



Universidad de Valladolid
ESDUVA
Escuela de Doctorado Universidad de Valladolid



MÁSTER DE ESTUDIOS AVANZADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

“EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS
CONTRATOS PÚBLICOS: SU
REGULACIÓN EN LAS DIRECTIVAS
EUROPEAS Y EN EL DERECHO
NACIONAL”

Presentado por:

D. IGNACIO DE CASTRO GARRIDO

Tutorizado por:

D. IÑIGO SANZ RUBIALES

21/09/2023

RESUMEN. –

Los contratos públicos, con carácter general, se encuentran sometidos al principio de riesgo y ventura, por lo que el contratista está expuesto a las vicisitudes que puedan acaecer durante la ejecución de estos, sin tener garantías de recuperar las inversiones realizadas o cubrir los costes. Sin embargo, durante la vida del contrato pueden sobrevenir circunstancias imprevistas que alteren su equilibrio económico haciendo necesarios mecanismos de compensación que garanticen el mantenimiento de la ecuación financiera. Siendo la contratación pública de una materia especialmente influida por la normativa comunitaria, el presente trabajo pretende analizar los mecanismos arbitrados por las Directivas para hacer frente a los supuestos de fuerza mayor, riesgo imprevisible y *factum principis* y su trasposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Además, tratándose el equilibrio económico de los contratos una cuestión eminentemente casuística se analizará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su labor de interpretación y aplicación de las Directivas, y su influencia en la normativa actual.

ABSTRACT. –

Public contracts are generally subject to the principle of “risk and fortune”, so that the contractor is exposed to the vicissitudes that may occur during their execution without any guarantee of recovering the investments made or covering the costs. However, during the term of the contract, unforeseen circumstances may arise that alter its economic equilibrium, giving rise to compensation mechanisms that guarantee the maintenance of the financial equation. Being the public contracting a field particularly influenced by EU regulations, this paper aims to analyse the mechanisms established by the Directives to deal with cases of force majeure, unforeseeable risk and *factum principis* and their transposition into Spanish law through Law 9/2017 of 8 November, on Public Sector Contracts. Furthermore, as the economic equilibrium of contracts is an eminently casuistic issue, the case law of the Court of Justice of the European Union -in its work of interpretation and application of the Directives- and its influence on current regulations, will be likewise analyzed.

-

PALABRAS CLAVES. –

Compensación

Contrato

Directiva

Ecuación financiera

Equivalencia económica

Factm principis

Fuerza mayor

Ius variandi

Prestación

Rebus sic stantibus

Reciprocidad

Riesgo imprevisible

Riesgo y ventura

KEY WORDS. –

Set-off

Contract

Directive

Financial equation

Economic equivalence

Factum principis

Force majeure

Ius variandi

Rendering

Rebus sic stantibus

Reciprocity

Unforeseeable risk

Risk and fortune

ABREVIATURAS. –

Art: artículo

Cc: Código Civil

CEE: Comunidad Económica Europea

CE: Constitución Española

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

RD-Ley. Real Decreto Ley

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	10
1.1 El concepto de contrato en el Código Civil.....	10
1.2 Equivalencia económica en los contratos privados...	13
1.3 Especial referencia a la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> ...	15
2. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	19
2.1 Del contrato civil al contrato administrativo.....	19
2.2 La equivalencia de las prestaciones en los contratos públicos.....	21
3. REEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA MODIFICACIÓN DE CONTRATOS EN LAS DIRECTIVAS 2014/23/UE Y 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 26 DE FEBRERO DE 2014.....	26

3.1.	Evolución de las Directivas comunitarias sobre contratación pública.....	27
3.2.	Objetivos y principios de las Directivas 2014/223/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014.....	33
3.3.	Jurisprudencia del TJUE sobre la modificación de contratos.....	38
3.4.	Régimen de modificación de contratos en la Directiva 2014/24/UE.....	44
3.4.1	Normas comunes a la modificación de contratos.....	45
3.4.2	Modificaciones que alteran la naturaleza global del contrato.....	46
3.4.3	Modificaciones que afectan a las condiciones esenciales sin variar su naturaleza global.....	46
3.4.4	Modificaciones que no tienen carácter sustancial.....	50
3.5	Regulación del equilibrio económico en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.....	51

4. CAUSAS EXTERNAS DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO.....	55
4.1. Fuerza mayor.....	59
4.1.1 Concepto de fuerza mayor.....	59
4.1.2 ¿Son compatibles las disposiciones del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, con los supuesto de fuerza mayor de la LCSP?.....	60
4.1.3 la fuerza mayor como supuestos expresamente tasados por el legislador.....	62
4.1.4 La fuerza mayor como un hecho ajeno al objeto del contrato.....	69
4.2. Riesgo imprevisible.....	70
4.3. Factum principis.....	72
4.3.1 Concepto.....	72
4.3.2 ¿Los actos legislativos pueden ser considerados como supuestos de factum principis?.....	74
4.3.3 Límites a la doctrina del factum principis.....	75

5. CONCLUSIONES.....79

1. INTRODUCCIÓN: EL SINALAGMA DE LAS PRESTACIONES DEL DERECHO CIVIL

1.1 El concepto de contrato en el Código Civil

No conoce el Derecho Administrativo un concepto de contrato distinto al del Derecho Civil, si bien la atribución a la Administración de velar por los intereses generales otorga unas notas a los contratos públicos que justificarán la existencia de un régimen contractual especial. De forma que para analizar la equivalencia de las prestaciones que ha de presidir cualquier relación contractual pública es posible partir de la Teoría General de Contratos para, posteriormente, analizar cómo es acogida y adaptada por el Derecho Público.

No siendo el objeto del presente trabajo el análisis profundo del concepto del contrato y su fundamento, realizaremos una breve aproximación, dejando de lado las referencias históricas, a la evolución de la noción de contrato y su tratamiento en los diversos textos legislativos históricos.

Siguiendo a DE CASTRO¹, pueden señalarse las siguientes funciones del contrato en nuestro Derecho:

- Crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias, o, junto con la tradición o como requisito del propio contrato, crear un derecho real.
- Producir una transmisión patrimonial y vincular a las partes a la celebración de un contrato. Dentro de estos segundos efectos se incardina el estudio de la figura de los precontratos.

El contrato es una institución de derecho. Desde que el hombre es hombre se ha venido utilizando como mecanismo para articular acuerdos vinculantes entre partes en aras a la satisfacción de necesidades personales. El concepto de contrato y sus elementos han ido cambiando a lo largo del tiempo. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos destacar las

¹ DE CASTRO Y BRAVO, F (1985)

siguientes fases en la determinación de los criterios que cada sistema y su legislación han determinado como base fundamental a la que se ha de ajustar la formación de los contratos²:

1. Sistema formalista.

El contrato precisa para su existencia una forma determinada y solemne. Prescindiendo de primitivas y no bien conocidas formas religiosas, es el sistema propio del Derecho romano.

En este Derecho era necesario realizar unos determinados actos solemnes y rituales que dan lugar a una “*obligatio*”, y a aquéllas se les podía llamar “*contractus*”. Más tarde, el Derecho pretorio admitió establecer obligaciones por el mero consentimiento, limitándose a los negocios de arrendamiento, compraventa, mandato y sociedad. Las demás convenciones, “*nuda pacta*”, no creaban “*obligatio*”, aunque posteriormente podían dar lugar a la “*actio praescriptis verbis*”.

2. Sistema espiritualista.

Partiendo de la última fase del Derecho romano em impulsado por el Derecho canónico se reconoció en el Derecho intermedio la eficacia del mero consentimiento como creador de obligaciones.

3. Sistema ecléctico.

Es el seguido en los Ordenamientos modernos, estableciendo como norma general que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento. Pero, por excepción, ciertos contratos requieren, además, la entrega de la cosa (dando lugar a los contratos reales) o una forma determinada, como el otorgamiento de escritura pública (que son los contratos formales).

4. Sistema español.

Antiguamente prevaleció en el Derecho español el sistema formalista, reproduciendo casi totalmente la Partida V el sistema romano.

Sin embargo, el Ordenamiento de Alcalá, de 1348, implantó decididamente el sistema espiritualista en su “Ley Única”, dentro del Título XV.

² LACRUZ BERDEJO, JL (2011)

El sistema espiritualista que impera en el Código Civil se deduce del artículo 1254 del Cc³, antes enunciado, y se plasma en el artículo 1278 del Cc según el cual: “*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”⁴”.

Por otra parte, el artículo 1258 del Cc dispone que: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”⁵”.

Como excepción, se prevé también la existencia de contratos reales y formales, como por ejemplo la prenda o la hipoteca, respectivamente.

No contiene el Código Civil una verdadera definición de contrato, pero es tradicional la referida en el artículo 1254 del Código Civil: “*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.*”⁶ Por su parte, dispone el art. 1089 Cc: “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia*”⁷. Finalmente, el art. 1091 Cc destaca su fuerza obligatoria, o *pacta sunt servanda*” cuando afirma “*Las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos*”⁸

El contrato se puede definir como un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, es un negocio jurídico bilateral en el que existen voluntades concurrentes o coincidentes e intereses opuestos⁹. Negocio jurídico que requiere la concurrencia de consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca (art. 1261 Cc.)

³ Art. 1254 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁴ Art. 1278 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de junio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁵ Art. 1258 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁶ Art. 1254 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁷ Art. 1089 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

⁸ Art. 1091 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁹ SANCHEZ CALERO, F (2021)

1.2 Equivalencia económica en los contratos privados

La Teoría General de Obligaciones y Contratos erige en uno de sus elementos esenciales a la autonomía de la voluntad de los contratantes. La autonomía de la voluntad puede definirse como *“el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”*¹⁰. Autonomía que se reconoce no como absoluta, que ampara y protege cualquier manifestación de la libertad humana, sino sometida a límites. En primer lugar, existen los llamados límites institucionales, cuyas principales manifestaciones son la buena fe y la prohibición del abuso de derecho, ambos recogidos en el art. 7 Cc.¹¹: *“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*

2. La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

En segundo lugar, están los límites internos derivados de la propia esencia del contrato. Sirva de ejemplo el contrato de depósito como aquel contrato por el que *“uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.”*¹² Así las cosas, el uso de la cosa por parte del depositario es ajena a esta categoría de contratos, es decir, es un límite interno del mismo ya que *“cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato.”*¹³

Dentro de esos límites internos podríamos incluir el sinalagma de las prestaciones. Las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas son aquellas en las que el acreedor está obligado hacia el deudor de forma que ambas obligaciones contrapartida la una de la otra. No siempre que dos personas están obligadas la una frente a la otra hablamos de obligación sinalagmática. Para ellos es preciso que exista un nexo de unión entre ambas prestaciones, que la una

¹⁰ DE CASTRO BARAVO, F. (1985)

¹¹ Art. 7 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹² Art. 1758 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹³ Art. 1768 I Cc aprobado por Real Decreto de 24 de junio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

funcione como contrapartida de la otra, es decir, que exista un nexo por el que ambas prestaciones funcionen como contravalor de la otra. Ese nexo es que el recibe el nombre de sinalagma que, desde un punto de vista genético, conlleva que cada deber de prestación es la causa por la que la otra parte se obliga y, que, desde un punto de vista funcional, implica que las partes deben cumplir de forma sincrónica sus respectivas prestaciones. Se ha de precisar que el sinalagma no implica onerosidad, ya que esta última alude a la carga que la obligación impone, de manera que todos los contratos recíprocos son onerosos, pero no todos los contratos onerosos son recíprocos.

El sinalagma o equilibrio de las prestaciones forma parte así de elemento esencial del contrato como un elemento de justicia conmutativa el contrato., vinculado a la causa como el fin práctico que se trata de conseguir mediante el contrato, que exige el equilibrio conmutativo entre las prestaciones que son objeto del contrato.¹⁴

Ejemplo también del equilibrio de las prestaciones que ha de presidir toda relación negocial lo son las normas interpretativas del Código Civil en sus artículos 1281 a 1289 que, junto a la búsqueda de la verdadera voluntad de los declarantes, añaden criterios objetivos para completarla. Así lo demuestran el art. 1289¹⁵ CC ya mencionado o el art. 1286 CC que ordena que cuando las palabras puedan tener distintas acepciones habrán de ser entendidas en aquellas que sea más conforme con la naturaleza u objeto del contrato.

En la formación del concepto del contrato siempre ha estado, como elemento esencial, el sinalagma de las prestaciones. Así NEME VILLARREAL afirma que: *“los bona fides iudicia provenían la oportunidad de considerar los intereses de ambas partes en la valoración de las obligaciones que emanan del negocio, así como las prestaciones a cargo de cada una de ellas, pues antes de la introducción de dichos juicios, el juez estaba limitado a determinar si la demanda existía o no, mientras la cláusula ex bona fide le permite al juez considerar íntegramente la relación de las partes en su origen y en todos sus efectos dentro del marco de las circunstancias que la rodean y de la buena conducta de los contratantes.”*¹⁶

¹⁴ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 de junio de 2014 (Rec. 2250/2012).

¹⁵ Art. 1289 Cc: *“Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.*

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.”

¹⁶Neme Villareal, M (2010) pág 109 yss.

1.3 Especial referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*

Si en la formación de los contratos sinalagmáticos radica la idea del sinalagma, entendida como justicia contractual, una desproporción entre las prestaciones del contrato que no llene la causa del mismo puede dar lugar a diversos resultados, entre otros la simulación relativa. Pensemos por ejemplo en la venta de un inmueble en el que el precio pactado sea muy inferior al precio del mercado. En estos casos, aunque las partes exterioricen en el tráfico jurídico una compraventa, en realidad nos entraremos ante una donación, puesto que es realmente la causa del negocio entre las partes no responde a un ánimo remuneratorio sino a una voluntad de liberalidad.

Pueden darse supuestos en las que el desequilibrio entre las prestaciones no sea *ab initio* sino por causas sobrevenidas que las partes no hayan podido prevé para lo cual el derecho debe arbitrar mecanismos correctores. Entre esos mecanismos se encuentra la cláusula *rebus sic stantibus* que consiste en el reconocimiento de una cláusula implícita en los contratos que faculta para moderar las prestaciones con el fin de corregir desequilibrios ante circunstancias sobrevenidas que hagan excesivamente gravoso el cumplimiento del contrato a una de las partes. Es decir, se trata de mantener el equilibrio entre las prestaciones cuando hechos imprevistos alteren el equilibrio del contrato.

Es necesario hacer especial mención a la cláusula *rebus sic stantibus* puesto que, al igual que en los contratos privados existen mecanismo para corregir desequilibrios sobrevenidos, en los contratos públicos se han configurado otros instrumentos inspirados en la misma idea: mantener la justicia del contrato mediante el equilibrio de las prestaciones. Se trata de los supuestos de riesgo imprevisible, fuerza mayor o *factum principis* que serán objeto de análisis en los epígrafes siguientes.

Afirma de CASTRO¹⁷ que las razones que justifican la admisión en nuestro derecho de la cláusula *rebus sic stantibus* son el principio de buena fe, que ha de presidir todas las relaciones contractuales, la preponderancia (ex art. 1289 Cc) que se ha de dar a la causa en la interpretación de los contratos, la facultad de resolver las obligaciones recíprocas que reconocer el art. 1124 Cc y los supuestos legales en los que la Ley prevé la posibilidad de que los Tribunales moderen la responsabilidad de los obligados.¹⁸

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO (1985)

¹⁸ En este sentido, véase los art. 1103, 1124.3, 1154, 1690 o 1801 del Cc.

La jurisprudencia ha venido reconociendo la admisión en nuestro derecho de esta cláusula, pero con determinadas cautelas. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de 30 de junio de 2014, (Rec. 2250/2012)

“En relación con el necesario cambio o adaptación de los referentes que tradicionalmente han configurado o caracterizado la aplicación de esta cláusula todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas "de equidad y justicia" en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado. Así, en primer lugar, conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (pacta sunt servanda), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por contra, su aplicación, cifrada en una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe.

De la primera regla se desprende que todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este "equilibrio básico", que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula rebus sic stantibus.

En conexión con lo afirmado, el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código Civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente,

las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus* ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004).

En segundo lugar, porque esta razón de compatibilidad o de normalidad con el sistema codificado tampoco se quiebra si atendemos al campo de los efectos o consecuencias jurídicas que la aplicación de la cláusula opera, ya sea un efecto simplemente modificativo de la relación, o bien puramente resolutorio o extintivo de la misma. Pensemos que figuras que comparten idénticas consecuencias, caso de la acción resolutoria (artículo 1124 del Código Civil) y de la acción rescisoria por fraude de acreedores (1111 y 1291, 3º del Código Civil), con idéntica naturaleza de la ineficacia resultante, pues supone la validez estructural del contrato celebrado (artículo 1290 del Código Civil), una vez superados los prejuicios de la economía liberal, se aplican en la actualidad con plena normalidad sin necesidad de recurrir a su excepcionalidad o singularidad dentro del campo contractual. En parecidos términos, si la relación se establece con el principio de conservación de los contratos (entre otros artículo 1284 del Código Civil), en donde su desarrollo tiende a especializarse respecto de la nulidad contractual como régimen típico de ineficacia; Sentencias de pleno de 15 de enero de 2013 (n° 827, 2012) y de 16 de enero de 2013 (n° 828, 2012). Por otra parte, dicha razón de compatibilidad tampoco se quiebra si nos fijamos en la nota de la subsidiariedad con la que tradicionalmente viene calificada la aplicación de esta cláusula, pues fuera de su genérica referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal que ampare la pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual, su adjetivación de subsidiaria hace referencia, más bien, a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios, (SSTs de 24 de septiembre de 1994 y 27 de abril de 2012).

En tercer lugar, esta razón de compatibilidad y normalidad en la aplicación de esta figura no puede desconocerse a tenor del desenvolvimiento jurídico experimentado en el contexto del Derecho europeo. En efecto, del mismo modo que la conservación de los contratos constituye un principio informador del derecho contractual europeo, reconocido por los textos de referencia ya señalados y aplicados por esta Sala en las Sentencias de 15 y 16 de enero de 2013 (núms. 827 y 828/2013 , respectivamente) la cláusula *rebus sic stantibus* o si se prefiere, la relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato, ha sido objeto de regulación por estos mismos textos de armonización sin ningún tipo de regulación excepcional o singular al respecto, como un aspecto más en la doctrina del cumplimiento contractual. En este sentido, no puede desconocerse un cierto valor añadido a las citadas sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 pues fuera de la oportunidad del momento, la referencia a la cláusula se realiza de un modo normalizado, conforme a los textos de armonización citados, y se admite su posible aplicación a casos que traigan causa de la "crisis económica", supuesto claramente más

*amplio y complejo que los derivados de la devaluación monetaria que sirvió de base a un cierto renacimiento de la cláusula rebus sic stantibus*¹⁹.”

Es necesario tener presente la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, por la equiparación que realiza el Alto Tribunal entre ella y el riesgo imprevisible. No sólo desde el punto de vista de su fundamento sino también en cuanto la compensación económica. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 9 de diciembre de 2003, (Rec. núm. 4361/1998) cuando afirma: “Como hemos expuesto en alguna otra ocasión, la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado. La sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1988 legitimaba una revisión de precios no pactada cuando en las vicisitudes de la contratación concurren unas circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afectan gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables²⁰”.

En conclusión, el reconocimiento de la fuerza mayor y el riesgo imprevisible como técnicas que permiten reequilibrar los contratos derivan de la cláusula *rebus sic stantibus*, de construcción jurisprudencial y de los principios de la buena fe, la equidad y de la teoría del enriquecimiento injusto. En el derecho privado la cláusula *rebus sic stantibus* no está expresamente regulada, pero, bajo el cumplimiento de una serie de requisitos, está plenamente reconocida su existencia excepción al principio clásico *pacta sunt servanda*²¹.

¹⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de 30 de junio de 2014, (Rec. 2250/2012)¹⁹

²⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 9 de diciembre de 2003, (Rec. núm. 4361/1998)

²¹ ARADAS GARCÍA, F. (2021)

2. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

2.1 Del contrato civil al contrato administrativo

Realizada esa somera aproximación al concepto y a la equivalencia de las prestaciones, a continuación, procede estudiar la forma en que ambos conceptos han sido acogidos en el Derecho Público y se han adaptado al encargo de velar por los intereses generales que se encomienda a la Administración.

Afirmábamos al comienzo de nuestro trabajo que no conoce el Derecho Público un concepto de contrato distinto al de Derecho Privado, lo que viene a justificar que nuestra aproximación a la teoría del equilibrio económico se realice desde la Teoría General de las Obligaciones y Contratos. Todo ello sin perjuicio de que la obligación de velar por los intereses generales, encomendada a la Administración, implique la introducción de notas que justifican la existencia de un régimen jurídico propio y distinto al de Derecho Privado. Por lo tanto, si bien la normativa puede ser distinta, la institución – el contrato- y su fundamento es el mismo: la justicia conmutativa a través la reciprocidad de las prestaciones. Es definitiva, la equivalencia de las prestaciones se erige como un elemento consustancial a los contratos públicos y privados sinalagmáticos.

La formación de los contratos públicos no puede desligarse del propio origen y evolución del Derecho Administrativo, siendo en aquella rama del derecho en la que se integra y desarrolla ese concepto. Como es sabido, la gestión de los servicios públicos se puede realizar directamente por la Administración (por medio de gestión indiferenciada sin órgano especial, establecimiento o empresa sin personalidad, como servicio público personificado o en forma de sociedad privada, etc.) o de forma indirecta (a través de la concesión, arrendamiento, concierto...) Es en esta segunda modalidad de gestión indirecta donde se desarrolla el concepto de contrato público. Originariamente la contratación de lo que hoy conocemos como Administración pública se articulaba a través del contrato civil. Sin embargo, las necesidades administrativas han ido influyendo en el contrato publico apartándole unos caracteres que le configuran en la actualidad.²²

Esa evolución del contrato administrativo ha culminado con el establecimiento de un régimen jurídico especial para los contratos público que, en la actualidad, se contiene en la

²² GIRALDES GUTIÉRREZ L, (2014)

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público²³. Sin embargo, no debe entenderse que el contrato privado y el contrato público son dos instituciones autónomas e independientes como pone de manifiesto el régimen complementario de los contratos administrativos, en los que supletoriamente se acude a las normas de derecho privado: *“Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.”*²⁴

Existen autores que afirman que el nacimiento del contrato público se encuentra en la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todos los litigios relacionados con ellos²⁵. Por su parte autores como GARCÍA DE ENTERRÍA o TOMÁS RAMÓN FÉRNANDEZ entendían que la atribución de su conocimiento a una jurisdicción especialidad no alteraba su naturaleza jurídica puesto que aún que puedan tener obras o servicios públicos, siguen planteando cuestiones civiles cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁶.

Tras ese primer intento de configuración de los contratos administrativos con base en la atribución a una jurisdicción especializada de las cuestiones relativas ellos, comienza a cristalizar la idea los contratos públicos se delimitan por su objeto. De forma que serán contratos públicos, como categoría independiente de los contratos privados, aquellos que tenga por objeto obras o servicios públicos.

En la actualidad, la teoría de que es el objeto y no la jurisdicción la que determina la naturaleza jurídica de los contratos públicos se ve reforzada por la propia clasificación que contiene la LCSP, debido a que bajo la denominación general de contratos del sector público recoge en realidad dos figuras contractuales, los contratos administrativos y los contratos privados. Los primeros se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos,

²³ La propia delimita su ámbito de aplicación (objetivo) en su art. 2 cuando dice: *“Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3”* Delimitación que se hace desde un punto de vista subjetivo en su art. 3.

²⁴ Art. 25. 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de las Administraciones Públicas.

²⁵ Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846, establecía en su artículo 1 que: *“Corresponde al Consejo Real conocer en primera y única instancia: 1º De las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados por el Gobierno o por las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración civil”.*

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA. E, y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T, (1975)

modificación y extinción por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente por las normas de derecho administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado. Por su parte, los contratos privados se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP; aplicándose supletoriamente las normas de derecho administrativo o, en su caso las normas de derecho privado. En cuanto a sus efectos, modificación y extinción se regirán por derecho privado²⁷. Finalmente, el art. 27 LCSP atribuye la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa o civil en función del tipo de contrato y de la fase. En conclusión, en ambos casos estaremos ante contratos del sector público, aunque la competencia jurisdiccional pueda variar.

El hito legislativo se encuentra en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911²⁸, cuando por primera vez se delimita esta categoría jurídica en atención a su objeto. Posteriormente, recibe un impulso fundamental, para su configuración como categoría autónoma, con el Reglamento de Corporaciones Locales de 1953 ya que reconoce un régimen de contratación propia del Estado y recoge expresamente ciertas potestades que corresponden a la Administración, entre otras, la potestad de resolución, la potestad de autotutela para fijar el importe de las indemnizaciones y la potestad de interpretación de los contratos²⁹.

De tal manera que será la atribución de prerrogativas a las Administraciones Públicas en aquellos contratos que concierten, los que justifiquen sustantivación del contrato como categoría independiente, dejando sin predicamento aquellas teorías que buscaban su justificación en su sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ese deber de velar por el interés general va a permitir que las Administraciones actúen revestidas de *imperium* en estas relaciones contractuales y va a generar, como contrapartida, una ruptura de la igualdad entre las partes³⁰.

²⁷ En este sentido véase los art. 25 y 26 de la LCSP.

²⁸ Art. 47 (modificado por la Ley de 20 de diciembre de 1952): “*La realización de obras y servicios públicos mediante contratos concertados por la Administración, y la ejecución directa por la misma de unas y otros, en los casos en que se halle autorizada, se ajustará a las disposiciones que se consignan en los artículos siguientes*”

²⁹ GIRALDES GUTIÉRREZ L, (2014)

³⁰ Pensemos por ejemplo en el *numerus clausus* de casos que justifican la modificación de contratos que regulan los artículos 204 y 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la posibilidad de oponerse a ellas cuando sobrepasen determinados límites.

Será el Decreto de 8 de abril de 1965 por el que se aprueba el texto articulado de Ley de Contratos del Estado el que se refiera ya a los contratos públicos como categoría autónoma cuando afirma: *“Los contratos que tengan por objeto directo la ejecución de obras o la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros al mismo estarán sometidos al Derecho administrativo y se regirán peculiarmente por la presente Ley y sus disposiciones complementarias.*

*Solo en defecto del ordenamiento jurídico-administrativo será de aplicación el Derecho privado*³¹

El reconocimiento de esa autonomía va a suponer su distinción del contrato civil y el establecimiento de un régimen de prerrogativas dirigidas a la salvaguarda de los intereses generales. De forma que se justicia su autonomía, desde un punto de vista finalistas, por los intereses generales por los que han de velar las Administraciones Públicas y, desde un punto de vista práctico, por las potestades que la Ley de Contratos atribuye a los licitadores³²

2.2 Equilibrio de las prestaciones en los contratos públicos

En los contratos públicos, una de las partes, la Administración Pública, actúa revestida de *imperium*, lo que va a suponer que tenga mucho más poder de decisión en el contrato que la otra parte, pero esa desigualdad de posiciones no se puede traducir en un desequilibrio económico de las prestaciones. De forma que, al igual que sucede en la Teoría General de Obligaciones y Contratos, ha de existir un equilibrio entre las prestaciones fundado en la misma idea de justicia conmutativa que ha de presidir cualquier tipo de relación contractual, tanto pública o privada. La reciprocidad de las prestaciones conlleva un equilibrio o equivalencia conforme al criterio objeto de proporción del coste que aquellas suponen y que exige que la contraprestación que reciba el contratista sea justa de acuerdo a valores ordinarios del tráfico jurídico³³

Este principio de justicia conmutativa tiene gran trascendencia ya que actúa como contrapeso a esa superioridad que ostenta la Administración, de forma que modera su

³¹ Art 1 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

³² GIRALDES GUTIÉRREZ L, (2014)

³³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (2011)

posición dominante y salvaguarda el equilibrio económico del contrato, protegiendo a la “parte débil”.³⁴

Los contratos públicos son contratos sinalagmáticos por los que una de las partes, la Administración Pública, se obliga a pagar un precio y la otra, el contratista, a cambio realiza una prestación orientada a la satisfacción de un interés general. Como contratos sinalagmáticos ha de existir un equilibrio entre las prestaciones de cada una de las partes, en otras palabras, ha de existir una reciprocidad que se traduzca en una equivalencia de las prestaciones. El principio de equilibrio en los contratos públicos exige que la correspondencia entre las prestaciones se mantenga durante toda la vida del contrato.

El equilibrio económico de los contratos públicos trata de compaginar la contraposición de intereses que coexisten en cualquier contrato. Afirma ARIÑO ORTIZ (1968:3) *“Un principio de justicia conmutativa, de equivalencia o, si se quiere de reciprocidad de intereses, debe presidir tal relación. Es este uno de los elementos sobre los que se construye ya desde el Derecho romano la figura del contrato (ultra citroque). Pues bien, en él se inserta la teoría general del equivalente económico, que viene a ser así la respuesta, o mejor, la serie de respuestas a toda una amplia gama de problemas que en la vida y ejecución de los contratos se plantean en torno a esa cuestión central.”*³⁵

La equivalencia de las prestaciones puede ser entendida como equivalencia material, en el sentido de valoración económica de las prestaciones o equivalencia subjetiva, como valor que la prestación tiene para cada parte³⁶. La equivalencia que ha de presidir cualquier relación contractual pública implica que el contrato ha de cumplir con las aspiraciones o expectativas de cada parte contratante en el momento de la formalización del contrato y que esa ecuación financiera o equilibrio ha de perdurar a lo largo de toda la vida del contrato para que cada parte pueda alcanzar las finalidades o resultados que se hubieran propuesto³⁷. Es por lo que cuando las condiciones económicas de los contratos se alteren por causas, que las

³⁴ Hablamos de parte débil para referirnos al contratista porque generalmente será esa la situación, Pero no siempre es así, pesemos en los contratos negociados sin publicidad en los que Administración ha de contratar necesariamente con una mercantil porque es la única que ofrece en el mercado un producto que precisa la Administración. En estos casos no puede hablarse de parte débil del contratista sino que llega a invertirse esa situación.

³⁵ ARIÑO ORTIZ, G. (1968:3)

³⁶ ARIÑO ORTIZ, G (1968)

³⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (2011)

partes no hayan podido prever en el momento inicial y que no son imputables a ninguna de ellas³⁸, es preciso reequilibrar los contratos.

La evolución de la equivalencia de las prestaciones en los contratos públicos parte del derecho privado en el que, a principios del siglo XIX imperaba la concepción individualista y liberal del contrato basado en el principio de autonomía de la voluntad y en el *pacta sunt servanda*³⁹, por lo que en principio el contrato no podía ser sometido a modificaciones. El Derecho Público acoge esos principios del contrato al que se une el concepto de riesgo y ventura, según el cual el contratista está obligado a ejecutar el contrato en las condiciones inicialmente pactadas por lo que como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA(2004:749): “*el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asume, la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar la obtención del resultado; lo único que importa es el resultado*”⁴⁰

El riesgo y ventura se erige como el criterio conforme al que se han de ejecutar los contratos públicos, asumiendo el contratista todas las consecuencias, tanto favorables como desfavorables, que puedan devenir de la ejecución del contrato. las modificaciones serán, entonces supuestos asilados y excepcionales ante situaciones imprevisibles.⁴¹ Será entonces el principio de justicia conmutativa, fundamento de la equivalencia de las prestaciones, el que justifica que cuando sobrevengan riesgos imprevistos no sean soportados por una sola de las partes y se configuren mecanismos que restablezcan el equilibrio económico.

Puesto en conexión el equilibrio económico con los riesgos, entendidos como eventualidades que rompen la economía del contrato, exige preguntarse quién debe soportar la onerosidad sobrevenida⁴². Esta cuestión encuentra su respuesta en LCSP al regular la modificación de los contratos antes circunstancias imprevistas, como expondremos en los siguientes apartados.

Es preciso matiza que, el principio de equivalencia de las prestaciones se manifiesta no sólo ante supuestos imprevistos que puedan sobrevenir, sino que también tiene reflejo en otros momentos de la vida del contrato, por ejemplo en el principio de remuneración

³⁸ En caso de que fuera imputable a alguna de las partes estaríamos ante un supuesto de responsabilidad contractual.

³⁹ Cuyo reflejo legal lo encontramos en el artículo 1091 Cc: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*”

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo I*. Decimo segunda edición. Madrid. Editorial Civitas, 204, p.749

⁴¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.

⁴² ARIÑO ORTIZ, G. (1968)

suficiente al contratista que proclama el art. 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o en el art 129.3 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales⁴³.

Aun así, el principio de equilibrio financiero de las prestaciones cobra especial relevancia cuando devienen esas situaciones excepcionales, no previstas y que no sean imputables a ninguna de las partes del contrato. En estos casos, la conmutatividad propia de los contratos administrativos y la necesidad de garantizar la prestación del servicio exigen fórmulas que reestablezcan el equilibrio económico de las prestaciones. De forma que será ese deber de mantener la equivalencia de las prestaciones las que fundamenten las soluciones arbitradas en derecho para casos de fuerza mayor, riesgo imprevisible o *factum principis*. Esta disyuntiva se encuentra sometida a dos principios: el principios de equivalente económico y el principio de riesgo y ventura⁴⁴

En definitiva, la conjunción de los principios de *pactum sunt servanda*, equivalencia de las prestaciones y riesgo y ventura son los que permiten mantener el equilibrio económico del contrato y la obligación de compensación en los casos de su ruptura por *ius variandi*, fuerza mayor, riesgo imprevisible o *factum principis*.

⁴³ *En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial*

⁴⁴ ARIÑO ORTIZ, G. (1968)

3. REEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA MODIFICACIÓN DE CONTRATOS EN LA DIRECTIVAS 2014/23/UE Y 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 26 DE FEBRERO DE 2014

Una vez expuesto el concepto de contrato y la equivalencia de las prestaciones, tanto desde la óptica civil como desde la administrativa, se ha de analizar qué sucede cuando se produce la ruptura de ese equilibrio en contratos públicos.

La ruptura de la ecuación financiera del contrato, con determinados requisitos, da lugar al reequilibrio económico del contrato, lo cual no deja de ser sino una modificación del contrato. Por ello se hace necesario el estudio del régimen comunitario de modificación de los contratos puesto que la normativa española en la materia sólo puede explicarse por el desarrollo y evolución de la normativa de la Unión Europea.

El fundamento de las Directivas de contratos públicos es el logro del mercado interior (art. 53.1 TFUE) y la armonización de los procedimientos de contratación pública⁴⁵. En la consecución de estos objetivos las directivas han ido evolucionando. De forma que, si en la primera generación de directivas se centraban exclusivamente en el procedimiento adjudicación, tratando de garantizar la igualdad de trato y no discriminación, la cuarta generación de directivas (en la que se integra las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2014) abarca aspectos de la fase de ejecución de los contratos. La labor legislativa de la Unión Europea se ha visto acompañada de actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debido a que en el ejercicio de las competencias legislativas que tiene atribuidas la UE ha de versar exclusivamente sobre materias de su competencia, con pleno respeto del principio de subsidiariedad, pero al haber incorporado una regulación tan detallada y repleta de conceptos jurídicos indeterminados se ha abocado una labor interpretativa -a través del TJUE- que continua perfilando el régimen europeo de contratación⁴⁶.

⁴⁵ CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. (2019)

⁴⁶ CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. (2019)

De tal manera, que por razones didácticas se va a exponer la evolución de las directivas europeas y la jurisprudencia del TJUE para finalmente abordar cuál es en la actualidad el régimen de modificación de contratos traspuesto en nuestro ordenamiento jurídico.

3.1 Evolución de las Directivas comunitarias sobre contratación pública

Analizar la normativa comunitaria sobre contratación pública se hace imprescindible para entender el actual régimen de modificación de contratos. En el desarrollo normativo en materia de contratos públicos podemos diferenciar cuatro etapas en las que muestra la evolución que han seguidos las Directivas, desde las primeras, que se centraban en el procedimiento de adjudicación con el fin garantizar la libre concurrencia de operadores basado en la mejor oferta económica, pasando por la inclusión de criterios medioambientales, sociales y laborales que prevén el TFUE, hasta llegar a una última etapa en la que se regulan aspectos relativos a ejecución de contrato⁴⁷.

A) Directivas de Primera Generación:

En esta primera etapa se encuentra la promulgación de las primeras Directivas dictadas con el fin de homogeneizar los procedimientos de los Estados miembros en materia de contratación para tratar de proscribir la discriminación en aras de la implantación de los operadores económicos con independencia de su nacionalidad.

Se trata de dos Directivas: la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros. Estas primeras directivas se circunscriben exclusivamente a contratos de obra pública y suministros y realizando la coordinación conforme a los principios de: *prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, suficiente publicidad de los contratos... igualdad de trato*,⁴⁸

⁴⁷ En la exposición de la evolución de la normativa europea de contratación se realiza en base a la síntesis de LOSA CAPÓ, J. "Evolución de los criterios de adjudicación de contratos" Revista del Gabinete Jurídico de Castilla la Mancha (nº17, marzo 2019)

⁴⁸ Considerando tercero de la Directiva del Consejo de 26 de julio de 1971 sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. (71/305/CEE)

Esta primera generación de directivas no tuvo una incidencia directa en derecho español debido a que el ingreso en la UE (por entonces denominada Comunidad Económica Europea) no se produjo hasta el 1 de enero de 1986⁴⁹. La posterior entrada en la CEE obligo a la modificación del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, labor que se llevó a cabo por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea. La principal adaptación se encuentra en la introducción del art. 36.1 bis por el que se obliga a la publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea⁵⁰. La trasposición no fue adecuada puesto que se seguía permitiendo la adjudicación directa de los contratos en supuestos no contemplados en la normativa europea, con la consiguiente restricción de la publicidad y la transparencia en los procedimientos de adjudicación, lo que conllevó la condena al Reino de España en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1992 (C-24-91).

B) Directivas de Segunda Generación:

Esta segunda etapa se caracteriza por la ampliación del ámbito objetivo de las directivas, ampliándose a los contratos de servicios y a determinados sectores específicos. A su vez, se modifican las directivas de la primera etapa con el fin de

En similares términos se pronuncia el considerando tercero de la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1976 de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros(77/62/CEE) cuando establece que los principios de coordinación en materia de contratos públicos de obras se extenderán *esos métodos y esos principios a los contratos públicos de suministros*.
⁴⁹ Tras la firma del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europa con fecha de 12 de junio de 1985.

⁵⁰ Art. 36 bis del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado: *“Cuando la cuantía de los contratos se igual o superior a 1.000.000 de unidades de cuenta europeas, IVA excluido, podrá utilizarse el procedimiento restringido, en el que se aplicaran las normas generales de esta Ley, sin perjuicio de las siguientes normas especiales:*

1. *El envío del anuncio para la publicación de la licitación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas se efectuará con una antelación mínima de veintidós días naturales a la fecha señalada para la presentación de solicitudes. Dicho plazo se reducirá a doce días en caso de urgencia.”*

seguir ahondado en la integración del mercado interior y en la eliminación de barreras en la libre prestación de servicios.

En esta segunda etapa han de destacarse:

- Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios.
- Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros.
- Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
- Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Esta fase se caracteriza por el avance en los procedimientos de integración sobre la base de los principios de libre concurrencia, transparencia y no discriminación reflejados en los artículos dedicados a la regulación de los criterios de adjudicación.

Fue con las Directivas de Segunda Generación cuando se comenzó realmente a adaptar la normativa nacional a las exigencias comunitarias. En aras de esa labor de coordinación e integración de las directivas se promulgó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas por la que se comienza a garantizar la igualdad, publicidad y transparencia. Así lo dispone el párrafo II de apartado 1.5 de su exposición de motivos⁵¹ o el art. 11.1 de la Ley 13/1995: *“Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y*

⁵¹ Párrafo II del apartado 1.5 de la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas: *“Una de las más importantes enseñanzas de esa experiencia es la de la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia.”*

*conurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.*⁵²”

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, fue posteriormente modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, a su vez modificada por el 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.

C) Directivas de Tercera Generación:

Esta tercera fase comienza con integración de las normas de contratos públicos sobre contratos de obras, suministros y servicios en una sola Directiva: la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

En esta primera directiva comienza a acogerse la jurisprudencia del TJUE en materia de contratación pública puesto que *“a presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2⁵³.”*

Se trata de la primera directiva en la que se introducen como criterios de adjudicación criterios medioambientales, laborales o sociales⁵⁴. A su vez, se

⁵² Art. 11.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁵³ Considerando primero de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios.

⁵⁴ En este sentido, véase el considerando quinto de la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios: *“Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del*

consagran como principios rectores la igualdad de trato y no discriminación y la transparencia en los procedimientos de adjudicación⁵⁵.

Por otro lado, los sectores específicos continúan regulándose por su normativa específica, promulgándose una nueva directiva: la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

El reflejo de las directivas de tercera generación en la legislación española se produce por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público. En ambos se incluyen en los criterios de adjudicación valores medio ambientales o sociales⁵⁶.

En estas directivas llama la atención que se excluyan las concesiones de servicios, puesto que la Directiva 2004/18/UE hace referencia solamente al contrato de obra, con expresa omisión de las concesiones de servicios, y en la Directiva 2004/17/UE sólo su artículo 18 hace referencia a la exclusión a ciertas concesiones que en el mismo se enumera. Habrá que esperar a la Directiva 2014/23/UE para que exista una regulación comunitaria específicamente dedicada al contrato de concesión de servicios⁵⁷.

D) Directivas de Cuarta Generación:

La última generación de directivas está compuesta por la Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la

desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio”

⁵⁵ Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios: “Principios de adjudicación de contratos: Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.”

⁵⁶ En este sentido, véase los art. 101 o 103 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

⁵⁷ LÓPEZ MORA, E (2019)

adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Dentro de este bloque también podemos incluir la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Estas directivas tienen su reflejo en derecho español mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En línea con las nuevas directivas, la nueva Ley refuerza los principios de no discriminación, igualdad, transparencia y publicidad. y se mantienen los criterios de adjudicación factores medioambientales, sociales y laborales que se introdujeron con las Directivas de Tercera Generación. Quizá la mayor novedad sea, como ya hemos apuntado al comienzo del apartado tercero del presente trabajo, que las directivas regulan aspectos relativos a la fase de ejecución del contrato⁵⁸.

En lo que ahora interesa, las Directivas de Cuarta Generación regulan los supuestos de modificación de los contratos, que tiene su origen en la doctrina del TJUE⁵⁹, por lo que se apartan de la tradicional limitación de las directivas a la fase de adjudicación del contrato y entran a regular aspectos de la fase de ejecución.

Aunque hemos indicado que en esta última etapa se incluyen tres directivas, nos centraremos en la Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE por ser las de mayor interés al objeto del presente trabajo.

3.2 Objetivos y principios de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014

⁵⁸ Recordemos que, hasta el momento, las directivas se centraban en aspectos de la formación del contrato puesto que se entendía que solamente esa fase tenía incidencia en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

⁵⁹ Entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004, *Sacchi di Fruta* (C-496/99) la STJCE de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, (C-454/06).

Antes de explicar el régimen de modificación de contratos debe conocerse cuáles son los objetivos y principios que persiguen las directivas europeas en materia de contratación pública. Como destaca el TJUE en su Sentencia de 19 de junio de 2008 (Asunto C-454/06):

“31 De la jurisprudencia se desprende que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44). Este doble objetivo se afirma explícitamente en los considerandos segundo, sexto y vigésimo de la Directiva 92/50.

32 Para la consecución de este doble objetivo, el Derecho comunitario aplica en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores y la correspondiente obligación de transparencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61, y de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 108 y 109).

33 Por lo que respecta a los contratos a que se refiere la Directiva 92/50 que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios incluidos en el anexo I A de ésta, dicha Directiva aplica estos principios y esta obligación de transparencia imponiendo, en particular, determinados procedimientos de adjudicación. En lo que atañe a los contratos a que se refiere esta Directiva que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios enumerados en el anexo I B de ésta, dicha Directiva no impone las mismas normas en cuanto a los procedimientos de adjudicación, pero esta categoría de contratos públicos de servicios sigue estando, no obstante, sometida a las normas fundamentales del Derecho comunitario y a la correspondiente obligación de transparencia (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartados 26, 30 y 31).

34 Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).⁶⁰”

Las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE no son ajenas a esos objetivos de libre circulación de servicios y libre competencia dentro del mercado común. Por eso afirma

⁶⁰ Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008 (Asunto C-454/06):

LÓPEZ MORA “*la finalidad de la Directiva (Directiva 2014/24/UE) es garantizar la uniformidad en cuanto a la aplicación por parte de los diferentes estados miembros del principio del TFUE y aumentar la seguridad jurídica en la adjudicación de los contratos de concesión en beneficio de las autoridades públicas y de los operadores económicos, aumentar el acceso a las pequeñas y medianas empresas (PYME) y garantizar la transparencia, y seguridad jurídica en la adjudicación de nuevas oportunidades de inversión para lograr así obras y servicios variados y de calidad limitando la arbitrariedad de los poderes y entidades adjudicadores en aspectos tales como: la publicación previa posterior, la salvaguarda de los procedimientos, los criterios de selección y adjudicación y los plazos a los que tienen que atenerse los licitadores, también se prevén mayores mecanismos de actuación a la hora de impedir o compensar infracciones.*”⁶¹”

Por ello, el marco en que se va a desarrollar el régimen comunitario de contratación pública es el Mercado Único entendido como “*un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los tratados*”⁶². La actividad de contratación deberá llevarse a cabo dentro del respeto de los principios de libertad de establecimiento (art 49 TFUE⁶³) y de libertad de prestación de servicios (art. 56 TFUE⁶⁴).

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo enuncia los principios que han de regir la contratación pública:

- Principio de libertad de administración de las autoridades públicas:

1. “*La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la*

⁶¹ LÓPEZ MORA, E (2019:45)

⁶² Art. 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

⁶³ Art. 49 TFUE: “*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.*

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.”

⁶⁴ Art. 56 TFUE: “*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.*

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión.”

prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recurso propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.

2. La presente Directiva no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público.⁶⁵

- Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia:

1. “Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igual y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada.

2. El procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios.⁶⁶”

- Libertad para definir los servicios de interés económico general:

“1. La presente Directiva no afectará a la libertad de los Estados miembros para definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, qué servicios se consideran de interés económico general, cómo se han de organizar y financiar esos servicios de conformidad con las disposiciones sobre ayudas públicas y a qué obligaciones específicas se han de someter. Igualmente, la presente Directiva, no afectará a la manera en que los Estados miembros organizar sus regímenes de seguridad social.

2. Los servicios de interés general no económicos no entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva.⁶⁷”

⁶⁵ Art.2 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁶⁶ Art. 3 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁶⁷ Art. 4 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

En cuanto a esta última, destaca la libertad que la Directiva 2014/23/UE otorga a los Estados miembros para determinar la forma de prestar los servicios. De forma que la autonomía que se atribuye a los Estados miembros para la organización de sus propios servicios públicos se ha elevado con la nueva directiva de servicios, siempre que no existan normas sobre armonización del mercado interior y respetando el derecho de propiedad de los Estados miembros⁶⁸.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre la contratación pública se pronuncia en iguales términos en su art 18 cuando dice *“los operadores adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminación, y actuarán de manera transparente y proporcionada.*

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considera que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos⁶⁹”

A lo largo del articulado de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE se recogen los principios fundamentales que habrán de regir la contratación pública, a saber, igualdad de trato, no discriminación, transparencia, competencia, libre circulación, integridad y proporcionalidad. De todos ellos interesa destacar los tres primeros, no sólo por el peso que juegan en la configuración del régimen jurídico de los contratos públicos sin por el uso que de ellos ha hecho el TJUE en sus sentencias para configurar el régimen de modificación de contratos.

En primer lugar, el principio de igualdad se encuentra positivizado en los ya citados artículos 2 y 3 de la Directiva 2014/23/UE y en el artículo 35 del mismo cuerpo normativo

⁶⁸ ALEMANY GARCÍA, J. (2019)

⁶⁹ Art. 18.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

al tratar la prevención de la corrupción y los conflictos de intereses. También tiene reflejo, entre otros, en el Considerando 4⁷⁰, Considerando 6⁷¹ o el Considerando 24⁷² de la Directiva.

En segundo lugar, el principio de no discriminación se encuentra consagrado en el art. 3 o en el art. 41⁷³, ambos de la Directiva 2014/23/UE.

Finalmente, en cuanto al principio de transparencia aparece reconocido en los ya mencionados Considerandos 4 y 6 de la Directiva 2014/23/UE. Este principio de transparencia es definido en la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11): *“Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios*

⁷⁰ Considerando 4 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contrato de concesión: *“La adjudicación de concesiones de obras públicas se rige en la actualidad por las normas básicas de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo mientras que que la de concesiones de servicios de interés transfronterizo está sometida a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia.*

⁷¹ Considerando 6 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación del contrato de concesión: *“Cabe recordar que los Estados miembros son libres, dentro del respeto de los principios del TFUE sobre igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas contemplados en el Tratado, de decidir organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos.”*

⁷² Considerando 24 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo relativa a la adjudicación del contrato de Concesión: *“P ara garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de las normas de adjudicación de concesiones en los sectores de la energía, de los transportes y de los servicios postales es necesario que las entidades a las que se apliquen se definan sin basar dicha definición en la referencia a su régimen jurídico. Por tanto, hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado.*

⁷³ En el artículo 41 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación del contrato de concesión regula los criterios de adjudicación y se refiere a la prohibición de discriminación cuando establece en su apartado 1: *“La adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3 y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectivas tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora.”*

aplicables al contrato de que se trate (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)⁷⁴”.

La transparencia aparece intrínsecamente unida a los principios de igualdad y no discriminación, debido a que si se persigue la igualdad entre competidores es preciso que todos los que desean concurrir a la licitación puedan tener acceso y conocer todos los documentos contractuales. La manera de hacer efectiva la transparencia es mediante la publicidad, por lo que cobran especial importancia el art. 48⁷⁵, relativo a los anuncios de información previa, y el art. 50⁷⁶ de la Directiva 2014/24/UE, que impone la necesidad de publicación de los anuncios de adjudicación.

3.3 Jurisprudencia del TJUE sobre la modificación de contratos públicos

Las Directivas de cuarta generación destacan, en lo que ahora interesa, en la incorporación de la doctrina del TJUE sobre la modificación de contratos. Modificaciones que pueden tener por objeto, tanto las modificaciones que realiza el poder adjudicador para garantizar la prestación del servicio como las dirigidas a hacer frente a situaciones imprevistas en el momento de la licitación del contrato. En ambos casos se trata de garantizar el equilibrio económico del contrato.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)⁷⁴

⁷⁵ Art. 48.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre la contratación pública: “Los poderes adjudicadores podrán dar a conocer sus intenciones de contratación a través de la publicación de un anuncio de información previa. Tales anuncios contendrán la información enunciada en el anexo V, parte B, sección I. Serán publicados por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o por los poderes adjudicadores en su perfil de comprador con arreglo al anexo VIII, punto 2, letra b). Cuando el anuncio de información previa sea publicado por el poder adjudicador en su perfil de comprador, el poder adjudicador enviará un anuncio de dicha publicación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea de conformidad con el anexo VIII. Estos anuncios contendrán la información enunciada en el anexo V, parte A.”

⁷⁶ Art. 50.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre la contratación pública: “1. A más tardar 30 días después de la celebración de un contrato o de un acuerdo marco a raíz de la decisión de adjudicarlo o celebrarlo, los poderes adjudicadores enviarán un anuncio de adjudicación de contrato sobre los resultados del procedimiento de contratación. Tales anuncios deberán contener la información establecida en el anexo V, parte D, y se publicarán de conformidad con el artículo 51.”

El presente apartado tiene por objeto la recopilación de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación contratos para, posteriormente, exponer cómo se ha trasladado a las Directivas de Cuarta Generación.

Afirma CODINA que la regulación de la modificación de los contratos públicos solo puede entenderse a la luz de la jurisprudencia del TJUE que trata de garantizar la libre concurrencia para la consecución del mercado único. Tal ha sido ese anhelo, que las Directivas de Cuarta Generación han comenzado a regular aspectos de la fase de ejecución de los contratos, alejándose de esa idea originaria de limitarse a aspectos de la fase de adjudicación⁷⁷.

Para delimitar los supuestos en los que se admite la modificación del contrato, el TJUE aplica la siguiente metodología: expone los principios que informan las directivas sobre contratos públicos, para después analizar si la modificación que se pretende conculca o no esos principios.

Hemos de comenzar preguntándonos cuál es la razón por la que las Directivas de Cuarta Generación han entrado a regular una cuestión que se circunscribe al ámbito de ejecución del contrato. La respuesta no es otra que evitar que por vía de modificaciones posteriores a la adjudicación se vacíe de contenido los principios que se tuvieron en cuenta para la licitación del contrato, es decir, de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia. De tal manera que en la jurisprudencia del TJUE se pone de relieve la tensión existente entre la garantía de los principios de que inspiran la contratación con la necesidad de garantizar la prestación del servicio público a que responde la causa del contrato.

Sobre la incidencia de los principios que informan las directivas de contratación y su incidencia en las modificaciones se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004 (Asunto C-496/99 P):

“110

El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

111

⁷⁷ CODINA GARCÍA-ADRADE, X (2019)

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

112

Ahora bien, teniendo en cuenta la importancia, el objetivo y el efecto útil de los referidos principios, también debe garantizarse su respeto en el supuesto de una adjudicación particular como la controvertida en el presente asunto, tomando en consideración, en su caso, los elementos específicos que caracterizan dicho procedimiento.

113

A este respecto, debe subrayarse que, en el presente asunto, basándose en el Reglamento n° 1975/95 del Consejo y mediante los Reglamentos n°s 2009/95 y 228/96, la Comisión determinó en primer lugar las condiciones generales de licitación para el suministro de zumos de frutas y confituras destinados a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán y a continuación elaboró el anuncio de licitación, definiendo al mismo tiempo el objeto preciso y las modalidades concretas de este procedimiento de licitación.

114

En tales circunstancias, debe considerarse que las estipulaciones de dichos reglamentos constituyen el marco en el que ha de desarrollarse todo el procedimiento.

115

En tal contexto, corresponde por tanto a la Comisión, en su condición de entidad adjudicadora, cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido, no sólo durante el procedimiento de licitación propiamente dicho, que tiene por objeto la evaluación de las ofertas y la selección del adjudicatario, sino, más en general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato de que se trata.

116

Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

117

De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse.

118

En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad

de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

119

Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.

120

En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.

121

Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

122

Ahora bien, en el presente asunto no se discute que la Comisión reemplazó, tras la adjudicación del contrato, las frutas mencionadas en el anuncio de licitación por otras frutas como pago de los productos que debía suministrar el adjudicatario, pese a que tal sustitución de frutas no estaba prevista en dicho anuncio ni en la normativa pertinente sobre la que se basó este último.⁷⁸”

Criterio mantenido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008 (Asunto C-454/06) cuando afirma que: “31. De la jurisprudencia se desprende que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, [C-26/03, Rec. p. I-1](#), apartado 44). Este doble objetivo se afirma explícitamente en los considerandos segundo, sexto y vigésimo de la Directiva 92/50⁷⁹”.

Como parámetro general TJUE fija que la introducción de modificaciones de los términos esenciales de un contrato, que alteren su naturaleza global, obligan a la celebración

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004 (Asunto C-496/99 P)

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008 (Asunto C-454/06)

de un nuevo procedimiento de adjudicación. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de abril de 2010 (Asunto C-91/08):

“37 Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34).

38 La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. (véase, por analogía, la sentencia presstext Nachrichtenagentur, antes citada, apartado 35).

39 Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.⁸⁰”

Sentado lo anterior, debe concluirse que el fundamento que limita las modificaciones contractuales es tratar de poner coto a aquellas prácticas posteriores a la fase de adjudicación del contrato que suponen una modificación de los términos del contrato que, de haber existido en el momento de la licitación, hubieran podido determinar que se adjudicase el contrato a un licitador distinto. El problema se centra entonces en conocer cuáles son esas modificaciones “sustanciales” que alteran la naturaleza del contrato y obligan a la celebración de una nueva adjudicación.

Esta cuestión se aborda por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 19 de junio de 2008 (Asunto C-456/06) cuando delimita cuando puede considerarse que existe modificación sustancial. Tratándose de un concepto jurídico indeterminado, el TJUE da una definición general que posteriormente trata de acotar

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de abril de 2010 (Asunto C-91/08)

mediante la determinación de supuestos concretos en los que considera que, en todo caso, se da una modificación de las condiciones sustanciales. Con carácter general estaremos ante una alteraciones de las condiciones sustanciales cuando: “ *las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46)*⁸¹”. Es decir, que el parámetro general es alterar alguno de los elementos esenciales del contrato.

A continuación, el TJUE matiza las modificaciones que alteran las condiciones esenciales del contrato:

“35 La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

36 Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

*37 Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.*⁸²”

En conclusión, la jurisprudencia transcrita se refiere a los límites a la modificación de contratos, no sólo los que se deban al ejercicio por la Administración del *ius variandi* sino también de los que puedan sobrevenir a causa del riesgo imprevisible. En ambos casos, se ha

⁸¹ Apartado 34 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008 (Asunto C-454/06)

⁸² Apartado 35 a 37 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008 (Asunto C-454/06)

de garantizar que las alteraciones de las condiciones originales no supongan restricciones a libre mercado y no vulneren los principios de igualdad, no discriminación y transparencia observados en preparación y adjudicación del contrato.

3.4 Régimen de modificación de contratos en la Directiva 2014/24/UE

Las modificaciones de los contratos se regulan en el art. 72 de la Directiva 2014/24/UE, en la que se plasma la doctrina del TJUE a que hacíamos referencia en el apartado anterior.

Con carácter previo, es preciso apuntar que como recuerda la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11): *“las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta”*⁸³.

En aras de la mejor comprensión del art. 72 de la Directiva 2014/24/UE las modificaciones de los contratos se pueden dividir en:

- a) Modificaciones que alteran la naturaleza global del contrato. En estos casos será necesario un nuevo procedimiento de adjudicación.
- b) Modificaciones que afectan a condiciones sustanciales del contrato pero que no alteran su naturaleza. Estos casos serán admisibles siempre que se cumplan los requisitos que establece el art. 73 de la Directiva 2014/24/UE, a que posteriormente haremos referencia.
- c) Modificaciones que no tienen carácter sustancial.

3.4.1 Normas comunes a la modificación de contratos.

⁸³ Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)

El art. 72 de la Directiva 2014/24/UE contiene dos normas comunes a la modificación de contratos. En primer lugar, precisa la forma de determinación del precio y, en segundo lugar, define que se entiende por modificación sustancial.

- Sobre el cálculo del precio: *“a efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.”*⁸⁴
- Modificaciones sustanciales: en todo caso se considera sustancial cuando la modificación introducida de lugar a un contrato o acuerdo distinto del inicialmente celebrado.

En todo caso se consideran sustanciales:

“a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).⁸⁵

⁸⁴ Art 72.3 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

⁸⁵ Art. 72.4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

Por otro lado, precisar que para que la sustitución del adjudicatario originario no se considere modificación sustancial es preciso que se realice bien en virtud de previsión expresa del contrato, a consecuencia de reestructuración empresarial o por asunción del poder adjudicadoras de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas.

3.4.2 *Modificaciones que alteran la naturaleza global del contrato*

Las modificaciones que alteran la naturaleza global del contrato, se encuentran reguladas en el art. 72.5 de la Directiva 2014/24/UE: “*Será preceptivo un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su periodo de vigencia, modificaciones distintas en las previstas en los apartados 1 y 2*⁸⁶.”

Destaca que la definición de las modificaciones sustanciales que alteran la naturaleza global del contrato se realiza de forma residual, incluyendo en ellas todas aquellas que sean distintas de las enumeradas en los apartados 1 y 2 del art 72 de la Directiva. Por lo tanto, este tipo de modificaciones precisan de un nuevo procedimiento de adjudicación para no falsear los principios que han de informar los procedimientos de adjudicación.

3.4.3 *Modificaciones que afectan a condiciones esenciales del contrato sin variar su naturaleza global*

Dentro de esta categoría se incluyen todos los supuestos que establece el apartado 1 del art. 72 de la Directiva y que a su vez se pueden dividir en:

- a) Modificaciones expresamente previstas: se admiten estas modificaciones, con independencia de su valor pecuniario cuando “*estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco*,”⁸⁷

Para su admisión es preciso que estén previstas en los documentos contractuales de forma expresa y se determinen expresamente los supuestos habilitantes. Se

⁸⁶ Art. 72.5 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

⁸⁷ Art. 72.1.a) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

entienden que no suponen un obstáculo a los principios que informan la Directiva hay que al ser conocidas por todos los licitadores en el momento de la adjudicación, todos han tenido conocimiento de ellas. Sin embargo, se establece un límite ya que en modo alguno podrán alterar la naturaleza global del contrato, para lo cual hemos de estar a los criterios del apartado 4 anteriormente transcritos.

- b) Trabajos añadidos: cabe también la modificación del contrato cuando sea necesario ejecutar trabajos adicionales a los inicialmente previstos siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
- que sean imprescindibles y no estuvieran previstos originariamente
 - que no sea posible cambiar de contratista:
 - *“no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial,*
 - *genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.⁸⁸”*

El último párrafo del art. 72.1 de la Directiva exige, como requisito adicional, su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Además, en estos casos se fija como límite que la modificación no puede superar el 50% del valor del contrato y, en caso de que se introduzcan varias modificaciones, ese límite se aplicará a valor de cada una de ellas. Este límite ni deja de ser llamativo que se aplique aisladamente a cada una de las modificaciones y no cumulativamente.⁸⁹

- c) Circunstancias imprevistas: para el objeto del presente trabajo, esta previsión es la que más interés tiene pues habilita la modificación de los contratos ante circunstancias imprevistas que afecta a la ecuación financiera del contrato.

Para ello es preciso que se cumplan los tres requisitos que impone el art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE:

⁸⁸ Art. 72.1.b de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

⁸⁹ CODINA GARCÍA CONDE, X. (2019) “*La modificación de contratos del sector público*” pág. 104

“i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,

ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,

iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;⁹⁰”

Al igual que se exige con las derivadas de trabajos añadidos, es preciso su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Nótese que en estos supuestos la Directiva no define que se entiende por circunstancia imprevisible para lo cual hemos de estar a la jurisprudencia del TJUE. En cuestión se trata en algunas sentencias, entre las que destacan la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11) o la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-540/10). En ellas, si bien se aborda este concepto desde una casuística particular de un contrato de obras, el tribunal aporta criterios interpretativos que ayudan a delimitar este concepto jurídico indeterminado.

Entre esos criterios interpretativos cobra especial relevancia la diligencia que han de observar las partes contratantes. Para que una situación sobrevenida pueda ser considerada como imprevisible se requiere una actuación diligente de las partes, es decir, que conforme a los conocimientos y la técnica vigente en aquel momento la situación no hubiera podido preverse.

Esta cuestión de la imprevisibilidad como fundamento habilitante para la modificación de contratos fue planteada por el Reino de España por modificados

⁹⁰ Art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública

operados en las obras de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida, pues alegaba que la modificación de un PGOU es una circunstancia imprevista que justifica la modificación del proyecto inicial. Planteamiento que es rechazado por la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11): “*En segundo lugar, ha de considerarse que incumbía a la entidad adjudicadora, durante la fase de redacción del proyecto, actuar con toda la diligencia requerida, y, concretamente, obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados durante ese período.*”

85 *Ahora bien, es necesario señalar que el Reino de España no aporta prueba alguna de que se hubieran realizado contactos previos a la firma del contrato inicial entre la entidad adjudicadora y los municipios cuyo territorio se vería afectado por las obras que habían de realizarse en el marco de los proyectos de que se trata. Toda vez que, como afirma el Reino de España, los municipios disponen de competencias de gestión y ejecución en materia urbanística, incumbía a la entidad adjudicadora llevar a cabo las actuaciones necesarias para obtener información sobre el PGOU en vigor en los municipios afectados y las posibles modificaciones que éstos pensaban realizar. En el presente asunto, es necesario declarar que el Reino de España no ha demostrado la existencia de concertación alguna antes de la publicación del anuncio de licitación.*

86 *Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede declarar que el Reino de España no ha demostrado que las modificaciones controvertidas se debieran a circunstancias imprevistas en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38⁹¹.*”

d) Modificaciones por cambio del contratista. Este supuesto está previsto para aquellos casos en los que se sustituya el adjudicatario originario por otro distinto en tres casos:

“i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),

ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

⁹¹ Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)

iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71;⁹²”

3.4.4 Modificaciones que no tienen carácter esencial

Bajo esta categoría podemos incluir dos tipos de supuestos que prevé la directiva, a saber, las modificaciones no sustanciales del art. 72.1.e) y las modificaciones menores.

En cuanto a las primeras establece el art. 72.1.e de la Directiva 2014/24/UE: “*Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes: e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor no sean sustanciales a los efectos del apartado 4⁹³.*” De forma que para saber cuándo estamos ante modificaciones no sustanciales hemos de estar a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 72.

Con respecto a las modificaciones menores, dispone el art. 72.2 de la Directiva 2014/24/UE: “*Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:*

i) los umbrales indicados en el artículo 4, y

ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones⁹⁴.”

De la lectura de ese artículo se concluye la naturaleza global del contrato vuelve actuar como límite a la modificación y que, en caso de haber varias modificaciones, los topes

⁹² Art. 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

⁹³ Art. 72.1.e) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

⁹⁴ Art. 72.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

cuantitativos se aplican al conjunto acumulado y no a cada uno de ellos, a diferencia de lo previsto b) y c) del art. 72.1 de la Directiva 2014/24/UE.

3.5 Regulación del equilibrio económico en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Como su propio nombre indica, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público traspone 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. Dejando de lado las cuestiones relativas a modificación general de contratos reguladas en los artículos 203 a 207 de LCSP, en el presente apartado nos vamos a centrar en la regulación del equilibrio económico, supuestos de ruptura y medios de reequilibrio (o formas de compensación) que la Ley traspone de las citadas Directivas.

El derecho al mantenimiento de la economía del contrato no se encuentra recogido con toda la extensión que debiere, limitándose a mencionarlo entre los derechos del concesionario en los contratos de concesión de obras. Dispone el art. 257.b) de la LCSP: “*Los concesionarios tendrán los siguientes derechos: b) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 270⁹⁵.*”

Partiendo de ese principio general de mantenimiento de la ecuación financiera del contrato, resta por analizar cuáles son los supuestos que pueden alterarla. Como hemos venido apuntado a lo largo del presente trabajo ello se puede deber a *ius variandi*, fuerza mayor, riesgo imprevisible o *factum principis*. Todos estos supuestos aparecen actualmente recogidos en la LCSP:

- *Ius variandi* y riesgo imprevisible: recogemos conjuntamente ambos supuestos en una interpretación amplia del art. 205.2.b) LCSP: “*Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes: b) b) 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 las tres condiciones siguientes:*

⁹⁵ Art. 257 LCSP

1.º *Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*

2.º *Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*

3.º *Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido⁹⁶.*”

- Fuerza mayor: los supuestos de fuerza mayor aparecen recogidos en sede del contrato de obras, concretamente en el art. 239 LCSP: “1. *En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.*

2. *Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*

a) *Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*

b) *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*

c) *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público⁹⁷.*”

-Factum principis: finalmente el reequilibrio por *factum principis* se reconoce expresamente en tanto en el art. 270. 2.b) LCSP: “*Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

b) *Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato⁹⁸.*”, como en el art. 290.4. b) LCSP: “4. *Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

b) *Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato⁹⁹.*”

⁹⁶ Art. 205.2.b) LCSP

⁹⁷ art. 239 LCSP.

⁹⁸ Art. 270.2 LCSP.

⁹⁹ Art. 290.4 LCSP

Expuestos los casos que rompen en equilibrio económico, se ha de examinar las formas de restablecerlo¹⁰⁰. Tradicionalmente se realizaba a través de una compensación económica, aunque en la actualidad se prevén otras formas de compensación todas ellas se encuentran reguladas en los art- 270.3 y 290.5 LCS:

- Art. 270.3 LCSP: *“En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado 2 anterior, y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial¹⁰¹.”*

- Art. 290.5 LCSP: *“En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente¹⁰².”*

¹⁰⁰ Las formas de compensación están íntimamente unida a la naturaleza del hecho que genere el reequilibrio. Así en los caso de *ius varían* o *factum principis* se compensa la totalidad del daño al entender que se trata de supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración. En cambio, en casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible, se reparte la carga de los daños.

Esta cuestión, es ajena al objeto de este trabajo, ya que daría a un debate más profundo.

¹⁰¹ Art. 270.3 LCSP

¹⁰² Art 290.5 LCSP

De la lectura de ambos artículos destaca que las formas de compensación que prevé la LCSP no se limita a reconocimiento de una indemnización, sino que se incluyen otras formas como modificación de tarifas o de la retribución, modificación del plazo de concesión y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico.

4. CAUSAS EXTERNAS DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO

En los precedentes epígrafes hemos expuesto el concepto de contrato y el de equivalente económico, entendido como equilibrio de las prestaciones por las que cada parte

recibe una atribución patrimonial a cambio de la que presta¹⁰³. Sin embargo, en ocasiones puede suceder que ese sinalagma o equilibrio se rompa por diversas causas.

Siguiendo a ARIÑO ORTIZ, la equivalencia de las prestaciones se puede plantear desde el triple aleas que afecta al contratista: aleas administrativo, integrado por las posibles modificaciones que puede imponer la Administración en el ejercicio de las potestades que tiene reconocidas; aleas empresarial, constituido por los riesgos económicos internos del negocio; y el aleas económico, constituido por el riesgo comercial externo. De acuerdo con el principio de equivalencia de las prestaciones ese aleas ha de ser repartido entre las partes. Reparto que dependerá también de la imputación del riesgo ya que se puede deberse a una de las partes (por ejemplo, *ius variandi, factum principis*, mora en el pago...) o a sucesos o acontecimientos ajenos a las partes (como los supuestos de fuerza mayor). El principio de equivalencia económica de los contratos públicos, conjugado con el principio de riesgo y ventura serán los criterios inspiradores de la solución¹⁰⁴

El punto de partida se encuentra, al igual que en los contratos civiles, en el principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, como ya hemos apuntado, en los contratos públicos rige también el principio de riesgo y ventura que vertebró el régimen de los contratos públicos. En este sentido dispone el art. 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de las Administraciones Públicas: *“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239¹⁰⁵. Principio que conlleva el reconocimiento de un elemento de aleatoriedad en los contratos públicos por el cual, si se frustran las expectativas económicas del contratista, no se le libera de su integro cumplimiento ni le facultan para exigir su modificación.¹⁰⁶ . En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo al afirmar que el principio de riesgo y ventura *“implica que, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización”¹⁰⁷**

¹⁰³ ARIÑO ORTIZ, G. (1968)

¹⁰⁴ ARIÑO ORTIZ, G. (1968)

¹⁰⁵ Art. 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

¹⁰⁶ ARADAS GARCÍA, F. (2021)

¹⁰⁷ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Rec. 763/2007)

Principio que para determinados tipos contractuales cobra especial relevancia a través del conocido como riesgo operacional, que puede ser definido como la exposición a la que se enfrenta el contratista al no estar garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de concesión¹⁰⁸. En este sentido, véase el art. 14.1 de la LCSP cuando establece: “*La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*”¹⁰⁹ Por su parte, dispone el párrafo I del art. 14.4 LCSP: “*El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda*”¹¹⁰. Elemento que también está presente en otros tipos contractuales como en el contrato de concesión de servicios¹¹¹

A la hora de abordar los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato es preciso analizar si quedan cubiertos por el principio de riesgo y ventura o si es necesaria la compensación para reponer la ecuación financiera del contrato, es decir, se trata de analizar la relación entre el principio de riesgo y ventura y el del equivalente económico de los contratos públicos. Por lo tanto, la regla general habrá de ser siempre que la situación está cubierta por el principio de riesgo y ventura y será el contratista quien habrá de asumir los

¹⁰⁸ Definición obtenida del art. 14.4. II de LCSP

¹⁰⁹ Art. 14.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

¹¹⁰ Art. 14.4.I de la LCSP.

¹¹¹ Art. 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: “1. *El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

2. *El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.*

riesgos derivados de la ejecución del contrato sin que la Administración quede obligada a ningún tipo de compensación. En palabras del Tribunal Supremo: “ *La configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es el principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es un obligación de resultados...*”¹¹².

El Consejo de Estado lo expresa con las siguientes palabras: “*Uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista. Esta regla comporta que el adjudicatario se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial, permaneciendo la Administración ajena a la suerte o desventura del contratista*”.

(...)

Esta regla del riesgo y ventura del contratista, no obstante, está sujeta a ciertos límites derivados del principio de equilibrio económico-financiero del contrato.

(...)

Es doctrina común, avalada por la jurisprudencia, que en los contratos administrativos de tracto sucesivo y de carácter sinalagmático la alteración de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión -y tomadas como base para ello-, puede dar lugar a una revisión del contenido de las prestaciones pactadas sin ruptura del vínculo contractual, siempre y cuando sea lo suficientemente importante para determinar la quiebra del equilibrio económico establecido entre las prestaciones recíprocas. Con ello se trata de evitar, sobre la base del principio de buena fe, recogido en el artículo 7.1 del Código Civil, que un contrato que ha sido concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestaciones recíprocas, quede transformado por virtud de circunstancias sobrevenidas, no queridas por las partes, en otro meramente aleatorio con desproporcionado perjuicio para una de ellas en beneficio de la otra. Esta regla constituye un principio general del derecho de los contratos públicos, [...]”¹¹³.

El límite del principio de riesgo y ventura será siempre el principio de equivalencia de las prestaciones, su ruptura conlleva la necesidad de compensación. Como afirma ARIÑO ORTIZ, el equivalente económico actúa como una garantía para el contratista frente al poder

¹¹² Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 15 de marzo de 2005 (Rec. 5247/2000)

¹¹³ Dictamen del Consejo de Estado núm. 92/2019, de 28 de febrero.

de la Administración que permite una equivalencia honesta entre el beneficio del concesionario y su responsabilidad¹¹⁴. Criterio seguido por GARCÍA DE ENTERRÍA cuando, con cita del origen francés de la institución del reequilibrio, sostiene que el principio de riesgo y ventura a cargo del concesionario debe ser relegado en el caso de la gestión de los servicios públicos por el principio de viabilidad del servicio público¹¹⁵.

Al abordar la posibilidad de reequilibrio de los contratos hemos de tener en cuenta las premisas que aporta el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, en Sentencia núm. 1597/2015, de 20 de abril: “*El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen:*

La primera es que el principio de la efectividad vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1092 del Código Civil y sobre la segunda de estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 TRLCAP y los artículos 208 y 209 del TRLCAP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 TRLCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TRLCAP). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libra de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de las mismas por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que se considera extra

¹¹⁴ ARIÑO ORTÍZ, G. (1968).

¹¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por TOMÁS SALÁS DARROCHA, Josep y GARCÍA FERNÁNDEZ, Luisen «*Concesiones administrativas de gestión de servicios públicos: un instituto compartido*». Contratación Administrativa Práctica, N° 13, Sección Reflexiones (2002), pág. 43, Editorial LA LEY (LA LEY 2466/2002).

muros del normal alea del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible¹¹⁶”.

En conclusión, dos son los requisitos para que se pueda proceder al reequilibrio:

- El carácter excepcional de la compensación por desequilibrio económico, de forma que la Administración no actúe como una aseguradora universal de los beneficios o expectativas de los contratistas.
- El carácter tasado de los supuestos que pueden generar el reequilibrio económico del contrato, que son *ius variandi*, *factum principis*, fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Siendo la regla general la ejecución del contrato por riesgo y ventura del contratista, resta por analizar los casos en los que procede el reequilibrio económico. En el presente trabajo se analizarán los supuestos de fuerza mayor, riesgo imprevisible y *factum principis*, dejando el *ius variandi* fuera del estudio de este trabajo ya que se trata potestad reconocida a la Administración en el contrato. Mientras que los tres supuestos que nos interesan comparten la nota de ajenidad al aleas del contrato.

4. 1. Fuerza mayor

4.1.1 El concepto de fuerza mayor

El punto de partida de la fuerza mayor se encuentra en el artículo 1105 Cc: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables¹¹⁷”.* Se entiende por fuerza mayor los supuesto imprevisibles, y aun siendo previsible, resuelve inevitable. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 28 de noviembre de 2017 (Rec. 2615/2015): “*Esta conclusión que adelantamos se funda en el concepto tradicional de la fuerza mayor como un acontecimiento imprevisto, o previsto pero inevitable, en todo caso externo al círculo de la Administración o de la empresa, independiente de su voluntad, que al comportar una alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato, permite adoptar las medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera expresada en el contrato.*

¹¹⁶ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 20 de abril de 2015 (Rec. 54/2013)

¹¹⁷ Art. 1105 Cc aprobado por Real Decreto de 24 de junio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

En este sentido, la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia de este Tribunal, a un suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable¹¹⁸”.

Como dice el Consejo de Estado es *“una causa extraña al objeto dañoso y a sus riesgos propios, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable, aun el supuesto de que hubiera podido ser prevista¹¹⁹”*

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 15 de marzo de 2005 (Rec. 5247/2000)¹²⁰ destaca los siguientes caracteres de la fuerza mayor:

- a) ha de tratarse de factores de carácter imprevisible y anormales en el desarrollo del contrato
- b) imprevisible e inevitable.
- c) Ajenas a la voluntad de las partes y, especialmente, a la conducta del contratista (no puede haber una actuación imprudente por su parte)
- d) Incidencia negativa en la ejecución del contrato provocando la ruptura sustancial del equilibrio económico del contrato.

4.1.2 ¿Son compatibles las disposiciones del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, con los supuestos de fuerza mayor de la LCSP?

Se plantea esta pregunta por los recientes acontecimientos que se vivieron a raíz de la crisis originada por el COVID-19 que obligó a la práctica paralización de la actividad económica y, consecuentemente, de los contratos públicos. En este escenario se planteó la duda de si la pandemia podía ser considerada como supuesto de fuerza mayor que permitiese reequilibrar los contratos públicos que se vieran afectados. Solución que se vio complicada por la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en cuyo art. 34 se establecían medidas urgentes para paliar las consecuencias del COVID-19.

La cuestión que se planteó en estos casos es si debían de aplicarse las previsiones del precitado artículo 34 o debería acudir a las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo de 28 de noviembre de 2017 (Rec. 2615/2015)

¹¹⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1076/2019, de 19 de diciembre de 2019, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995.

¹²⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 15 de marzo de 2005 (Rec. 5247/2000)

noviembre., de Contratos de las Administraciones Públicas. Finalmente, la posición mantenida ha sido la de entender que la legislación específica desplaza las previsiones de la LCSP. En este sentido se ha pronunciado la Junta de Contratación Pública del Estado en su Informe núm. 38/2020 de 12 de febrero de 2021: “*La primera de tales cuestiones se centra en valorar si desde el punto vista jurídico sería posible considerar la pandemia ocasionado por el COVID-19 como un caso de fuerza mayor semejante a los descritos en el artículo 239.2 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹²¹ por la que se trasponen 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 (LCSP) a los efectos de la obtención de posibles indemnizaciones derivadas de daños debidamente acreditados por los contratistas que los hubiera sufrido, de modo que tales situaciones quedarían excluidas de la aplicación del principio de riesgo y ventura del contratista.(...)*”

2. *La excepcional situación ocasionada por el COVID-19 ha causado, como ha remarcado esta Junta Consultiva en anteriores ocasiones, una serie de efectos perniciosos para los contratos públicos en general y, especialmente en lo que se refiere a su ejecución. No es de extrañar, en consecuencia, que el legislador se haya visto obligado a dictar diversas normas relativas a la forma de indemnización de los daños que se hayan podido producir en los distintos tipos de contratos públicos. Para el contrato de obras tal norma está contenida en el artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, precepto que, bajo ciertas condiciones como sería la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato, permite obtener la suspensión de la ejecución desde que se produjera la situación de hecho que impide continuar la prestación hasta que dicha prestación pueda reanudarse. (...)*

3. *Como señalo la Abogacía General del Estado en su Informe de 1 de abril de 2020 sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en la Nota de 19 de marzo de 2020 sobre la aplicación de la ampliación de plazo o prórroga previstas en el artículo 34.2 del Real Decreto-Ley 8/2020 los contratos menores, el Real Decreto Ley 8/2020 “es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración del estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)”. También señalo que “el Real Decreto-Ley 8/2020 tiene el mismo rango legal que la LCSP, pero constituye una norma singular o excepcional, por el contexto de emergencia sanitaria en el que se dicta, cuyo contenido ha de prevalecer sobre la regulación dela LCSP.” Por tanto, según este criterio con el que la junta Consultiva de Contratación Pública del Estado coincide*

¹²¹ Nótese que el texto del art.239.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, coincide con el art. 144 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por lo que las conclusiones de ese informe son íntegramente trasladables al caso de autos.

*plenamente, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 es una norma excepcional y de carácter especial, que debe aplicarse para regular y resolver las cuestiones que afecten a los contratos públicos cuya ejecución haya sido impedida por algún tipo de medida acordado para luchar contra la pandemia. Ante esta circunstancia, carecería de sentido pretender que las normas sobre fuerza mayor en la ejecución de los contratos de obra pudiese aplicarse a la situación descrita en la consultar porque ello implicaría desconocer expresamente la voluntad de la norma de incluir los efectos de la regulación de la fuerza mayor en este tipo de casos.*¹²²”

Las previsiones de esas disposiciones normativas no se aplican una en defecto de la otra sino que las previsiones del Real Decreto-Ley 8/2020 desplazan la legislación ordinaria e impone una regulación de emergencia. Por lo tanto, no concurriendo los requisitos para proceder al reequilibrio conforme al 34 del Real Decreto- Ley 8/2020 tampoco procede el reequilibrio conforme a LCSP.

4.1.3 La fuerza mayor como supuestos expresamente tasados por el legislador

Una de las cuestiones que más controversia genera es determinar si los supuestos de fuerza mayor que prevé la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, son casos tasados o si son susceptibles de una interpretación extensiva que permita un el reconocimiento de un *numerus apertus* de supuestos de fuerza mayor.

En la regulación del contrato de obras encontramos el art. 239 LCSP que establece “1. *En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.*

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

*c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público*¹²³.”

Lo mismo sucede al regular el mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión cuando dispone en el art. 270.2 LCSP:“ *Fuera de los casos previstos en las letras*

¹²² Junta de Contratación Pública del Estado en su Informe núm. 38/2020 de 12 de febrero de 2021

¹²³ Art. 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239¹²⁴.”

Así configurada, la fuerza mayor aparece como un elemento de redistribución del riesgo que desplaza el principio de riesgo y ventura que dará lugar al reequilibrio cuando concurra y se acredite que se ha roto el sinalagma de las prestaciones del contrato.

Supuestos que deben ser entendidos a la luz del principio de riesgo y ventura que consagra el art. 197 de LCSP cuando dice: *“La ejecución del contrato en todas sus fases se desarrollará a riesgo y ventura del concesionario, quien responderá de todos los daños y perjuicios causados a terceros, durante la duración del contrato, sin derecho a indemnización, salvo por causa de fuerza mayor o imputable a la Administración.*

A los efectos del presente contrato, tendrán la consideración de causas de fuerza mayor las establecidas en el TRLCAP¹²⁵.”

La referencia que el art. 197 de la LCSP hace al 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, debe entenderse hecha a su artículo 144 que establece: *“1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.*

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público¹²⁶.”

Hay quienes han querido ver un sistema de *numerus apertus* en base a la expresión a la expresión *u otros semejantes* que contiene el art. 144. 2. b) TRLCAP. De optar por esta tesis,

¹²⁴ Art. 270.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de las Administraciones Públicas.

¹²⁵ Art. 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

¹²⁶ Art. 144 del 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

en realidad se estaría ampliando más allá de lo razonable los supuestos expresamente tasados de fuerza mayor.

La evolución de la legislación de contratos de las administraciones públicas evidencia que en la voluntad del legislador nunca ha estado la de incluir un *numerus apertus* de supuestos de fuerza mayor. Así, resulta especialmente ilustrativo la comparativa del texto de las diferentes leyes de contratos públicos en las que la definición de los supuestos de fuerza mayor se han mantenido invariable en los sustancial. En este sentido véase:

- A) Art. 144 del Real Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹²⁷.
- B) Art. 214 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público¹²⁸.
- C) art. 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público¹²⁹.

¹²⁷ 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, concretamente a su artículo 144¹²⁷ que establece: “1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.”

¹²⁸ Art. 214 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público: 1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

¹²⁹ Art. 231 del 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: “1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

D) Art. 239 de la 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹³⁰.

Sobre la necesidad de que la fuerza mayor se limita a los supuestos tasados podemos citar el Dictamen del Consejo de Estado 3 de octubre de 2019 (Expediente núm. 709/2019) cuando declara que: “*son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimiento realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud*”¹³¹.

Más recientemente y a raíz de propuestas de extinción de diversos propuestas de resolución de contratos como consecuencia de la crisis originada por el COVID-19, el Consejo de Estado ha abundado en la idea de la necesidad de que las causas de fuerza mayor son tasadas, yendo más allá y declarando que la pandemia originada por el COVID-19 no puede considerarse como un supuesto de fuerza mayor de los previstos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.¹³² Son ilustrativos los siguientes dictámenes:

- Dictamen del Consejo de Estado de 28 de enero de 2021 (Expediente núm. 769/2020):

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.”

¹³⁰ Art. 239 LCSP: “1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.”

¹³¹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 709/2019, 3 de octubre de 2019

¹³² Matizamos que pese a que los Dictámenes que seguidamente se van a indicar se refieren al artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ese artículo tiene el mismo contenido que el art. 144 TRLCAP.

“(…) Aduce la adjudicataria, y lo convierte en elemento central de su argumentación, que la pandemia del COVID-19 representa una causa de fuerza mayor que, por si sola, excepcionaría el cumplimiento del contrato en cuestión.(…)

No existe, pese a que así lo pretenda la contratista una previsión en el Real Decreto-ley 8/2020, en su artículo 34, que asimile el COVID-19 a la fuerza mayor con carácter general. Lo que establece su apartado 1 para los contratos de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de la referida norma, “cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo” es que quedarán suspendido, total o parcialmente, hasta que dicha prestación pueda reanudarse, peste este contrato no era de cumplimiento imposible por causa de la pandemia o de la Administración pública en el momento que se produjeron los hechos que aquí se refieren.

De este modo, sin la concurrencia específica y concreta de la exigencia legal de la fuerza mayor, no cabe desvirtuar el funcionamiento del principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa¹³³.”

- En similares términos se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen de 6 de mayo de 2021 (Expediente 221/2021):

"Resulta ya tradicional la interpretación de lo que pueda considerarse como "fuerza mayor" en la doctrina del Consejo de Estado. Según lo indicado, se recordaban en el dictamen número 986/2004, de 27 de mayo, los fundamentos, orígenes y evolución legal de la mención "fuerza mayor" en el ámbito de la contratación administrativa:

A falta de otras previsiones específicas en el artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en el artículo 132 del Reglamento General de Contratación y en la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Generales, para la interpretación del primero de los citados, ha de acudir al Código Civil. En este cuerpo legal, el artículo 1105, se prevé que "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". Con base en el transcrito precepto y al aplicar el artículo 46 de la Ley de 8 de abril de 1965, correlativo al 144 de la vigente, este Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones, que son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación;

¹³³ Dictamen del Consejo de Estado núm. 769/2020, de 28 de enero de 2021

de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aun siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables".

Antes bien, en el presente caso puede considerarse que la imposibilidad de cumplimiento derivó, en primer término, de la tardanza de la contratista en observar las formalidades necesarias para que el INGESA librara los fondos de manera conforme a Derecho y a lo pactado en el contrato. Y, en segundo término, en línea similar de razonamiento a la ya contenida en el dictamen n.º 769/2020, puede considerarse que la imposibilidad de cumplimiento del contrato se debió, en buena parte, a la falta de adopción de las debidas precauciones por la contratista. Esta debió haber previsto el necesario acopio de materiales y su puesta a disposición de la Administración antes de la adjudicación de los suministros; pero lo cierto es que no firmó el contrato de suministro con la empresa Mannesmann hasta días después de la firma del contrato con el INGESA. Por tanto, no tenía a su disposición el material contratado y fío su propia responsabilidad en la ejecución del contrato a la actividad de un tercero ajeno a la relación contractual con la Administración estatal.

A este respecto debe hacerse notar que en el mes de mayo de 2020, casi dos meses después de haberse declarado el estado de alarma, cualquier empresa interesada en contratar suministros sanitarios debía ser perfectamente conocedora de las dificultades existentes para lograr el adecuado y debido abastecimiento de productos sanitarios. No haberlo previsto implica una falta de previsión y de precaución únicamente imputable a la contratista.

Por todo ello, sin la concurrencia específica y concreta de la exigencia legal de la fuerza mayor, no cabe desvirtuar el funcionamiento del principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa.

El principio de que los contratos han de realizarse a riesgo y ventura del contratista ha sido interpretado (entre otras muchas, por la Sentencia de 30 de abril de 1999 del Tribunal Supremo, en la misma línea de otra de 20 de enero de 1984, del mismo tribunal) en el sentido de que asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor, o incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. Se deriva de todo ello que el contratista asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la prestación de los suministros, pues la obligación del contratista es una obligación de resultado, no de actividad.

Similares consideraciones respecto a la fuerza mayor y el contrato administrativo como de riesgo y ventura pueden hallarse en los dictámenes del Consejo de Estado números 888/2008, de 24 de julio,

2.918/2004, de 11 de enero de 2005, 235/2011, de 31 de marzo, 955/2011, de 22 de septiembre, 709/2019, de 3 de octubre, y 769/2020, de 28 de enero de 2021, también entre otros muchos¹³⁴.”

En cualquier caso, tratando de salvar la propia dicción literal del art. 144 TRLCAP, no cabe una interpretación extensiva de la expresión “*u otros semejantes*” que contiene el precepto. La norma hace referencia solamente a catástrofes naturales que afectan a la obra y que nada tiene que ver con las personas, como puede ser la pandemia. Todos los fenómenos tasados de fuerza mayor esta referidos a fenómenos que impactan en el sustrato material del contrato y no en el personal. Son fenómenos naturales, indómitos e incontrolables.

Recientemente el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 31 de enero de 2020 (Rec. 170/2018) incidía en el carácter tasado de los supuestos de fuerza mayor y la interpretación restrictiva de los mismos: “*Como venimos diciendo la solicitud de la actora se basa en que se da un supuesto de fuerza mayor.*

Así hay que acudir al citado artículo 231 que establece que es la fuerza mayor.

"1. En casos de fuerza mayor

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público."

Conforme a la teoría de la actora, la contaminación del Mar Menor sería un fenómeno natural catastrófico constitutivo de fuerza mayor¹³⁵.”

Si observamos la enumeración transcrita, se aprecia claramente que se trata de fenómenos únicamente naturales en los que no hay intervención humana; así, los supuestos que enumera son muy claro, terremotos, maremotos... y alude finalmente a otros semejantes, como serían los tsunamis, por ejemplo. En la producción de ninguno de ellos tiene intervención el ser humano. En este punto, el TS ha mantenido una

¹³⁴ Dictamen del Consejo de Estado núm. 221/2021 de 6 de mayo de 2021

¹³⁵ Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 31 de enero de 2020 (Rec. 170/2018)

interpretación restrictiva, hablando de que la enumeración es cerrada, no ampliable a otros supuestos no previstos, salvo que sean semejantes, lo que es, dice, sinónimo de parecido o similar (sentencia de 24 de junio de 2009, y de 26 de septiembre de 1985, entre otras).”

En definitiva, la interpretación de las causas de fuerza mayor tiene carácter restrictivo, tasado y están expresamente relacionadas con acontecimientos catastróficos de origen natural. Por ello afirma HERNÁNDEZ GONZÁLEZ que *“la proclamación del principio de riesgo y ventura, por un lado, y la naturaleza excepcional del principio de equivalente económico, por otro, llevan al TS a sostener el carácter tasado de las excepciones a la aleatoriedad de los resultados económicos, que permita equilibrar la ecuación financiera de las concesiones de servicio público”*¹³⁶.

4.1.4 La fuerza mayor como un hecho ajeno al objeto del contrato

El concepto administrativo de fuerza mayor hunde sus raíces en el concepto civil. Pues bien, aparte de los requisitos de la inevitabilidad e imprevisibilidad, la jurisprudencia ha venido exigiendo que los sucesos que originan la fuerza mayor sean extraños a la actividad que se desarrolla. En este sentido la Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia de 21 de marzo de 2012 (Rec. 77/2012), declara que: *“Lo que hemos de tener presente es que, partiendo del término fuerza mayor en su sentido genuino, como acontecimiento imprevisible o previsible pero inevitable, si el suceso indica exterioridad, externidad, extraneidad o ajenedad (fuerza mayor extraña, extravagante, albarránea, extrínseca o exógena; ajena al riesgo desplegado), nunca habrá responsabilidad extracontractual”*¹³⁷.

En la misma línea el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Rec. 763/2007) ha entendido por fuerza mayor: *“(…) factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad del contrato, que inciden en la ejecución del contrato”*¹³⁸. Riesgos circunscritos al objeto del contrato, como declara el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 13 de febrero de 2018 (Rec. 2832/2015) que excluye de los casos de fuerza mayor aquellos en

¹³⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F (2018:133).

¹³⁷ Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia de 21 de marzo de 2012 (Rec. 77/2012)

¹³⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Rec. 763/2007)

que exceda “de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación¹³⁹.”

4.2 Riesgo imprevisible

Antes de comenzar con el estudio del riesgo imprevisible se ha de matizar que la LCSP, al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y de servicios, mantiene la redacción sobre el *factum principis* y no incorpora como causa del reequilibrio el riesgo imprevisible¹⁴⁰. El riesgo es una figura de construcción jurisprudencial y su admisión actual en el materia de contratos se debe a una interpretación amplia del art 205.2 LCSP.

El riesgo imprevisible se refiere a acontecimientos imprevisibles que produzcan una ruptura sustancial de la economía del contrato. De forma, según reiterada jurisprudencia¹⁴¹, se conforma de dos notas:

1. Imprevisibilidad: requiere que se trate de un acontecimiento que la conducta de la persona no puede prever, con relación a las circunstancias de caso, de acuerdo con los conocimientos y técnicas del momento. De forma que se excluyen aquellas que con una diligencia media podían haber sido previstas.
2. La ruptura de la económica del contrato ha de ser sustancial o trascendente valorando el contrato en su conjunto. Como dice el Consejo de Estado en su dictamen núm. 234/2019, de 11 de abril: “*comporta un quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual por su excesiva onerosidad*”¹⁴². En similares términos se pronuncia en su Dictamen de 28 de febrero de 2019 (expediente 93/2019): “*la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes ceden en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (clausula rebus sic stantibus). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (boulleversemet,*

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2018 (Rec. 2832/2015)

¹⁴⁰ GIMENO FELIÚ, JM (2019)

¹⁴¹ Véase, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 18 de abril de 2008 (Rec. 5033/2006).

¹⁴² Dictamen del Consejo de Estado núm. 243/2019, de 11 de abril

decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración, factum principis, bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor¹⁴³.”

El origen de la Teoría del Riesgo imprevisible se encuentra en el Arret “*Gaz de Bourdeaux*” de 30 de marzo de 1916, en el seno del contrato de concesión entre el Ayuntamiento de Burdeos y la compañía *Gaz de Bourdeaux* que tenía por objeto el alumbrado y distribución del gas en el referido municipio. Pues bien, a raíz de la Primera Guerra Mundial los costes del carbón se dispararon poniendo en riesgo la prestación del servicio por no poder hacer frente a los elevados precios. Ante ello, la concesionaria solicitó el reequilibrio del contrato puesto que tanto la Primera Guerra Mundial y sus consecuencias eran un supuesto imprevisto ajenos al alea del contrato. Planteada la cuestión en estos términos, el Consejo de Estado Francés, en su Arret de 30 de marzo de 1916, resolvió la obligación de indemnización a favor de la concesionaria debió a la ruptura del equilibrio económico del contrato por causas imprevistas y ajenas a las partes.

La doctrina del riesgo imprevisible debe interpretarse restrictivamente y en relación con la globalidad del contrato. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia 27 de octubre de 2009 (RJ/2010/1207): “*debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse a sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de una mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo*¹⁴⁴.”

Por su parte, la Junta Consultiva Central en su Informe núm. 38/2020, de 30 de diciembre: “*Así lo manifestamos en nuestra Recomendación de 10 de diciembre de 2018 donde, siguiendo la jurisprudencia citada, manifestamos igualmente que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiar del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas*

¹⁴³ Dictamen del Consejo de Estado de 28 de febrero de 2019 (expediente 93/2019)

¹⁴⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Rec. 763/2007)

imputables a la Administración (ius varianda o factum principis), o por hechos que exceden de la normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor por riesgo imprevisible¹⁴⁵.”

Solo cuando las previsiones contractuales devienen ineficaces como consecuencia de la aparición de un riesgo o circunstancia extraordinaria ajena a la voluntad de los contratantes, que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, y que, a su vez, altera las condiciones de ejecución del mismo de manera que la prestación pactada resulte más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente se había previsto, es posible la indemnización de ese mayor coste que no debe ser asumido exclusivamente por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado, sino que ha de ser soportado por ambas partes. En este sentido es constante la doctrina jurisprudencial que aplica la teoría del riesgo imprevisible la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales o imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999, 20 de mayo de 1999 y 30 de abril de 2001, entre otras).

Para concluir con esta cuestión, recordar que el riesgo imprevisible no opera de forma automática, sino que es preciso analizar si realmente se ha producido un desajuste en las prestaciones de las partes. Como señala el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de 30 de junio de 2014 (Rec. 2250/2012): “*la aplicación de la cláusula rebus no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues... resuelta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados...*¹⁴⁶”.

4.3 Factum principis

4.3.1 Concepto

Se entiende por “*factum principis*”, son aquellos actos de la autoridad pública adoptados de forma legítima en el ejercicio de sus competencias incide negativamente en el contratista hasta el punto de producir una alteración sustancial del equilibrio contractual. Siguiendo al Consejo de Estado¹⁴⁷ existe *factum principis* cuando la Administración está vinculada con un particular y altera la economía del contrato a través de un acto propio que tiene su origen en el *imperium* con que actúa revestida. De ahí que el fundamento de la responsabilidad del

¹⁴⁵ Informe de la Junta Consultiva Central núm. 38/2020, de 30 de diciembre

¹⁴⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de 30 de junio de 2014 (Rec. 2250/2012)

¹⁴⁷ Dictamen del Consejo de Estado núm. 46886/1984, de 4 de octubre.

Estado por *factum principis* se encuentre en la responsabilidad patrimonial de la Administración.¹⁴⁸

Afirma ARIÑ ORTIZ que el origen del *factum principis* se encuentra “*la potestad ordenatoria general de la economía, de que goza el Estado interventor; son las medidas à la grande orcbéstre, tales como devaluaciones monetarias, manejo del tipo de interés, medidas de variación del arancel, cargas sociales y, en general, todas las que supongan alteración directa de las condiciones económicas en que los contratos se ejecutan*”¹⁴⁹.

Por su parte GARCIA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ lo sitúan en un plano superior a la relación contractual en un plano de poderes irrenunciables de la Administración, tales como la potestad expropiatoria o potestad reglamentaria, de ahí que el fundamento se encuentre en la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁵⁰.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 16 de julio de 2019 (Rec.308/2016) considera el “*factum principis*” es uno de los casos en que la Administración debe auxiliar al contratista cuando se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato. Es un supuesto excepcional y, como tal, de interpretación restrictiva en cuanto quiebra el principio de riesgo y ventura y habilita al reequilibrio económico del contrato¹⁵¹. Criterio seguido igualmente por los Dictámenes del Consejo de Estado de 28 de febrero de 2019 (Expte. 93/2019) o de 11 de abril de 2019 (Expte. 243/2019): “*la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula rebus sic stantibus). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (bouleversement, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración factum principis, bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor*”¹⁵².

¹⁴⁸ A diferencia de la responsabilidad de la Administración del ejercicio del *ius variandi* que según el Dictamen del Consejo de Estado 1598/2022, de 31 de octubre, se fundamente en la naturaleza contractual de la relación que vincula a las partes.

¹⁴⁹ Ariño Ortiz, G., (1968:263)

¹⁵⁰ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R (2004)

¹⁵¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 16 de julio de 2019 (Rec. 308/2016)

¹⁵² Dictámenes del Consejo de Estado núm. 93/2019, de 28 de febrero de 2019 y núm., 243/2019, de 11 de abril.

También se puede citar el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1030/2015, de 21 de enero de 2016 en el que declara “...ha reiterado que existe un supuesto de necesario reequilibrio económico-financiero por concurso del denominado *factum principis* cuando la Administración se encuentra vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio nacido del poder general del *imperium* (dictámenes números 3.275, de 12 de noviembre de 1948 y 31/92, de 13 de febrero)¹⁵³.”.

4.3.2 ¿Los actos legislativos pueden ser considerados como supuestos de *factum principis*?

Como hemos expuesto, el *factum principis* se trata de actos dictados por una Administración, fuera de la esfera del contrato que inciden en el mismo provocando la ruptura su equilibrio económico. De forma que se ha de examinar qué sucede cuando los impactan en el equilibrio del contrato son disposiciones normativas dictadas por la Administración.

En cuanto a las disposiciones legislativas de carácter general, la cuestión no genera discrepancias, siendo pacífico su exclusión de los supuestos de *factum principis*. Esta cuestión fue abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Informe recaído en el Expediente núm. 18/2019, al analizar los efectos del incremento del salario mínimo interprofesional, concluyendo que no son susceptibles de compensación aquellas situaciones que se aplican por igual a todos los operadores económicos. Razonaba así en citado informe: “.. Si, por lo dicho, el *factum principis* no es una potestad o prerrogativa contractual, las consecuencias que se siguen de él no pueden resolverse con arreglo al marco normativo constituido por la legislación sobre contratación pública. Así las cosas, la mayor onerosidad de la relación contractual a que dé lugar el *factum principis* ha de recibir el tratamiento que resulte del régimen jurídico sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, en definitiva, esa mayor onerosidad que se produce en el seno de la relación contractual por razón del *factum principis* y respecto de la cual se pretende una compensación o indemnización no deja de ser un perjuicio ocasionado por consecuencia del ejercicio de una potestad jurídico-pública de conformación u ordenación económico-social, ajena, como se ha dicho, a la materia contractual....”

(...)

“.. puesto que afecta a todos los operadores o agentes económicos que tengan personal a su servicio sin excepción alguna....Se pone así de manifiesto, como no podía ser de otra forma, la inexistencia de un perjuicio

¹⁵³ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1030/2015, de 21 de enero de 2016.

singular y de especial intensidad, es decir, la inexistencia de un perjuicio que se limite exclusivamente a unos agentes u operadores económicos, tratándose, por el contrario, de una carga general, lo que justifica, según lo dicho, que resulte improcedente el reconocimiento de una compensación o indemnización...¹⁵⁴”

Precisamente en este informe se cita el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de julio de 1971 que señalaba que: “*los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad; sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para alguno de los administrados, se convierte en una típica lesión indemnizable en razón a la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa sobre el patrimonio del perjudicado..... Así, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, faits du prince son sólo medidas adoptadas por el poder público que no en todo caso, sino bajo ciertas condiciones, dan derecho a la reparación o compensación. Más concretamente, cuando se trata de medidas generales, no son faits du prince y, por tanto, no da lugar a la reparación, las medidas que imponen cargas que afectan a todos los ciudadanos (arrêts Aurran de 10 de febrero de 1943 y Chouard de 17 de julio de 1970)¹⁵⁵.”*

4.3.3 Límites a la doctrina del factum principis

La doctrina del *factum principis* no pueden convertirse en un cajón de sastre con el que tratar de reequilibrar los contratos ante cualquier actuación de la Administración. De forma que, como ya hemos apuntado, el *factum principis* no puede convertir a la Administración en una aseguradora universal que vacíe de contenido el principio de riesgo y ventura que vertebraba los contratos públicos.

Así las cosas, se plantea si los supuestos de *factum principis* se limitan a los actos de la Administración concedente o se refieren a acto de cualquier Administración Pública. Esta cuestión surgió a raíz de la redacción del art. 248.2.b) de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas: “*La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura*

¹⁵⁴ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en Expte 18/2019

¹⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 8 de julio de 1971

sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta ley¹⁵⁶.”

Partiendo de la redacción de ese artículo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado era partidaria de incluir como *factum principis* actuaciones de una Administración distinta a la concedente siempre que se dieran los demás requisitos: “*Se refiere, según se desprende de ello, a los supuestos de alteración del equilibrio que se produzca como consecuencia de actos realizados en el ámbito de la propia relación contractual, es decir por ejercicio del “ius variandi”, por lo que no se trata de verdaderos supuestos de “factum principis” como el que contemplamos.*

Respecto de éste no hay norma alguna, exceptuado el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público citado, que permita considerar que la Ley contempla esta figura como un supuesto en que la Administración concedente deba compensar la ruptura del equilibrio financiero. En consecuencia, salvo jurisprudencia consolidada en tal sentido, la única opción sería analizar la posibilidad de considerar que estos supuestos quedan fuera del riesgo asumido por el concesionario y pueden ser compensados sobre la base de la obligación genérica de responder de los daños que incumbe la Administración a tenor de lo dispuesto en el art. 106 de la Constitución Española y del 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

Sentado esto y examinada la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha admitido la figura del “factum principis” como un supuesto de excepción a principio de riesgo y ventura en las concesiones, debe entenderse que en el caso presente nos encontramos claramente ante un supuesto de aplicación de la doctrina mencionada por concurrir los presupuestos que requiere. En efecto, se ha producido la adopción de una medida de carácter general, cual es la exigencia de nuevos requisitos para las instalaciones de tratamiento de residuos sólidos cuyo cumplimiento por parte del concesionario podría suponer la ruptura del equilibrio financiero de la concesión. Ello, implica que, de en igual forma cabría considerar que concurren las condiciones exigidas por el artículo 258 de la actual Ley.

En tales casos, la doctrina jurisprudencial, consagrada por el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público, tal como hemos visto anteriormente, exige la compensación económica adecuada para restablecer el equilibrio económico de la concesión. Esta tesis debe considerarse reforzada por lo dispuesto en el artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955,...¹⁵⁷”

¹⁵⁶ 248.2.b) de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas

¹⁵⁷ Informe 61/08, de 31 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Por su parte, el Consejo de Estado, entiende que los actos Administrativos que proceden de una administración distinta a la concedente son un límite para la aplicación de la doctrina del *factum principis* por lo que en estos casos si se quiere equilibrar la ecuación económica del contrato habrá de serlo por vía de la teoría del riesgo imprevisible: “La teoría del *factum principis* (expresamente invocada por la reclamante en todos sus escritos y nuevamente en la audiencia concedida ante el Consejo de Estado) sitúa a la Administración en el deber de restaurar el equilibrio contractual cuando, como consecuencia de la adopción de una medida administrativa ulterior a la adjudicación del contrato y que no tiene por objeto directo la modificación de su objeto, se produce un grave desequilibrio económico en la concesión.

En el caso presente, se puede avanzar que no existen fundamentos jurídicos suficientes para sostener que la reducción del volumen del tráfico que señala Aumar, S. A. puede ser considerada un supuesto de responsabilidad administrativa por factum principis. La aplicación de esta teoría únicamente resulta viable cuando la medida que da lugar al desequilibrio contractual procede de la Administración concedente y que reconducen los desequilibrios generados como consecuencia de la adopción de la medida en cuestión por una administración distinta a la doctrina del riesgo imprevisible anteriormente analizada.

El Consejo de Estado ha reiterado que existe un supuesto de necesario reequilibrio económico-financiero por concurso del denominado factum principis cuando la Administración se encuentra vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio nacido del poder general del imperium (dictámenes números 3.275, de 12 de noviembre de 1948 y 31/92, de 13 de febrero).

En este caso, como ya se ha indicado, la Administración no ha lesionado la materia económica del contrato mediante la modificación de trayectos alternativos a los de las autopistas objeto de concesión que se encontraban proyectados al tiempo de su adjudicación y, por tanto, sin que concurra alteración de los elementos determinantes de la demanda de utilización de la autopista en cuestión.

Tal y como señala el Consejo de Estado, la figura del factum principis constituye una de las manifestaciones concretas del principio del equivalente económico, y se refiere a intervenciones administrativas de tipo general no relativas directamente al objeto del contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de su ejecución.

En modo alguno se ha registrado un cambio muy relevante en las condiciones externas de la ejecución del contrato que se proyecta sobre este incidiendo en sus elementos sustantivos, y en concreto, lesionando la materia económica acordada en la concesión. Ello, por tanto, no puede originar un perjuicio directo a Aumar S. A., sin que nazca un derecho a ser compensada por la Administración concedente en tanto que titular del poder de imperium.

En este sentido, debe traerse a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto una sentencia dictada en un supuesto similar al que nos ocupa: Sentencia de 16 de mayo de 2011, en la que estimó parcialmente el recurso deducido por la entidad mercantil Autopista Madrid- Toledo Concesionaria

*Española de Autopistas, S. A. contra la desestimación por silencio de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Madrid-Toledo (AP- 41)*¹⁵⁸.

Esta cuestión ha sido definitivamente resuelta en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de las Administraciones Públicas puesto que el artículo 270.2 LCSP y 290.4 LCSP limitan los supuestos de reequilibrio por *factum principis* a los actos de la *Administración concedente*. Como contrapartida, la actual Ley de Contratos del Sector Público reconoce al contratista un derecho al desistimiento cuando el cumplimiento del contrato le resuelve extraordinariamente oneroso bien por la aprobación de una disposición general por Administración distinta a la concedente o por aplicación de la conocida como cláusula de progreso¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Dictamen del Consejo de Estado 1030/2015, de 21 de enero de 2016

¹⁵⁹ En este sentido, véase los art. 270.4 y 290.4 LCSP.

5. CONCLUSIONES

1. Los contratos públicos se encuentran sometidos a los principios de riesgo y ventura y de equivalencia económica. Por lo tanto, no se puede exigir que la Administración actúe como aseguradora universal frente a las aleas que el contratista asume, ni tampoco trasladar a este todos los riesgos, de manera que prácticamente se le imponga la financiación del servicio público. La Legislación de contratos ha de buscar una armonía que asegure la realización de la causa del contrato con la justa contraprestación económica del contratista.

2. La normativa española sobre contratos públicos es fiel reflejo de las Directivas comunitarias en materia de contratación. Pese a los esfuerzos de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, por regular la modificación de contratos de forma exhaustiva, tratando de garantizar los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, la labor no ha sido completa. La Directiva ha optado por una configuración restrictiva del *factum principis*, dejando fuera tanto las decisiones administrativas que provengan de otras Administraciones Públicas distintas de la concedente como las decisiones legislativas. Ese déficit aboca a que cuando esas situaciones alteran el equilibrio económico del contrato no existan disposiciones en la LCSP que permitan reequilibrar el contrato y sea necesario acudir a la teoría del riesgo imprevisible, con la consiguiente incertidumbre que ello genera al contratista al hacerlo depender de la interpretación judicial en cada caso concreto. Estos inconvenientes que se generan al contratista podían haber sido evitados mediante la incorporación expresa del riesgo imprevisible como causa de reequilibrio.

3. La regulación de los supuestos de fuerza mayor es excesivamente casuística, circunscrita a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios y limitada a un *numerus clausus*. No pueden desconocerse los problemas que provoca la regulación de los supuestos de fuerza mayor como concepto jurídico indeterminado, pero se echa en falta que la LCSP realice un tratamiento general de este supuesto. Para ello sería necesario abandonar una definición, como la del art. 239 LCSP, en la que se centra excesivamente en acontecimientos que afectan al sustrato material del contrato, olvidándose que existen sucesos de fuerza mayor que pueden afectar a las personas implicadas en este. Recientemente se planteó esta problemática a raíz de la pandemia originada por el COVID-19 en la que el Dictamen del Consejo de Estado núm. 221/2021 de 6 de mayo de 2021 abogaba por la exclusión del COVID-19 como causa de fuerza mayor, debido a la constante jurisprudencia

que considera los supuestos de fuerza mayor como casos expresamente tasados. Esto lleva necesariamente a cuestionar una normativa que se ha mostrado inoperante para hacer frente a unos de los supuestos más impredecible de los últimos tiempos.

4. No cualquier alteración del equilibrio económico del contrato conlleva un restablecimiento de la ecuación financiera. La Ley limita esa posibilidad a los supuestos de *ius variandi*, fuerza mayor, riesgo imprevisible y *factum principis*. La falta de una regulación clara, completa y sistemática genera que en ocasiones haya que acudir a principios generales como la buena fe, enriquecimiento injusto o equidad para tratar de dar una solución adecuada. Además, esta problemática se ve agravada por la existencia de previsiones específicas en la legislación sectorial o en los documentos contractuales. Pensemos en aquellos supuestos en los que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares establecen como supuestos de reequilibrio alguno de los previstos en la Ley y exige a su vez, como condición, la alteración de la TIR¹⁶⁰. La Ley omite cualquier referencia a estas situaciones que son habituales en la práctica contractual, aumentando la incertidumbre a que se exponen los contratistas.

¹⁶⁰ Tasa Interna de Retorno.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY GARCÍAS, Juan. *El contrato de concesión de servicios. Un estudio jurídico*. Madrid: Iustel, 2019.

ARADAS GARCÍA, Fernando. “Teoría del equilibrio económico del contrato y breve comentario a las informes JCCPE 10/19, 18/19 y 24/21 relativos a la subida del salario mínimo interprofesional en 2019. *El consultorio de los ayuntamientos*, núm. 10, 2021, pp. 88-109

ARIÑO ORTIZ Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

CODINA GARCÍA ANDRADE, Xavier. *La modificación de contratos del sector público*. Madrid: Imprenta de la Agencia Estatal del Boletín Oficial de Estado, 2019.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985,

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo I*. Décima segunda edición. Madrid. Editorial Civitas, 2004

GIMENO FELIÚ, José María. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*. Navarra: Aranzadi, 2019

GIRALDÉS GUTIÉRREZ, Luis Salvador. “Evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Navarra: Aranzadi, 2018.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. Quinta Edición. Madrid: Dykinson, 2011.

LÓPEZ MORA, María Eugenia. *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*. Barcelona: Atelier, 2019

LOSA CAPÓ, J. “Evolución de los criterios de adjudicación de contratos” *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla la Mancha*, núm.17, marzo 2019.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El equilibrio económico en los contratos administrativos”. *Revista de Derecho PCUP*, núm. 66, 2011- pp. 55-87.

SÁCNHEZ CALERO Francisco Javier. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Undécima Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

TOMÁS SALÁS DARROCHA, Josep y GARCÍA FERNÁNDEZ, Luisen «*Concesiones administrativas de gestión de servicios públicos: un instituto compartido*». *Contratación Administrativa Práctica*, N° 13, Sección Reflexiones (2002), pág. 43, Editorial LA LEY (LA LEY 2466/2002).

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de abril de 2010 (Asunto C-91/08)

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 2008, (Asunto C-454/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004, (Asunto C-496/99).

Tribunal General de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11).

Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (Asunto T-540/11).

Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 16 de julio de 2019 (Rec.308/2016)

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 13 de febrero de 2018 (Rec. 2832/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo de 28 de noviembre de 2017 (Rec. 2615/2015)

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 20 de abril de 2015 (Rec. 54/2013)

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 de junio de 2014 (Rec. 2250/2012).

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Rec. 763/2007)

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 18 de abril de 2008 (Rec. 5033/2006)

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 15 de marzo de 2005 (Rec. 5247/2000)

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 9 de diciembre de 2003, (Rec. núm. 4361/1998)

Tribunales Superiores de Justicia

Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 31 de enero de 2020 (Rec. 170/2018)

Audiencias Provinciales

Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia de 21 de marzo de 2012 (Rec. 77/2012)

DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO

Dictamen del Consejo de Estado 1598/2022, de 31 de octubre.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 221/2021 de 6 de mayo de 2021

Dictamen del Consejo de Estado núm. 769/2020, de 28 de enero de 2021

Dictamen del Consejo de Estado núm. 1076/2019, de 19 de diciembre.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 709/2019, 3 de octubre de 2019

Dictamen del Consejo de Estado núm. 243/2019, de 11 de abril.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 234/2019, de 11 de abril.

Dictámenes del Consejo de Estado núm. 93/2019, de 28 de febrero.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 92/2019, de 28 de febrero.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 1030/2015, de 21 de enero de 2016.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 46886/1984, de 4 de octubre.