a la relación contractual, sino de otros poderes públicos en general.

²³ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 269.

²⁴ VAZQUEZ LACUNZA, E., “El equilibrio en los contratos de servicios”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 266.

Los Arts. 270.4 y 290.6 de la LCSP 2017 regulan un derecho de desistimiento en beneficio del contratista en el momento de que el cumplimiento resulte oneroso para el concesionario por alguna de estas circunstancias:

- La aceptación de una disposición general por una Administración diferente de la concedente, después de la firma del contrato.
- El concesionario tiene que añadir a las obras, como consecuencia de una obligación legal o contractual, avances técnicos que produzcan una mejoría clara y cuya aparición se produzca después de la firma del contrato.

Se observa que, el legislador ha delimitado el concepto tradicional, añadiendo las tendencias más actuales a la ley. Por eso, la actuación de una Administración diferente de la concedente no genera una compensación por *factum principis*, ni tampoco como resultado de la aplicación legal o contractual de la cláusula de progreso²⁵.

2.1.5. Compensación.

Desde sus orígenes el *factum principis* se ha enfrentado al problema de la compensación por la posición intermedia que sostiene entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible, siendo complejo resolver si tiene que plantearse mediante el sistema de compensación integral o mediante la compartición del gasto.

La compensación integral conlleva, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, el abono de todos los perjuicios causados, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, hasta el restablecimiento total de la ecuación financiera del contrato, tal y como ocurre en los casos de *ius variandi*²⁶.

²⁵ HERNANDEZ GONZALEZ, F.L., “La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 337-338.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 19ª ed., Civitas, p. 792.

La compartición del gasto conlleva el reparto proporcional y razonable de las pérdidas entre Administración y contratista. Este sistema es de aplicación tanto a los casos de riesgo imprevisible como de *factum principis*²⁷.

La doctrina dominante afirmaba que la compensación emanada del *factum principis* no tiene la misma naturaleza que la compensación emanada del *ius variandi*. Es decir, la doctrina indicaba que la compensación derivada del *factum principis* no tiene carácter integral.

ARIÑO ORTIZ argumenta esta diferencia indicando que, en el caso del *factum principis* hablamos de indemnización, lo que provoca que el daño causado es antijurídico y debe repararse. Por el contrario, en el *ius variandi* hablamos de compensación, lo que implica que el daño causado está justificado, pero el contratista tiene el derecho de percibir el equivalente. Este autor indicaba que la indemnización no lleva implícita la compensación total, pudiendo incluir el pago de un precio superior o inferior al valor de la prestación en función del daño causado. En cambio, en la compensación integral se hace referencia a la idea de precio y la cuantía a pagar será exactamente la correspondiente a la prestación²⁸.

En la práctica esta materia ha sido problemática, debido a las adversidades que han estado presentes en la determinación de las notas definitorias del *factum principis* al tener características en común con el *ius variandi* y el riesgo imprevisible. El acto que provoca la mayor onerosidad procede de una Administración, pero no deja de ser una acción de carácter imprevisible e inevitable al estar ante una declaración de la potestad de ordenación de la economía del Estado que obra con independencia de la relación contractual a la que indirectamente perjudica.

En la Jurisprudencia del TS encontramos declaraciones en las que se ha igualado el *factum principis* al riesgo imprevisible, con los efectos que ello supone en relación a la compensación, y otros mayoritarios en los que diferencia el sistema de compensación

²⁷ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 245.

²⁸ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, pp. 267-268.

utilizado en función del origen de las circunstancias que empeoran la onerosidad, igualándolo al *ius variandi*:

- La STS de 25 de abril de 1986, en su fundamento jurídico tercero, expone una separación entre las consecuencias que conlleva el *ius variandi* y el *factum principis* de los casos de riesgo imprevisible.
- La STS de 9 de octubre de 1987 verifica la teoría del equilibrio económico de la concesión administrativa que se sustenta sobre el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas de la concesión.

La posición jurisprudencial mayoritaria determina el sistema de compensación en función del origen de la mayor onerosidad, partiendo del Art. 127.2.2 RSCL de 1955:

- En los supuestos en los que el desequilibrio sea consecuencia de modificaciones directas (*ius variandi*) o indirectas (*factum principis*) ocasionadas por la Administración se deberá restituir al concesionario a las condiciones inicialmente pactadas, indemnizando tanto el daño emergente como el lucro cesante.
- En los supuestos en que la alteración sea provocada por causas sobrevenidas e imprevisibles que, siendo ajenas a la conducta de las partes, comprometen el servicio público se distribuirán las pérdidas entre ambos de forma proporcional y razonable.

Además, los Arts. 270 y 290 de la LCSP 2017 añaden una serie de medidas para el restablecimiento del equilibrio económico:

- Alteración de las tarifas por la utilización de las obras.
- Alteración en la retribución a abonar por la Administración concedente.
- Reducción del plazo concesional.

- Cualquier otro cambio de las cláusulas de contenido económico comprendidas en el contrato.

Adicionalmente, debemos incorporar la posibilidad de compensar mediante la prórroga de concesión (aumento del plazo concesional) en los supuestos de *factum principis* y fuerza mayor, siempre que la prórroga no exceda del 15% de la duración inicial del contrato.

La LCSP 2017 admite formas de compensación diferentes de la económica, aceptando una gran variedad de posibilidades para el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato. A pesar de ello, en el *factum principis* la compensación de carácter económico adquiere una importancia particular por apoyarse en el principio de responsabilidad objetiva de la Administración. Debido a este principio, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público demanda que la indemnización se determine de acuerdo a los requisitos de valoración de la legislación fiscal, expropiación forzosa y otras normas del mercado, lo que ocasiona que la indemnización sea de carácter económico. Esto es lo que nos posibilita justificar determinadas declaraciones originarias del TS, que en lugar de igualarlas al *ius variandi* a efectos de la compensación, solicitaban la indemnización económica amparándose en los principios de responsabilidad objetiva de la Administración.

2.1.6. Derecho de la Unión Europea.

La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, no contiene una declaración manifiesta sobre el *factum principis*, ni siquiera se regula en algunos de los casos que en nuestro Derecho se encuadran dentro de esta técnica.

No obstante, podríamos estudiar si es posible encuadrar el *factum principis* en las circunstancias imprevistas reguladas en el Art. 72.1.c de la Directiva 2014/24/UE. De esta forma, en el supuesto de que se pudiera encuadrar dicha figura, permitiría modificar el contrato sin iniciar una nueva contratación.

En un primer momento, no tendríamos impedimento para que el *factum principis* se pudiera encuadrar dentro de las circunstancias que admitirían la modificación contractual.

Esto es debido a que dicha técnica de equilibrio económico comparte elementos comunes con la figura del riesgo imprevisible. Sin embargo, lo importante es resolver si la medida adoptada por la Administración durante la ejecución del contrato pudo o no ser prevista por el adjudicador. Si la medida fuera imprevista no existe argumento para que el *factum principis* no pueda ser admitido como técnica que permite modificar el contrato.

Además, se podría analizar el último inciso del Considerando 75 de la Directiva 2014/23/UE que alude a casos que se podrían incluir dentro del *factum principis*.

En definitiva, el *factum principis*, adaptado a sus límites, no se opondría al Derecho comunitario, sino que podría considerarse incluido dentro de los casos de modificación de los contratos. No obstante, sería recomendado que en la transposición a nuestro Derecho de las nuevas Directivas aclararan los casos que originan el derecho del contratista al reequilibrio económico del contrato. Es decir, deberían de explicar los casos en los que el *factum principis* resulta admisible²⁹.

²⁹ GIMENO FELIÚ, J.M., “El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia” [El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos], Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2014, pp. 148-151.

2.2. Ius Variandi.

2.2.1. Origen y evolución normativa.

La facultad de modificar unilateralmente el contrato por parte de la Administración, o *ius variandi*, se lleva admitiendo en favor de ésta desde el RCCL de 1953 en su Capítulo V, bajo el título “el cumplimiento del contrato” que contiene los Arts. 51 a 64.

Esta prerrogativa aparece regulada también en la LCE, texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965 de 8 de abril, regulando el régimen de modificación de los contratos administrativos en los Arts. 16, 48, 54, 74 y 118. En dicha Ley la idea de modificación objetiva del contrato administrativo era otorgada como una potestad de la Administración justificada en el interés público general y sometida a ciertos límites.

En los años siguientes este régimen de modificación de los contratos administrativos fue afianzándose hasta llegar a la primera gran reforma en el año 1995, a través de la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta reforma, y en consecuencia esta Ley, es fruto de la entrada de España en la Unión Europea en 1986 y conlleva la unificación de la contratación local y estatal.

Esta Ley se estructuraba de la siguiente manera:

- El régimen general de modificación se regula en los Arts. 60 a 102 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A lo largo de estos artículos se desarrolla la prerrogativa del órgano de contratación.
- Las reglas específicas de los contratos administrativos se regulan en los Arts. 140, 146, 164, 190 y 250 LCAP. Esta estructura se mantiene actualmente.

En el año 2000 se presenta el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a través del cual se aprueba el TRLCAP. El objetivo de este Real Decreto era actualizar la LCAP.

Este Real Decreto Legislativo mantiene los presupuestos habilitantes, las causas imprevistas y necesidades nuevas que contenía la LCAP en su Art. 102, como resultado del ajuste del contrato³⁰.

La LCSP del 2007 denominada Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público realiza una aproximación más concreta de las modificaciones contractuales. Esta Ley continúa diferenciando los contratos entre administrativos y privados, aunque incluye esta clasificación dentro de los contratos del sector público. Además, sigue proporcionando a las modificaciones de un régimen general y unas reglas específicas que ya se regulaban en la LCAP.

El artículo 202 de la LCSP 2007, dentro del régimen general de contratos, mantiene el *ius variandi* basado en razones de interés público, pero desaparece la opción de efectuar esas alteraciones por motivos de necesidades nuevas. Es decir, permanecen solamente las causas imprevistas.

La LCSP 2007 concede una mayor importancia al principio “*pacta sunt servanda*” a través del Art. 193. Este artículo establecía que “los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”. Respecto a los límites cuantitativos de los modificados, estos continuaban al 20% como se desprende del Art. 202.7 de la LCSP 2007. Ese límite se aplica con el objetivo de prohibir un número ilimitado de modificaciones y proteger al contratista.

La LCSP 2007 sufrió numerosas modificaciones, pero fue la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible la que mayor alteración causó.

Posterior a la LCSP 2007 nace el TRLCSP de 2011 debido a los diversos textos legislativos que modificaron la ley y su objetivo principal era unificar todos los textos legales relativos a la contratación pública, derogando por ello la LCSP e introduciendo las novedades recogidas por la Ley de Economía Sostenible.

³⁰ GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, “La modificación de los contratos. La reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. Incidencia de la jurisprudencia comunitaria”, Jornadas Contratación Pública, Logroño, 13 de mayo de 2010.

La Ley de Economía Sostenible disminuye el margen de actuación del ius variandi. Los límites de esta facultad se ven todavía más ampliados.

En la actualidad, está vigente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, conocida como la LCSP. Esta Ley diferencia los contratos administrativos y los contratos privados.

El ius variandi, en la LCSP 2017, progresa hasta el punto en el que el legislador le confiere ciertos límites generales (Arts. 203 y siguientes de la LCSP). El TS expone esta limitación en la sentencia de 10 de febrero de 1997 donde se compara el interés general al ius variandi y a la potestad de modificar. No obstante, en diversas situaciones en lugar de seguir el procedimiento legal de modificación se acepta la modificación en razón de interés público³¹.

2.2.2. Concepto.

El ius variandi consiste en el ejercicio de una potestad que permite que la Administración Pública, durante la ejecución del contrato, pueda introducir, directa y unilateralmente, modificaciones en el contrato sin modificar sustancialmente su objeto, fundamentando esa modificación en razones de interés público. Es decir, la administración puede modificar el contrato, cuando se aprecien razones de interés público motivadas y justificadas, sin que el contratista pueda oponerse a dicha modificación.

Esta facultad supone una excepción al principio de inmutabilidad del contrato y debe estar desprovisto de arbitrariedad, por ende es desarrollado por el legislador de manera restrictiva. Además, ha de practicarse respetando los principios de transparencia y competitividad y los órganos de contratación han de velar por ejercer un uso razonable.

La Junta Consultiva de Contratación ha indicado en numerosos Dictámenes, 149/1993, de 28 de diciembre y 1375/1993, de 3 de diciembre, que el ius variandi debe ser interpretado de manera excepcional y limitada.

³¹ Dictamen del Consejo de Estado número 54400/1990, de 21 de junio.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA “este poder administrativo de alterar los contratos, cuando no cabe por sí mismo... como un poder contractual estricto, aparece con toda claridad como manifestación o incidencia en el cuadro del contrato, o bien del genérico poder de sacrificio de situaciones patrimoniales de que la Administración es titular, de la potestad expropiatoria...o bien como como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa”. Es decir, el *ius variandi* es una manifestación de la potestad expropiatoria general de la Administración que exige una compensación justa que se liquidará en el ámbito contractual³².

Se trata de una prerrogativa exorbitante que, en palabras de ESTEVE PARDO, consiste en “la facultad de decisión unilateral, congénita a la Administración cuando actúa en la órbita de sus competencias, la que al proyectarse sobre el contrato administrativo le imprime ese carácter de mutabilidad”³³.

ARIÑO ORTIZ incluye en el *ius variandi* todas aquellas modificaciones internas al objeto de la prestación que se originan por actos dirigidos a esa relación, lo que encuentra su fundamento en la potestad de policía y control de obras y servicios públicos. Esto repercutirá en la forma de compensación que inevitablemente será de carácter integral porque se construye sobre el principio contractual del cumplimiento por equivalente³⁴.

GIMENO FELIÚ indicaba que la potestad del *ius variandi* no es ilimitada, ni el alcance general. Tampoco puede usarse como justificación para ajustar ofertas y mucho menos, con el objetivo de reequilibrar un contrato porque el adjudicatario había presentado una oferta a la baja³⁵.

³² GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 19ª ed., Civitas, Madrid, pp. 698-699.

³³ ESTEVE PARDO, J., “Lecciones de Derecho Administrativo”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 340.

³⁴ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, pp. 263-264.

³⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, Jornada sobre contratación pública, segunda ponencia, Madrid, 25 de abril de 2013, p. 30.

Finalmente, después de lo comentado anteriormente, las características del *ius variandi* pueden definirse de la siguiente manera:

- Se trata de una actuación que emana de la Administración Pública contratante.
- Se basa en motivos de interés público.
- Afecta de forma directa a una concreta relación contractual.

2.2.3. Régimen jurídico.

La LCSP 2017 regula la potestad de la Administración para modificar unilateralmente los contratos administrativos a lo largo de su validez, regulándolo en los Arts. 242 para el contrato de obras, 261.1 y 262 para la concesión de obras y 290 para la concesión de servicios.

El Art. 261.1.b LCSP 2017 contiene una facultad como prerrogativa del órgano de contratación. En concreto este artículo indica que “modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley”³⁶.

La LCSP 2017 traspone la Directiva 2014/24 añadiendo un concepto más completo de modificación que engloba tanto el *ius variandi* como el riesgo imprevisible³⁷.

La Directiva 2014/24/UE regula la modificación de los contratos en su Art. 72, artículo que se plasma en la LCSP sin ajustarlo a los criterios originarios del legislador español, por lo que ocasiona una variación en la regulación.

³⁶ Artículo 261.1.b de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “El impacto de la crisis en la contratación pública”, España, Italia y Francia, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 215-216.

Se diferencian dos tipos de modificaciones:

- El Art. 204 LCSP regula las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- El Art. 205 LCSP regula las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

La modificación regulada en el Art. 204 LCSP permite la alteración hasta un máximo del 20% del precio fijado inicialmente, a condición de que se hubiese recogido en los pliegos del contrato de forma clara, precisa e inequívoca. Además, no podrán añadir cláusulas que modifiquen la naturaleza del contrato inicial.

La modificación regulada en el Art. 205 LCSP hace alusión a aquellas modificaciones que no se contienen en el pliego del contrato y que obedecen a dos requisitos:

- Deben poder incluirse en alguno de los presupuestos del Art. 205.2 LCSP, es decir, deben poder encuadrarse en:
 - Adición de obras, suministros o servicios adicionales.
 - Circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.
 - Modificaciones no sustanciales.
- La modificación, únicamente, debe introducir las variaciones necesarias para la ejecución de la causa que justifica dichas modificaciones.

Por consiguiente, el único artículo que plasma el ius variandi es el Art. 205.2.c LCSP que regula las modificaciones no sustanciales.

El considerando 108 de la Directiva 2014/24/UE define la adición de obras, suministros o servicios adicionales como una modificación que se realiza al margen de un nuevo procedimiento de contratación y constituye una sustitución parcial, ampliación de servicios, de suministros o de instalaciones existentes³⁸.

La LCSP 2017 no hace referencia sobre las prestaciones complementarias, ni sobre el procedimiento negociado, lo que indica que cualquier prestación complementaria tenga que sustanciarse a través de la modificación adicional del Art. 205.2.a. Para ello habrá que observar dos requisitos:

- Que el cambio del contratista no fuera posible por razones económicas o técnicas y que, a su vez, el cambio de contratista generara inconvenientes o un aumento sustancial de los costes para el órgano de contratación (Art. 205.2.a.1º).
- Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50% del precio inicial (Art. 205.2.a.2º).

2.2.4. *Fundamento.*

Una de las principales características del *ius variandi* es la desigualdad de la posición de las partes ante el contrato administrativo. La administración se halla en una situación de superioridad frente al empresario. Es decir, el contratista es un administrado y, como administrado, está en situación de inferioridad ante la Administración. Por ende podemos definir el *ius variandi* como el poder que tiene el órgano de contratación de alterar unilateralmente el objeto del contrato exigiendo al contratista, aún contra su voluntad, la ejecución de una nueva prestación.

La actividad tiene como fin la consecución de un interés general, lo que argumenta que el contrato público, que normalmente se mantiene inmutable, pierda su rigidez. La consecución de ese interés general, superior al individual y empresarial, nos aclara la capacidad que tiene la Administración de alterar el objeto del contrato cuando las

³⁸ Considerando 108 de la Directiva 2014/24/UE.

necesidades de la colectividad lo aconsejen³⁹. Es decir, la inmutabilidad del contrato se transforma en la inmutabilidad del fin que persigue el contrato y la Administración rompe el principio “pacta sunt servanda”.

GARRIDO FALLA argumenta que si la Administración puede organizar reglamentariamente un servicio público también tiene la potestad de reorganizarlo modificando el reglamento que lo regula para adecuarlo al interés común⁴⁰.

JURISTO SANCHEZ explica el elemento accesorio que demuestra la existencia del ius variandi. Este autor exponía que si el órgano contratante puede modificar la obra es precisamente porque es de su propiedad y, es en este sentido, donde el derecho administrativo se asocia con el CC. El CC, en su Art. 1593, permite al contratista pedir un aumento del precio pactado⁴¹.

Hay autores que juzgan este pensamiento al comprender que de esa manera Administración y contratista se pueden sustraer de los límites que impone la ley⁴². La administración puede y debe utilizar el ius variandi porque lo dice la ley y en el modo que lo establece la Ley, pero supletorio a esto, porque es la dueña de la obra.

Por lo tanto, aunque estemos ante una contratación de carácter privado como si lo estamos ante un contrato de carácter público, el propietario tiene la finalidad de que la obra sea conveniente al fin para el que fue creada y si las exigencias que favorecieron la construcción cambian, la teoría de la rigidez del contrato no puede ser la causa de una inutilidad sobrevenida que impida la satisfacción de las necesidades que pretendía cubrir el dueño cuando tomó la decisión de llevar a cabo su proyecto. Por ello, el órgano de contratación puede adoptar las medidas necesarias que salvaguarden el beneficio de la colectividad o,

³⁹ STS de 29 de mayo de 1995, 3ª, sec. 5ª, recurso 150/1994.

⁴⁰ GARRIDO FALLA, T., “Tratado de Derecho Administrativo”, Volumen II, Madrid, 1980.

⁴¹ JURISTO SÁNCHEZ, R., “La ejecución del contrato de obra pública”, 2ª ed., Madrid 1991.

⁴² JIMENEZ APARICIO, E., “Comentarios a la legislación de contratación pública”, Tomo II. Aranzadi, p. 906.

según el profesor VILLAR PALASÍ, el interés de la comunidad no puede verse obstaculizado por la rigidez de un contrato que ha sido celebrado para su consecución⁴³.

En consecuencia, el *ius variandi* se fundamenta en la necesidad de acomodar las prestaciones pactadas en el contrato, a las exigencias de cambio que se pueden presentar del interés general que debe satisfacerse por ese contrato. Es decir, el fundamento de esta prerrogativa recae en las exigencia del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, durante la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas.

El fundamento último del *ius variandi* es adaptar el objeto pactado para conseguir satisfacer las necesidades públicas, considerando al contratista un colaborador de la Administración en la consecución del interés público general⁴⁴.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirmaron que no existen límites a las modificaciones del contrato, porque “las exigencias del interés público, al servicio de la comunidad, no pueden quedar comprometidas”⁴⁵.

2.2.5. Alcance.

Para conocer el alcance del *ius variandi* es imprescindible señalar sus notas caracterizadoras y posibles manifestaciones, para lo que seguiremos a la profesora HORGUÉ BAENA.

HORGUÉ BAENA señaló cinco notas caracterizadoras:

- El *ius variandi* se entiende como potestad, al configurarse como poder que reconoce a la Administración la facultad de modificar las condiciones del contrato, al margen del propio contrato.

⁴³ VILLAR PALASÍ J.L., “Lecciones sobre contratación Administrativa”, Madrid, 1969.

⁴⁴ SSTS de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8332) o SSTS de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000/318)

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 19ª ed., Civitas, Madrid, p. 743.

Esta facultad procede de la ley, que otorga a la Administración una posición de superioridad sobre el contratista en el ámbito de los contratos administrativos. Como facultad supone su reconocimiento en defecto de pacto, así como la invalidez de un pacto en contrario, consecuencia del carácter irrenunciable de las potestades.

- La decisión pactada tiene como objetivo modificar las prestaciones, por lo que el *ius variandi* no puede ser analizado como un incumplimiento del contrato.
- Los elementos objetivos definen las prestaciones y las obligaciones debidas por el contratista.
- Es una excepción al principio de inmutabilidad del contrato.
- No es posible modificar el contrato por acuerdo con el contratista. Sólo se puede modificar el acuerdo por decisión unilateral de la Administración cuando se den los requisitos requeridos de interés público y siguiendo el proceso fijado.

Las declaraciones del poder modificatorio, aunque ha habido autores que indicaban que el *ius variandi* comprendería tanto la alteración de sus elementos objetivos como otras incidencias que pudieran nacer durante su ejecución, sería conveniente considerarlas como potestades diferentes. Sin embargo, SANTAMARÍA PASTOR consideró que la suspensión de la ejecución del contrato es una modalidad del *ius variandi*⁴⁶.

Es decir, el *ius variandi* tiene como fin ajustar las condiciones del contrato cambiando sus prestaciones para complacer el interés público, la suspensión se orienta a conservar la ejecución del contrato y el desistimiento supone su extinción.

Por lo tanto, el *ius variandi* conlleva la modificación motivada de las condiciones del contrato, ejercida por una de las partes firmantes, después de haberse iniciado su ejecución

⁴⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Principios de Derecho Administrativo General”, Tomo II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 232.

y para salvaguardar el interés público, aunque sólo es admisible en los supuestos establecidos en la ley. Esta flexibilidad del contrato permite que la administración tenga el poder de adaptar un contrato ya perfeccionado para salvaguardar el interés público que le compete, lo que hace que prevalezca el fin sobre el objeto del contrato⁴⁷.

La modificación unilateral del objeto del contrato durante su ejecución conlleva la ruptura tanto del principio de igualdad de las partes del contrato como de la regla de inalterabilidad de los contrato (principio pacta sunt servanta) que actúa en el Derecho privado.

A través del *ius variandi*, la Administración está facultada para modificar un contrato ya perfeccionado para amparar el interés público, lo que ocasiona que prevalezca el fin sobre el objeto del contrato. En nuestro Derecho se atribuye esta facultad a una de las partes para preservar el interés general derivado del principio constitucional regulado en el Art. 103 de la CE. El TS indica que “la supremacía de la Administración en el contrato está justificada, no para sí, sino para, por medio de ella, asegurar la realización de las obras contratadas y la prestación de los servicios; especialmente, en cuanto a estos, ante situaciones de mal entendimiento, la regla interpretativa tenderá siempre a asegurar el buen funcionamiento del servicio, y la prestación del mismo de forma regular y continua”⁴⁸. Por ello, la facultad de modificar el contrato no se otorga a la Administración en su propio interés, sino para la obtención del interés público que persigue el contrato.

Es decir, si se presentan las causas que justifican la modificación contractual solo se podrán modificar las prestaciones debidas por el contratista y no las que pertenecen a la Administración. El motivo es que el interés público que la justifica solo puede afectar a las condiciones fijadas en la delimitación del objeto del contrato y no a las contraprestaciones debidas por la Administración, porque son a su vez los derechos del contratista⁴⁹.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 19ª ed., Civitas, Madrid, pp. 783-785.

⁴⁸ Sentencia de 22 de febrero de 1982; RJ 1982, 1619.

⁴⁹ HORGUÉ BAENA, C., “La modificación del contrato administrativo de obra”, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 40-41.

El *ius variandi* de la Administración implanta el deber de sacrificio de derechos e intereses particulares para la satisfacción del interés general. Esto aplicado a un contrato constituye una declaración de la potestad expropiatoria, regulada en el Art. 33 CE, que causa el derecho de indemnización. En consecuencia, si para garantizar la correcta ejecución del contrato la Administración recurre a la prerrogativa de modificarlo, como contrapartida debe asegurar al contratista el mantenimiento y estabilidad del esquema económico alcanzado en el momento de su formalización⁵⁰.

En España, la potestad de la Administración de modificar los contratos se ha justificado desde sus orígenes por motivos de diversa índole vinculados todos ellos a la finalidad del interés público perseguido con la consecución del contrato y garantizar la eficacia administrativa⁵¹. Entre los motivos indicados señalamos los siguientes:

- Las exigencias cambiantes del interés general.
- La complejidad de ciertos contratos que dificultan que a priori se pueda determinar la prestación con precisión.
- La larga duración de algunos contratos que propicia que cambien las circunstancias, incidiendo en su ejecución.
- La necesidad de atender de forma urgente a la prestación real, evitando su frustración acudiendo a nuevas licitaciones.
- Los cambios políticos que con frecuencia alteran las prioridades en las prestaciones.

⁵⁰ SÁNCHEZ GOYANES, E., “Posibilidad de resolución de una concesión y reembolso de las cantidades ya invertidas y los daños y perjuicios sufridos”, *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 32, junio, 2004, p. 43.

⁵¹ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., “La nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *La Ley*, Madrid, 2007, p.636.

- Incluso la concepción del contratista que al percibirse como un colaborador de la Administración ha flexibilizado la relación contractual, vinculando el interés privado al interés general⁵².

Toda modificación evidencia una alteración del objeto de licitación, lo que provoca que su alcance sea limitado y excepcional, puesto que si no fuese así se incumpliría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico que exige que el cumplimiento de los contratos no pueda quedar al arbitrio de una de las partes (Art.1256 CC).

En España, la práctica de la modificación de los contratos era defendida como una práctica que tenía un interés exclusivamente de cumplir con lo pactado. Sin embargo, esta percepción se va a topar con la concepción del Derecho comunitario en la que las prerrogativas públicas ceden ante los principios generales de la contratación pública.

En definitiva, era imprescindible que frente al uso relajado y abusivo del *ius variandi* en la fase de ejecución se implantara una regulación para que los principios generales de contratación no se vieran vulnerados. El objetivo de esta regulación era acabar con el fraude de las reglas de concurrencia de la licitación y de las disposiciones presupuestarias por el incremento del precio establecido en el contrato.

2.2.6. Compensación económica por el ejercicio del ius variandi.

Tradicionalmente, en el ámbito de la compensación económica, nos encontrábamos con la posibilidad de satisfacer al contratista con la prórroga de la concesión cuando esta opción no estaba regulada en el contrato. El tema de la compensación económica ha supuesto discrepancia, bien porque nos encontrábamos con decisiones en las que se ha admitido la prórroga como medida de compensación, bien porque nos encontrábamos con decisiones en las que no se admitía la prórroga. La STS de 25 de mayo de 2006 distinguía la compensación económica de prórroga temporal del contrato, entendiéndola que la ampliación de un contrato que tiene una duración determinada y que así se proclama en los

⁵² MARTÍN REBOLLO, L., “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares” (especial referencia al contrato de obras).

pliegos de un contrato no es un mecanismo aceptable de compensación, porque implica una vulneración del principio de libre concurrencia⁵³.

Por ello, desde la LCSP 2007 se rechaza la prórroga de la concesión como un método compensatorio válido en el caso del *ius variandi*. La decisión adoptada en la LCSP 2007 se reprodujo en el TRLCSP 2011 y en la LCSP actual.

La realización de las prestaciones del contrato debe practicarse en los términos acordados inicialmente. En el supuesto en el que el contrato se realice de manera distinta a lo acordado, alterándose por la facultad del *ius variandi*, si la prestación resultase más gravosa para el contratista se le deberá indemnizar para mantener el equilibrio económico del contrato.

El TS indica que cuando el contrato sufra alteraciones debidas a que la Administración ha ejercido la prerrogativa del *ius variandi* deberá indemnizar al contratista para que se restablezca el equilibrio financiero del contrato,⁵⁴ siempre que de la actuación de la Administración se deriven daño o perjuicios para el contratista, lo que supone que estos deben haber sido probados. Dicha compensación deberá ser íntegra y absoluta⁵⁵.

El derecho del contratista al equilibrio económico del contrato es limitado. El Tribunal Supremo indica que no puede convertirse “en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a las “res pública”, en contra de los que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales”⁵⁶.

⁵³ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., “La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 136-139.

⁵⁴ SSTS de 12 de junio de 1995; RJ 1995, 5351.

⁵⁵ SSTS de 30 de diciembre de 1983; RJ 1983, 6843.

⁵⁶ STS de 9 de octubre de 1987; RJ 1987, 8326.

La LCSP 2017 contiene la obligación de restablecer el equilibrio del contrato cuando la Administración ejerza el *ius variandi*. Esta ley establece que si se modifica el régimen económico del contrato se deberá compensar al contratista para que se mantenga el equilibrio financiero.

La jurisprudencia no mantiene un criterio uniforme a la hora de determinar si procede indemnizar al contratista por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la suspensión del contrato, motivada por la tramitación de su modificación. El TS no ha admitido que deba estimarse con carácter general que la aceptación de un modificado por el contratista suponga la renuncia automática a las indemnizaciones derivadas del retraso en su ejecución, imputables a la Administración⁵⁷.

Es decir, cuando los contratistas reclaman el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados de suspensiones en el plazo de ejecución del contrato, aunque con posterioridad se haya producido un modificado, el TS examina el supuesto concreto y analiza de quien es la responsabilidad por los retrasos y la aceptación de los modificados. En varias situaciones el Tribunal argumenta que si después de la paralización o suspensión de la ejecución tiene lugar una modificación del contrato y el contratista presta su conformidad a las condiciones de plazo, precio y demás términos, no poniendo ningún reparo al nuevo contrato formalizado, no puede pretender después ninguna otra indemnización⁵⁸.

No obstante, el TS, en otras situaciones, argumenta que el contratista tenía derecho a la indemnización reclamada por los daños producidos por la suspensión, porque responden a conceptos distintos que la cantidad acordada como consecuencia de la modificación y porque producido la suspensión como consecuencia de un proyecto deficiente, la Administración tardó varios meses en aprobar su modificación provocando daños al contratista⁵⁹.

⁵⁷ STS de 18 de junio de 2012; RJ 2012, 8876.

⁵⁸ STS de 31 de marzo de 2014 (Recurso número 706/2013).

⁵⁹ STS de 17 de noviembre de 2011; RJ 2012,2274.

Por ello, en los contratos privados, si la modificación del contrato produce una ruptura del equilibrio económico, se producirá una compensación. Para ello se aplicara el Art. 1289 del CC que regula principio de reciprocidad de intereses.

2.2.7. Límites.

La Administración, tradicionalmente, podía alterar de manera ilimitada los contratos administrativos por razones de interés general para proteger la viabilidad de los servicios públicos, ajustándolos a la realidad demandada, sin que un contrato en vigor pudiera dificultar esta finalidad.

Esta modificación nunca provoco que el contratista debiera soportar de forma absoluta los efectos de las modificaciones que ejecutaba la Administración, en ciertos supuestos las modificaciones no eran obligatorias.

Aunque la prerrogativa de modificar el contrato que corresponde a la Administración es una facultad exorbitante adjudicada por mandato legal, ello no permite al órgano de contratación a realizar un ejercicio indiscriminado y arbitrario de ese derecho pues, como tal potestad reglada, se debe a la Ley y a ella le pertenece dotar de límites esta facultad extraordinaria.

El *ius variandi* tiene una serie de limitaciones que a continuación pasamos a detallar:

- Un interés general al que la Administración se debe. Es decir, si la modificación del contrato no tiene como objetivo principal el beneficio colectivo, carecería de fundamento para poder llevarse a cabo.
- Las partes no pueden a su voluntad extinguir un contrato y sustituirlo por otro. Es decir, no es posible la novación contractual, únicamente es posible la novación modificativa.
- Lo pactado obliga.

El Art. 205.2.c) de la LCSP 2017 regula diferentes límites en lo referente a las modificaciones no sustanciales. Las modificaciones sustanciales son aquellas que conllevan una variación de la naturaleza material del contrato inicialmente celebrado. La ley regula un conjunto de circunstancias que, en el supuesto de que se cumplan una o varias, conllevarán la existencia de una modificación sustancial:

- Introducción de condiciones que, de haberse regulado en el procedimiento de contratación inicial, habrían supuesto elegir candidatos diferentes o la aceptación de una oferta diferente.
- La modificación altere el equilibrio económico del contrato en favor del contratista de un modo que no estaba regulado en el contrato inicialmente.
- La modificación extienda el ámbito del contrato. Esto sucede cuando la modificación de la cuantía implique un exceso del 15% del precio inicial en los contratos de obras y un 10% en el resto de los contratos. O bien, se sobrepase los límites que se regulan en los Arts. 20 a 23 de la LCSP 2017.

A lo dicho anteriormente añadiríamos el límite regulado en el Art. 206 de la LCSP 2017, que presupone como obligatorias las modificaciones del Art. 205 que determine el órgano de contratación cuando ocasionen una modificación que, de forma separada o conjunta, no superen el 20% del precio inicial del contrato.

En caso de que la modificación no fuera obligatoria para el contratista, tan solo podrá resolverse por el órgano de contratación previa aprobación por escrito, determinándose el contrato en caso contrario conforme al Art. 211.1.g) de la LCSP 2017 que permite abonar a favor del contratista una indemnización del 3% del importe de la prestación realizada (Art. 213.4 LCSP 2017).

HORGUÉ BAENA comprende que el fundamento de la exclusión que se regula en el Art. 206 de la LCSP 2017 relativo a las modificaciones previstas en los pliegos se encuentra en el hecho de que el contratista cuando concurre a la licitación anticipa su conformidad⁶⁰.

Las modificaciones que alteran la economía del contrato solicitan la restitución de la ecuación financiera y se materializan en una compensación a favor del contratista. El Art. 270 de la LCSP 2017 demanda el deber de conservar el equilibrio económico de los contratos en las mismas condiciones que se tuvieron en cuenta para su adjudicación, estableciendo en el Art. 270.2.a) de la LCSP 2017 las modificaciones causadas por el ejercicio del *ius variandi*⁶¹.

El Art. 262 de la LCSP indica que las alteraciones que pacte el órgano de contratación por motivos de interés público pueden ocasionar la revisión del plan económico-financiero para ajustarlo a las nuevas circunstancias. El Art. 262.2 de la LCSP 2017 dispone que “toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el Art. 270 de la presente ley”⁶².

Es decir, tanto el Art. 262 como el Art. 270 se refieren el uno al otro, por lo que analizando con detenimiento el Art. 270 podemos indicar que no se exige la ruptura sustancial de la economía del contrato para compensar los casos de *ius variandi* como sí ocurre con el *factum principis*.

⁶⁰ HORGUÉ BAENA, C., “La modificación de los contratos de obra nueva”. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGU CORCOLES I., “Tratado de Contratos del Sector Público”, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2245-2246.

⁶¹ Artículo 270.2.a) “cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262”.

⁶² Artículo 262.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2.3. Hecho Imprevisible.

2.3.1. Origen y evolución normativa.

El principio del riesgo imprevisible tiene su origen en una sentencia del Consejo de Estado Francés. En concreto, el Arrêt de Gaz de Bordeaux del 30 de marzo de 1916 implantó, en una única sentencia, la teoría de la imprevisión cuya aplicación en la actualidad se conoce en nuestro sistema jurídico bajo la calificación de principio de riesgo imprevisible. El problema surgió en un contrato de concesión del servicio público que tenía por fin el alumbrado y distribución del gas en Burdeos. La empresa concesionaria y el municipio de Burdeos llegaron a un acuerdo en el que había una correlación entre el precio del gas y el del carbón ordenando un importe máximo para el gas que no podía ser superado.

La primera guerra mundial provocó un incremento del precio del carbón, por ello, la concesionaria indicó que no podría asegurar el servicio si el municipio no le ayudaba. Ante esta circunstancia, el Consejo de Estado Francés afirma que el municipio debía indemnizar a la concesionaria para compensarla el incremento del precio del carbón, sin que fuera necesario resolver el contrato ni obligar a la concesionaria a seguir prestando el servicio por el precio máximo establecido en la concesión.

Esta perspectiva fue utilizada en otras resoluciones ulteriores del Consejo de Estado francés en el que considero que la Administración tiene que cooperar financieramente con el contratista para proteger la ejecución del contrato ante imprevistos y exteriores al mismo que habían afectado a su economía⁶³. Esto se aplica en el Arrêt Compagnie des automóviles postales de 25 de noviembre de 1921 en la que el Consejo de Estado afirma que son causas imprevistas, extraordinarias e inimaginables: una deprecación monetaria, una crisis económica o hechos de carácter natural.

La aprobación de la Circular del Primer Ministro y del Ministro de Economía, de 20 de noviembre de 1974, relative a la indemnisation des titulaires de marchés publics en cas

⁶³ AMENÓS ALAMO, J. y NIETO MORENO, J.E., “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, REDA, núm., 156, p. 122.

d'acrosissement imprevisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprevision), contiene un conjunto de reglas para resolver los asuntos relativos a la imprevisión. Su utilización tuvo como consecuencia la incorporación de cláusulas de actualización automática o pactada que fueron disminuyendo las decisiones del Consejo de Estado favorables al restablecimiento del equilibrio económico⁶⁴.

La teoría de la imprevisión hace alusión al acontecimiento durante la ejecución del contrato de una sucesión de circunstancias imprevistas en el instante de su realización, que modifican la economía del contrato, provocando su mayor dificultad y onerosidad para una de las partes. Cuando se sobrepasen de forma anormal y excepcional el riesgo ordinario, el contratista tiene derecho a pedir a la Administración que venga en su ayuda para que le compense en parte, repartiendo así entre ambos las consecuencias del riesgo extraordinario⁶⁵.

2.3.2. *Concepto.*

El riesgo imprevisible convive con otras técnicas de equilibrio económico como son el *factum principis* y el *ius variandi*. El riesgo imprevisible y el *ius variandi* son técnicas autónomas con un desarrollo técnico-jurídico profundo que contrasta con el *factum principis*, que se encuentra en una posición vulnerable.

El riesgo imprevisible comparte con el *factum principis* la nota de la imprevisibilidad, mientras que el *factum principis* y el *ius variandi* comparten la necesidad de una actuación que emana de la Administración.

El riesgo imprevisible es una de las técnicas que más dificultades presenta para diferenciar del *factum principis* porque la línea divisoria entre una y otra es confusa. El riesgo imprevisible trata de acontecimientos imprevisibles y ajenos a las partes, además de que

⁶⁴ AMENÓS ÁLAMO. J y NIETO MORENO., J.E., “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, REDA, núm. 156, pp. 123-124.

⁶⁵ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 291.

originariamente el riesgo imprevisible exigiera que las circunstancias que provocaran la alteración fueran de índole económica, lo que ha favorecido la confusión entre esta facultad y el *factum principis*.

La doctrina defiende la autonomía del riesgo imprevisible frente al *ius variandi* y el *factum principis* justificándose en el Art. 127.2.b) del RSCL cuando indica que “revisará las tarifas y subvenciones cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio...”. Por ende, se entiende que estas modificaciones pueden ser como consecuencia del *ius variandi* o del *factum principis*, como categorías diferenciadas del riesgo imprevisible.

BADENES establece que “la teoría del riesgo imprevisible pretende evitar los abusos que supondría no restablecer el equilibrio roto al producirse de un modo brusco, repentino, violento, imprevisible, un acontecimiento sobreviniente que cambiara radicalmente las circunstancias existentes en el momento de contratar”⁶⁶.

El profesor TORNOS ha definido el riesgo imprevisible como el supuesto en el que circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato, e imprevisibles en dicho momento, hagan mucho más oneroso para una de las partes el cumplimiento del contrato en los términos pactados⁶⁷.

PEQUIGNOT resume de manera excepcional la teoría de la imprevisión indicando que “cuando circunstancias imprevistas en el momento de la conclusión del contrato vienen a trastornar la economía del mismo con tal gravedad, que lo hace, si no imposible, mucho más difícil y oneroso, por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever; cuando el déficit, sobre pasado los límites del riesgo normal, toma un carácter anormal o excepcional, entonces el contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit, que le compense en parte de él”⁶⁸.

⁶⁶ BADENES GASSET, R., “El riesgo imprevisible”, Bosch, Barcelona, 1946, p. 19.

⁶⁷ TORNOS MAS, J., “Contratos Público: Problemas, Perspectivas y Prospectivas”, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, 2017, p. 372.

⁶⁸ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 291.

2.3.3. Régimen jurídico.

La LCSP 2017 no contiene una regulación expresa del riesgo imprevisible, si bien, si se aprecia como una causa que permite el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor de la entidad contratante o, al contrario⁶⁹.

El Art. 205.2.b) de la LCSP 2017 establece que “cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan tres condiciones...”⁷⁰. Estas condiciones son:

- Que se trate de una circunstancia imposible de prever para una Administración.
- Que no se modifique la naturaleza global del contrato.
- Que la modificación de la cuantía no supere, aislada o conjuntamente con otras modificaciones, el 50% del precio inicial.

MANENT ALONSO valora esta declaración legislativa como la primera intención de positivización que se hace en la ley estatal, aunque, indica que no se ha realizado respetando los valores que la jurisprudencia recogía junto con el *ius variandi*.

Pese a esta difusa estructuración, la previsión conjunta del riesgo imprevisible y del *ius variandi* reflejaría la aplicación de las mismas reglas de mantenimiento del equilibrio económico⁷¹.

⁶⁹ MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Tomo XIII, Contratos del Sector Público, BOE, Madrid, 2018, p. 200.

⁷⁰ Artículo 205.2.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

⁷¹ MANENT ALONSO, L., “Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios”, en MESTRE DELGADO, J. F, MANENT ALONSO, L., “La Ley de Contratos del Sector Público”, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 176-178

Finalmente, indicar las características de la teoría de la imprevisión:

- Conducta ajena a las partes, tanto de la Administración como de la buena gestión empresarial.
- Circunstancias imprevisibles. Tiene que ser objetiva y basada en criterios de racionalidad.
- Ruptura del equilibrio económico de las prestaciones de manera que trastoque por completo la relación contractual, sin que ello suponga la imposibilidad de ejecutar el contrato.
- Opera en ambos sentidos, tanto a favor de la Administración como del concesionario⁷².

2.3.4. Fundamento.

El fundamento del riesgo imprevisible lo encontramos en el mantenimiento del interés público que debe presidir toda contratación pública. Esta teoría manifiesta que nos encontraremos con un riesgo previsible del que tendrían que hacerse cargo los contratantes y con un riesgo imprevisible, de naturaleza extracontractual, que debería corregirse aplicando la justicia distributiva⁷³.

La doctrina del riesgo imprevisible exige la presencia de una serie de circunstancias que creen desequilibrios económicos en el contrato que no se presenciaron a la hora de la formalización del contrato. Para poder calificar dicho desequilibrio como riesgo imprevisible es fundamental que la mayor onerosidad acaecida no haya sido promovida por la actuación de ninguna de las partes.

⁷² HERNANDEZ GONZALEZ F.L., “La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 140-142.

⁷³ HAURIOU, M. “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales”, Revista de Derecho Privado, enero-diciembre, pp. 1-15.

Cuando aparecen estos acontecimientos imprevistos e imprevisibles se pone en peligro el cumplimiento del contrato. Ante esta situación, la Administración, que es la titular del servicio, tiene que tomar una decisión. Si el adjudicatario, debido a la mayor onerosidad del contrato, no puede seguir proporcionando el servicio cabe revolver el contrato. Esto implicaría la interrupción de la prestación, o bien, acudir al contratista para compartir los riesgos ocasionados por los hechos sobrevenidos para cumplir con el interés público. Elegir por la continuidad de la prestación del servicio fue lo que ocasionó el riesgo imprevisible.

Los fundamentos del riesgo imprevisible serían los siguientes:

La buena fe es una exigencia básicamente debida como contraste de las prerrogativas de los que goza la Administración en la contratación pública. ARIÑO ORTIZ y VILLAR PALASÍ establecieron que el deber de obediencia al que está sometido el ciudadano a pie, así como el contratista dentro del núcleo del contrato, demanda de la Administración cierta apreciación en respuesta “justamente en contrapartida de esos deberes rigurosos que le impone, la Administración tiene para con el contratista una especial obligación de equidad y buena fe, necesaria para conseguir el clima de confianza que el contrato requiere, pues de otro modo se vería considerablemente dificultado en su ejecución”⁷⁴.

La buena fe y equidad tiene que estamparse en los contratos en términos de justicia, prohibiendo el enriquecimiento injusto de la Administración ya que, si el contratista, en el momento de acordar tal responsabilidad hubiese sido consciente, habría estructurado la oferta de otra manera. El riesgo anormal al que hace alusión la doctrina supone que no se tuvo en cuanto inicialmente por lo que tampoco pudo aceptarse implícitamente.

El Consejo de Estado se pronuncia al amparo de la nación de justicia en el contrato administrativo indicando que “su fundamento no es ajeno a los principios de equidad y buena fe”⁷⁵ ya que “la razón de ser de la teoría de la imprevisión no es otra que evitar conclusiones radicalmente injustas”⁷⁶.

⁷⁴ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 295.

⁷⁵ Dictamen del Consejo de Estado 8/2003, de 13 de marzo.

⁷⁶ Dictamen del Consejo de Estado 560/1997, de 24 de abril.

La continuidad de los servicios públicos que se prestan a los ciudadanos es otro de los fundamentos en los que descansa el riesgo imprevisible, debido a que la paralización de dichos servicios públicos ocasionaría inconvenientes en el interés general. BADENES GASSET establece que “en los contratos concertados por la Administración interviene la importantísima noción de ‘servicio público’, que lleva consigo la idea de continuidad y el deber de la Administración de asegurar la ejecución ininterrumpida del mismo”⁷⁷. Es decir, la Administración tiene la obligación de asegurar la continuidad de los servicios, y dicha obligación se la transfiere al concesionario al que solicita que, pese a la insuficiencia que tiene debido a las circunstancias sobrevenidas, sostenga el cumplimiento del mismo y no cese en la suministración del servicio.

La responsabilidad de la Administración ante los ciudadanos de proporcionar una serie de servicios concretos conlleva la fractura, en determinados supuestos, del principio de riesgo y ventura. El sentido del principio de riesgo y ventura nos podría llevar al absurdo de colocar al contratista en posición de no poderlos prestar.

VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA mencionan esta finalidad indicando que “el auténtico fundamento del riesgo imprevisible no se encuentra tanto en la cláusula rebus cuanto en el mantenimiento del servicio ya que ahí radica el interés público específico que debe presidir toda actuación administrativa. El concesionario puede perder buena parte de sus beneficios expectantes, pero no hasta el punto de que con ello se ponga en peligro la subsistencia del servicio porque, entonces, la compensación al concesionario surge como conducta debida por la Administración antes que como derecho exigible por el contratista”⁷⁸.

Finalmente, nos referiremos al beneficio económico de la Administración. La utilización del principio del riesgo imprevisible ampara económicamente a la Administración y que JÉZE resume con las siguientes palabras “un incremento desmesurado e irrazonable del riesgo que debe soportar el contratista, incrementará considerablemente el precio del contrato”⁷⁹.

⁷⁷ BADENES GASSET, R., “El riesgo imprevisible”, Bosch, Barcelona, 1946, p. 150.

⁷⁸ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, “Principios de Derecho Administrativo, actos, recursos y jurisdicción contencioso-administrativa”, 4ª ed., Madrid, 1999, p. 727.

⁷⁹ JEZÉ, G., “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Madrid, 1928, p. 80.

2.3.5. Alcance.

Para comprender el alcance del riesgo imprevisible estudiaremos la LCSP 2017. Es extraño que nuestro ordenamiento actual no haya guardado unos artículos para reconocer positivamente la doctrina del riesgo imprevisible a nivel estatal pero sí, en cambio, lo haya hecho a nivel local. La LCSP 2017, ni ninguna de las leyes anteriores, hace alusión a la doctrina del riesgo imprevisible, mientras que en el RSCL encontramos un reconocimiento expreso.

El RSCL, en su Art. 127.2.2, exige a la corporación concedente que a lo largo de la ejecución de la concesión mantenga su equilibrio económico, aun cuando la ruptura del equilibrio económico tenga lugar por causas imprevistas.

La carencia de un reconocimiento *ope legis* del riesgo imprevisible en la legislación general en materia de contratos públicos no imposibilita que la doctrina como la jurisprudencia determinen cuando es viable su aplicación.

El Consejo de Estado indica que la teoría del riesgo imprevisible necesita unos requisitos para su aplicación:

- La aparición de una alteración de circunstancias que resulte imprevisible y extraordinaria⁸⁰.
- La insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para su revisión⁸¹.
- La alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre el equilibrio económico del contrato que sobrepase “los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación”⁸².

⁸⁰ Sentencia del TS de 16 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4351).

⁸¹ Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 6699).

⁸² Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 6699).

- Que produzca un efecto “patológico y desmesurado” y “una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido”⁸³.

La jurisprudencia, a la hora de utilizar la teoría del riesgo imprevisible, ha mantenido una contestación diferente en contratos distintos de las concesiones. Sin embargo, la ausencia de regulación en la legislación general de contratación pública no ha imposibilitado una evolución jurisprudencial que ha conllevado la admisión de otros contratos recurriendo a la cláusula *rebus sic stantibus* para compensar al contratista y mantener el equilibrio financiero del contrato.

Hay que especificar que este reconocimiento se hace, solamente, para los contratos de concesión. ARIÑO ORTIZ indicaba que no impide que la jurisprudencia haya ido evolucionando a una jurisprudencia que fomente la aplicación del principio de riesgo imprevisible con carácter general en todos los contratos de la Administración⁸⁴. Sin embargo, esta aceptación no implica que su utilización sea relajada puesto que BLANQUER CRIADO expone que “en la actualidad la jurisprudencia sigue el criterio más estricto: en materia de concesiones de servicio público la regla general es el principio de riesgo y ventura, por lo que el restablecimiento del equilibrio concesional es una excepción que debe ser interpretada y aplicada con criterios rigurosos, nunca extensivos o ampliatorios”⁸⁵.

En el contrato de obras, la jurisprudencia del TS pasó de rechazar la aplicación del riesgo imprevisible a adquirir una posición más sensible al contratista⁸⁶.

⁸³ Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 6699) y Dictamen del COE 1075/2001, de 26 de julio de 2001).

⁸⁴ ARIÑO ORTIZ, G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 292.

⁸⁵ BLANQUER CRIADO, D., “La concesión de servicio público”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1270.

⁸⁶ STS de 20 de junio de 1983 (RJ 1983, 3615).

En el contrato de servicios, la jurisprudencia es limitada. Esto es así por dos razones:

- Los contratos de servicios son contratos de una permanencia menor, lo que provoca una menor probabilidad de sucesos imprevistos en su ejecución.
- Algunos de los servicios que se encuadraban dentro de los contratos de gestión de servicios públicos, en la actualidad, serían catalogados como contratos de servicios.

No obstante, a este tipo de contratos también es aplicable la doctrina del riesgo imprevisible. Esta perspectiva se puede observar tanto en la STS de 30 de abril de 2001 (RJ 2001,4465) como en la STS de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9140).

En conclusión, la ausencia de regulación expresa del riesgo imprevisible no ha evitado que los contratistas la invoquen.

2.3.6. Compensación.

GARCÍA DE ENTERRÍA indica que, al tratarse de actos ajenos a las partes, nada obliga a la Administración a compensar al concesionario, pudiendo aplicar la *lex contractus* y resolver el contrato, el problema es que quedaría comprometido el interés general subyacente al contrato administrativo en vigor. De este conflicto de interés nace la teoría de la imprevisión por la cual la Administración compartirá los gastos con la otra parte para evitar el colapso del servicio⁸⁷.

Con carácter general, la jurisprudencia entiende que los perjuicios no deben recaer íntegramente en la Administración, sino que procede un reparto entre las partes. Así lo recoge la STS de 14 de marzo de 1985 que establece que si se origina un desequilibrio por causas sobrevenidas provocando la ruptura de su economía, la compensación “habrán de distribuirse de modo proporcional y razonable las pérdidas entre la Administración y el concesionario, de modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que no impida

⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R., “Curso de Derecho Administrativo I”, 19ª ed., Civitas, Madrid, p. 755.

la ruina de la concesión, ni tan excesiva que desplace el riesgo de la actividad y su explotación a la Administración imponiendo a esta un seguro de beneficios mínimos a favor del concesionario o de resarcimiento de todos los perjuicios sufridos”. Es decir, el TS adopta una solución comprometida de la que se pueden obtener dos exigencias:

- La indemnización debe ser parcial, nunca integral.
- La indemnización se limitaría a impedir la quiebra de la concesión. En ningún momento, la indemnización garantizara beneficios.

El concesionario no puede dejar de prestar el servicio amparándose en el surgimiento de ese supuesto extraordinario e imprevisible porque su incumplimiento le imposibilitaría acogerse a la propia teoría de la imprevisión. Además, el concesionario tiene derecho a conseguir la ayuda de la Administración a través de una compensación que tendrá naturaleza provisional porque el objetivo es ayudarlo económicamente con los gastos extraordinarios que provoca el supuesto imprevisible, sin que pueda extenderse hasta la consumación del contrato.

El Art. 127.22.b RSCL indica que el desequilibrio puede compensarse a través de la revisión de tarifas o, por medio de una subvención. De ambas, el profesor HERNÁNDEZ GONZÁLEZ deduce del RSCL que la vía habitual es la revisión extraordinaria de tarifas, salvo que resulte insuficiente, en cuyo caso se podrá otorgar una subvención para completar la tarifa⁸⁸.

⁸⁸ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., “La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 142-143.

3. COMO SE ARTÍCULAN LAS GARANTÍAS DEL CONTRATISTA: LA REVISIÓN DE PRECIOS.

Tradicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, cuando durante la ejecución del contrato se producían hechos que modificaban el equilibrio económico del contrato se recurría a diferentes prerrogativas cuyo objetivo era el reequilibrio económico. Entre estas prerrogativas hemos diferenciado una prerrogativa común, la revisión de precios, y varias prerrogativas especiales: el *factum principis*, el *ius variandi* y el riesgo imprevisible. La revisión de precios se denominó como prerrogativa común porque se concurría a ella de manera ordinaria, estimando los riesgos que pudieron ocasionarse para fijar los procedimientos para aliviarlos. Las técnicas especiales nacen como mecanismos correctores ante alteraciones económicas producidas por circunstancias imprevistas.

El reconocimiento de la revisión de precios quedó patente en el desequilibrio e inseguridad económica que se produjo durante la primera Guerra Mundial, así como “el estallido de la inflación continuada, el intervencionismo creciente del Estado y una concepción socializadora del Derecho” motivaron que “el sistema contractualista de la concesión y sus tarifas saltará hecha pedazos”⁸⁹.

Si se estudia la evolución legislativa de la revisión de precios se observa que el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero no hacía ninguna referencia a la revisión de precios en el supuesto de las modificaciones contractuales. A su vez, el Real Decreto 461/1971, de 11 de marzo regulaba un artículo para la revisión de precios. En concreto, este Real decreto, en su artículo 7, establecía que “en los contratos de obras que incluyan cláusula de revisión y que resulten modificados por la aprobación de presupuestos adicionales, el contratista no tendrá derecho a aquélla hasta que se haya certificado, al menos, un 20% del nuevo presupuesto. Si al aprobarse el presupuesto adicional se estuviera aplicando la cláusula de revisión, ésta quedará en suspenso hasta que la obra certificada vuelva a alcanzar un importe, a los precios primitivos del 20% del nuevo presupuesto total”⁹⁰.

⁸⁹ ARIÑO ORTIZ, G., “Las tarifas de los servicios públicos”, Poder tarifario, poder de tasación y control judicial, p. 6.

⁹⁰ Artículo 7 del Real Decreto 461/1971, de 11 de marzo.

JURISTO SANCHEZ indica que esta norma solo hacía referencia a la modificación del presupuesto en más pero no en menos, por lo tanto la califico como incompleta. El 20% exento de revisión tiene que aplicarse al presupuesto una vez reducido, “pues no se entiende que la proporcionalidad actúe solo en una dirección, es decir, solamente en los aumentos y no en las disminuciones del precio”⁹¹.

Este vacío jurídico se cumple con la Orden Ministerial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo el 10 de agosto de 1971. Esta Orden Ministerial contiene de forma específica la manera en la de proceder en supuestos de modificación del contrato.

En concreto, establece que en los contratos de obras que contengan cláusulas de revisión que resulten alteradas y que den lugar a un incremento del presupuesto, la revisión se aplicara en cada caso concreto.

La revisión de precios es una excepción al principio del riesgo y ventura y constituye una técnica de restablecimiento del equilibrio económico financiero. La revisión de precios es considerada como una técnica común por ser la fórmula a la que se ha recurrido de forma ordinaria, estimando los riesgos que pudieran ocasionarse para establecer los mecanismos para disminuirlos. El resto de técnicas, *factum principis*, *ius variandi* y riesgo imprevisible, eran denominadas técnicas especiales porque nacen como medidas correctoras ante desequilibrios económicos ocasionados por sucesos imprevistos.

La revisión de precios se sustenta en un doble fundamento:

- Una razón evidente de justicia material (la máxima *rebus sic stantibus* que atiende a las diferencias existentes entre las circunstancias que tuvieron lugar en el momento de contratar y las que rodean al contrato ulteriormente para argumentar una adaptación a las condiciones del contrato).

⁹¹ JURISTO SÁNCHEZ, R., “La ejecución del contrato de obra pública”, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 397.

- La convivencia del interés general por el que debe velar la Administración (puesto de no prever la actualización de los precios muchos servicios públicos se verían desatendidos)⁹².

El régimen de la revisión de precios ha sufrido una disminución de su ámbito de aplicación mediante la liberación de los precios de los contratos del sector público. El inicio de esta tendencia fue la disposición adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 y se fue incrementado con la Ley 2/2015 de desindexación de la economía española.

El objetivo de esta tendencia era la de obtener que el precio de la oferta se ajuste al precio final y definitivo del contrato, de modo que la Administración no esté sujeto a incrementos de precios en el futuro de corte inflacionista y pueda conocer con suficiencia la partida presupuestaria de gasto. Para alcanzar este objetivo se prohíbe registrar los diferentes valores monetarios que se entregan en los contratos a índices de precios generales y externos. Además, esta revisión está sujeta a la variación real que pueda producirse en los costes concretos del tipo de actividad de que se trate.

La revisión de precios, en la LCSP 2017, paso de ser un sistema de aplicación general, se aplicaba a todos los tipos de contratos y salvo que se expresase su improcedencia, a transformarse en un sistema excepcional y limitado. Es decir, se aplicará únicamente a ciertos contratos y solo cuando se declare y justifique su procedencia.

Los Arts. 103 y siguientes de la LCSP 2017 regulaban la revisión de precios en España, estableciendo su procedencia y límites.

El Art. 103.1 de la LCSP 2017 establecía que “salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del Art. 19, no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos”⁹³.

⁹² ARIÑO ORTIZ., G., “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, IEA, Madrid, 1968, p. 356.

⁹³ Artículo 103.1 de la Ley 19/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Por ello, la revisión del precio de un contrato necesita (Art.103.4 LCSP 2017):

- El pliego de cláusulas administrativas particulares. En el pliego se debe de precisar la fórmula de revisión aplicable, que no se podrá modificar durante la vigencia del contrato.
- Se necesita de previa justificación.
- Se deberá tramitar el pertinente expediente.

El Art. 103.2 de la LCSP 2017 se refiere a los contratos en los que es posible llevar a cabo esta técnica:

- Contratos de obra.
- Contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.
- Contratos de suministro de energía.
- Contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. El periodo de recuperación será calculado de acuerdo a las normas reguladas en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

Esta regulación no implica un impedimento a la posibilidad del equilibrio económico de los contratos de concesión de obras (Art. 270 LCSP 2017) y de concesión de servicios (Art. 290 LCSP 2017).

La revisión periódica y predeterminada de precios puede ser limitada en los pliego del contrato, cuando este se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20%

ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión (Art. 103.5 LCSP 2017).

El Art. 104 de la LCSP 2017 regula la cláusula de la revisión del precio del contrato cuando el contratista hubiera incurrido en mora no tendrá en cuenta esta circunstancia.

De esta forma, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos.

El Art. 105 de la LCSP 2017 establece que el pago de las revisiones que procedan se hará efectivo, de oficio, mediante el abono, o el descuento correspondiente. Los posibles desajustes que se produjeran respecto del expediente de gasto aprobado en el ejercicio se podrán hacer efectivos en la certificación final o en la liquidación del contrato.

La jurisprudencia permite que la revisión de precios no descarte que se pueda acudir a otras técnicas de equilibrio económico financiero como, por ejemplo, la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible.

4. CONCLUSIONES.

- La primera conclusión hace referencia a la inmutabilidad del contrato administrativo, consintiéndose la modificación unilateral por la Administración en los supuestos legalmente previstos y con fuertes limitaciones con el objetivo de no adulterar la licitación originaria.

El principio de inmutabilidad del contrato indica que, con carácter general, un contrato no se puede modificar. La razón fundamental es que una vez que un poder adjudicador ha hecho públicas sus necesidades, no puede, con carácter general, alterar su contenido.

En los contratos públicos el interés público exige que el fin del contrato sea compatible a la necesidad pública a satisfacer, más aún cuando surgen circunstancias imprevisibles que hacen más complejo el cumplimiento del contrato.

La potestad de modificación del contrato no puede quedar al libre albedrío del titular del órgano competente. Además, no toda modificación contractual es admisible, ya que el *ius variandi* no tiene carácter absoluto o ilimitado.

- La segunda conclusión gira en torno a la distinción de las diferentes técnicas de reequilibrio económico del contrato.

La revisión de precios es la técnica que de forma común debe ser empleada para el reequilibrio económico del contrato ante las variaciones económicas que se producen durante su ejecución.

Además, durante la ejecución del contrato, pueden producirse acontecimientos imprevistos que alteren las condiciones de las prestaciones pactadas, ocasionando un desequilibrio económico. En estos supuestos acudimos a las técnicas especiales para su restablecimiento: *factum principis*, *ius variandi* y riesgo imprevisible.

En la contratación pública, con carácter general, rige la inmutabilidad del contrato, pero también se tienen que equilibrar los intereses públicos que se persiguen.

- La tercera conclusión gira en torno al problema que ha ocasionado la compensación de las garantías del contratista. La jurisprudencia actual resuelve el problema a partir de una interpretación que determina el sistema de compensación en función del origen de la mayor onerosidad.

Las modificaciones que sean ocasionadas por actuaciones que emanen de la Administración contratante, *factum principis e ius variandi*, se sustanciarán a través de la compensación integral.

Sin embargo, las modificaciones que se ocasionen por actuaciones ajenas a la Administración, riesgo imprevisible, precisarán la compartición de las pérdidas entre ambos sujetos.

- La cuarta conclusión gira en torno a la idea de que, históricamente, en España ha habido una mala práctica en el ejercicio del *ius variandi*. Se parte de una situación poco regulada y con amplio margen de discrecionalidad, que en nuestro país ha perjudicado a aquellas empresas que presentaron diversas ofertas.

La contratación pública ha de respetar los principios que la rigen y España ha recibido diversos avisos al observar que el ejercicio del *ius variandi* estaba ocultando compensaciones al contratista para que éste lograra una retribución mayor a la pactada. La modificación del contrato ha de perseguir el interés público, por tanto, la Administración sólo debe intervenir en aquellos casos en los que sea necesario restaurar el equilibrio económico del contrato cuando el interés público así lo justifique.

- La quinta conclusión gira en torno a la modificación regulada en el Art. 204 LCSP que permite al contratista la modificación del contrato administrativo hasta un máximo del 20% del precio fijado inicialmente, a condición de que se hubiese recogido en los pliegos del contrato de forma clara, precisa e inequívoca. Además, no podrán añadir cláusulas que modifiquen la naturaleza del contrato inicial.

El Art. 206 de la LCSP presupone como obligatorias las modificaciones del Art. 205, no previstas, que determine el órgano de contratación cuando ocasionen una alteración que, de forma separada o conjunta, no superen el 20% del precio inicial del contrato.

5. BIBLIOGRAFÍA.

- AMENÓS ÁLAMO, J. y NIETO MORENO, J.E., *La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública*, REDA, número 156, octubre-diciembre 2012.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968.
 - *El enigma del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 172, enero/abril 2007.
- BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible*, Bosch, Barcelona, 1946.
- BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid. 2019.
- GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES I. *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia. 2018.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, *La modificación de los contratos. la reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. incidencia de la jurisprudencia comunitaria*, Jornadas Contratación Pública. Logroño, 13 de mayo de 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 19ª ed., Civitas, Madrid. 2020.

- GIMENO FELIÚ, J. M., *La modificación de los contratos: Límites y Derecho aplicable*, Jornada sobre contratación pública, segunda ponencia, Madrid, 25 de abril de 2013.
 - *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia [El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos]*, Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2014.
- HAURIOU, M., *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, Revista de Derecho Privado, Tomo XIII, nº 148, 1926.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JEZÉ, G., *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Madrid, 1928.
- JURISTO SÁNCHEZ, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, 2ª ed., Madrid, 1991.
- MANENT ALONSO, L., *Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios*, en MAESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., *La Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares*, en el libro colectivo dirigido por GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007.

- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XIII. Contratos del Sector Público, BOE, Madrid. 2018.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., *Posibilidad de resolución de una concesión y reembolso de las cantidades ya invertidas y los daños y perjuicios sufridos*, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 32, junio 2004.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009.
- TORNOS MAS, J., *Contratos Público: Problemas, Perspectivas y Prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, 2017.
- VÁZQUEZ LACUNZA, E., *El equilibrio en los contratos de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *Apuntes de Derecho Administrativo II. Parte General*, Marcial Pons, Madrid. 1977.
- VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo, actos, recursos y jurisdicción contencioso-administrativa*, 4 ed., Madrid, 1999.