



HERBERT SMITH
FREEHILLS
KRAMER

ie
UNIVERSITY
CENTER FOR TRANSPORT
ECONOMICS &
INFRASTRUCTURE
MANAGEMENT



Estudio/Informe

LOS INCREMENTOS EXTRAORDINARIOS DE COSTES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LA NECESIDAD DE GARANTIZAR UNA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA A LAS PARTES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

FEBRERO 2026

Por Javier Guillén Caramés

Consultor Académico, Herbert Smith Freehills Kramer/
Catedrático de Derecho Administrativo URJC

INDICE

1.	DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: LOS RIESGOS EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	1
2.	EL PUNTO DE PARTIDA: RASGOS GENERALES QUE PRESIDEN LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS	2
2.1	La regla general del riesgo y ventura en la ejecución de los contratos públicos	3
2.2	El equilibrio económico de las partes en los contratos públicos: su observancia garantiza la seguridad jurídica	4
3.	EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DEL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA	7
3.1	Régimen jurídico ordinario de la revisión de precios previsto en la LCSP	7
3.2	Revisión de precios: la insuficiencia del art. 103 LCSP	8
3.3	Revisión extraordinaria de precios prevista en el Real Decreto-ley 3/2022	9
3.3.1	Supuestos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras: alcance limitado del RDLey 3/2022	9
3.3.2	¿Cuándo cabe la revisión excepcional de precios?	11
3.3.3	Criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios	11
3.3.4	Procedimiento para la revisión	12
3.3.5	Pago de la revisión extraordinaria de precios	13
3.4	Revisión extraordinaria de precios en el sector ferroviario: contratos de suministro de trenes destinados a contratos sujetos a obligaciones de servicio público	13
4.	EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS A RAÍZ DEL COVID-19	14
4.1	La incidencia del COVID-19 en la contratación pública: la especial intensidad normativa	14
4.2	Medidas de incidencia general en el ámbito de la contratación pública previstas por el RDL 8/2020	14
4.2.1	Ámbito de aplicación del RDL 8/2020	15
4.2.2	Suspensión de plazos en los procedimientos de contratación en curso	16
4.3	La incidencia del RDL 8/2020 en los contratos de concesiones: en especial, el reequilibrio económico	16
4.3.1	El presupuesto de hecho para poder solicitar el reequilibrio económico: la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión	17
4.3.2	La dificultad de encaje del reequilibrio económico previsto en el art. 34.4 del RDL 8/2020 en alguna de las técnicas de compensación previstas en la legislación de contratos	18
4.3.3	Conceptos indemnizables y medidas de compensación previstas para las concesionarias	20
4.3.4	Procedimiento de solicitud del reequilibrio	20
4.3.5	¿Cabe el reequilibrio basado en una causa COVID-19 al margen del RDL 8/2020?	21
4.3.6	Una cuestión controvertida: ¿cabría la suspensión de una concesión en el marco del RDL 8/2020?	22
4.4	El desarrollo de un régimen especial del reequilibrio económico para las concesiones de autopistas y transportes a raíz del Real Decreto-ley 26/2020	23
4.4.1	Condiciones de reequilibrio económico de los contratos de concesión de autopistas derivados del impacto del COVID-19	23
4.4.2	Criterios para apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato: el margen bruto de explotación	23

4.5	Reequilibrio económico en los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general derivado del COVID-19	24
4.5.1	Delimitación del reequilibrio económico	24
4.5.2	Procedimiento y plazo de solicitud del reequilibrio	24
5.	LAS PRÓRROGAS FORZOSAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS: LA NECESIDAD DE ARTICULAR MECANISMOS CLAROS Y EFICACES DE REVISIÓN DE PRECIOS	25
6.	VÍAS ALTERNATIVAS DE REEQUILIBRIO ECONÓMICO AL MARGEN DEL RÉGIMEN ORDINARIO Y EXTRAORDINARIO DE LA REVISIÓN DE PRECIOS	30
6.1	El ejercicio por parte de la Administración del ius variandi: La modificación contractual prevista en el artículo 205.2.b) de la LCSP	31
6.1.1	Rasgos generales del ius variandi en la LCSP.....	31
6.1.2	Modificaciones del contrato por circunstancias imprevisibles. La previsión del artículo 205.b) de la LCSP: ¿puede modificarse únicamente el precio?	32
6.2	Factum principis: su limitado alcance en la LCSP	36
6.3	Fuerza mayor	40
6.4	La doctrina del riesgo imprevisible	41
6.5	La resolución contractual de mutuo acuerdo	44
7.	CONCLUSIONES	45

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: LOS RIESGOS EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

La distribución o reparto de riesgos en los contratos celebrados con las entidades del sector público es un asunto de vital importancia para los diversos operadores económicos que acuden a licitaciones públicas. Del acierto en la correcta previsión de las diversas contingencias que pueden derivarse en la ejecución de un contrato público, ajenas a la conducta de las partes contratantes, dependerá que sus respectivos intereses y la finalidad que los lleva a contratar, esto es, la satisfacción de intereses generales, sean debidamente satisfechas.

La situación actual de incrementos imprevisibles y extraordinarios de precios de las materias primas, las tensiones geopolíticas que se están produciendo o, por ejemplo, la fijación indeterminada de aranceles por Estados extra comunitarios, están incidiendo de manera significativa en el ámbito de la contratación pública produciéndose un importante desajuste entre las condiciones económicas inicialmente pactadas en el contrato y las que realmente están teniendo lugar en la fase de ejecución de los mismos.

Esta realidad de fuerte volatilidad de precios y costes ante la que nos encontramos está afectando no sólo a la correcta ejecución de los contratos que celebran las entidades del sector público, poniendo en peligro el desarrollo de obras o la prestación de servicios que son esenciales para los ciudadanos, sino que está incidiendo en la propia decisión de las empresas de participar o no en las licitaciones públicas con las importantes consecuencias que de ello se pueden derivar para el conjunto de la sociedad¹.

La respuesta que ha ido dando el legislador, tanto el ordinario como el extraordinario para intentar paliar estas situaciones no resulta del todo suficiente, ni tampoco es satisfactoria. Así, ni el marco normativo ordinario previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) para la revisión de precios de los contratos, ni tampoco el marco legislativo extraordinario, dado tanto por la legislación general de contratos, como por otras normas de urgencia adoptadas por el Gobierno, como el Real Decreto-ley 3/2022 de 1 de marzo, *de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras* (RD Ley 3/2022), así como su desarrollo por las Comunidades Autónomas, no ofrecen soluciones y remedios satisfactorios para solventar esta problemática. Es más, las soluciones legislativas que se han ido adoptando nos depara una realidad fragmentada e incompleta en el ámbito de la contratación pública, generando una fuerte incertidumbre e inseguridad jurídica para los diversos operadores económicos, lo que ha llevado a que diversos procedimientos de contratación pública queden desiertos ante la falta de empresas que decidan participar en los mismos.

Como se examinará, debe partirse de la base que los contratos que celebren las empresas con entidades del sector público les es de aplicación, como norma general, el principio de riesgo y ventura, de tal forma que un eventual aumento de precios producido durante el *íter* del contrato debería ser asumido por las empresas contratistas.

¹ Como ha advertido J.A. Santamaría Pastor, "Relación conclusiva", *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, págs. 91 y ss., "la cuestión del equilibrio económico de los contratos del sector público y, en términos generales, la distribución de riesgos entre las partes contratantes posee una actualidad capital como consecuencia de la situación de crisis económica mundial que se inició en 2008".

Del mismo modo y, en parecidos términos lo apunta G. Fernández Farreres, "La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, pág. 49, cuando afirma que "la asignación de riesgos en la ejecución de los contratos es un asunto de capital importancia".

No obstante, se prevén y regulan diversas instituciones que permiten ajustar los términos del contrato a determinadas circunstancias extraordinarias e imprevisibles que pueden acontecer durante la ejecución del mismo, como son la revisión de precios, la modificación de las cláusulas del contrato o la posibilidad de reequilibrio económico, con la clara finalidad de poder mantener el equilibrio económico de las partes en el contrato. En este sentido, el equilibrio económico del contrato alude a la situación de equivalencia o proporcionalidad de las prestaciones que las partes consideran justa y adecuada en el momento de la celebración del contrato.²

Pues bien, la posibilidad de poder aplicar alguno de estos mecanismos a los supuestos de afectación del incremento de precios, así como otras situaciones de naturaleza imprevisible, han sido objeto de examen por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los Tribunales especiales de contratación administrativa, así como por las diversas Juntas Consultivas de Contratación, estatal y autonómicas, con resultados desiguales, debido en gran parte a la poca claridad y al carácter fragmentario que ofrece la legislación de contratos a la hora de abordar las posibles soluciones a esta problemática.

Así, puede afirmarse que la posibilidad de que el principio de riesgo y ventura, al que se encuentra sujeto el contratista, quede exonerado o modulado en virtud de la aplicación de diversas técnicas jurídicas que ofrece la normativa de contratos -revisión de precios, *ius variandi*, *factum principis*, fuerza mayor o riesgo imprevisible- para hacer frente, por ejemplo, a las subidas extraordinarias e imprevistas de precios, es una cuestión muy casuística que en ocasiones ha dado lugar a una indemnización al contratista por verse alterada de forma sustancial el equilibrio del contrato, como por ejemplo el sobrecoste de la importación de materiales producido con ocasión del cierre de la frontera con Marruecos ocasionado por la pandemia; mientras que en otras, se ha puesto de manifiesto la improcedencia de su aplicación, como ocurrió con ocasión del incremento del salario mínimo interprofesional.

2. EL PUNTO DE PARTIDA: RASGOS GENERALES QUE PRESIDEN LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Como es de sobra conocido, los contratos, ya sean administrativo o privados, son acuerdos jurídicamente vinculantes, pues como afirma el art. 1091 del Código Civil (en adelante, CC), las obligaciones que nacen de los contratos gozan de fuerza de ley entre las partes que los han firmado. Ello no significa, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que el contrato sea ley, "sino que las obligaciones que de él nacen vinculan a su cumplimiento como la ley misma. El contrato no tiene la generalidad y abstracción de la

² En el Derecho Administrativo, la teoría del equilibrio económico nace en Francia en el seno de las concesiones administrativas y parte de la idea del contratista colaborador de la Administración. De ahí se incorpora en España al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) donde todavía puede apreciarse en su art. 127.2.2º y, en Cataluña, al Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña (ROAS), que también lo consagra de forma expresa en sus arts. 249 y 250 respecto de las concesiones de servicios.

² El segundo establece que «cuando las modificaciones del contrato de concesión de servicios afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato».

También se alude implícitamente al restablecimiento económico cuando se reconoce el derecho del contratista a la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren producido en la ejecución del contrato en los supuestos de fuerza mayor (art. 239).

Si bien ello no quiere decir, que el equilibrio económico de los contratos sea exclusivo de los contratos de concesión, sino que debe predicarse para todo tipo de contratos. En este sentido, lo ha señalado el TS (SSTS de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:653), y de 28 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:956), afirmando que el equilibrio económico constituye un principio sustancial, básico o esencial en materia de contratación.

Igualmente, lo ha destacado el Consejo de Estado en los Dictámenes núm. 92/2019, de 28 de febrero, y 242/2019, de 11 de abril, relativos a dos contratos de obras sobre la conservación del firme de una carretera, en donde afirma que el equilibrio económico-financiero "constituye un principio general del derecho de los contratos públicos".

ley, pero *inter partes* tiene su misma autoridad, aunque no como una ley heterónoma, sino autónoma"³. Es lo que tradicionalmente se ha denominado *lex contractus*.

Trasladada esta premisa a la contratación pública significa que las cláusulas de los pliegos de contratación constituyen la ley del contrato, por lo que, al ser el documento básico del contrato, éste debe ser cumplido conforme a lo expresado en dichos pliegos, puesto que incluyen los pactos y las condiciones básicas de los derechos y deberes que son asumidas por las partes contratantes. Ello significa que existen una serie de rasgos o elemento fundamentales que presiden las relaciones entre las partes y que deben ser observados en la ejecución de los contratos y que paso a examinar.

2.1 La regla general del riesgo y ventura en la ejecución de los contratos públicos

El principio fundamental que preside las relaciones entre las partes en la ejecución de los contratos reside en el cumplimiento de lo pactado, (*pacta sunt servanda*). Así lo prevé el art. 189 LCSP para los contratos públicos:

"Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación a favor de las Administraciones pública".

De esta previsión se desprende la inmutabilidad ab initio de las obligaciones acordadas por las partes y la regla general de que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, lo que implica, en consecuencia, que la mayor o menor onerosidad en el cumplimiento del contrato corresponde al contratista, que no puede apartarse de los pactos, tal y como se deriva de los arts. 197 y 254 de la LCSP.⁴

El TS ha afirmado al respecto, que la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que la empresa contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir con lo estrictamente pactado ni, por tanto, le habilita para apartarse del vínculo contractual o para demandar la modificación del mismo. Así, de forma categórica, lo viene señalando la jurisprudencia al establecer que

"el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general de la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración asume el riesgo de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado".

Del mismo modo, como advierte T. Cano, el riesgo y ventura "también puede tener consecuencias positivas para el contratista, de modo que puede patrimonializar los beneficios (ventura) derivados de la ejecución del contrato, aunque excedan de los que implícitamente se previeron cuando se celebró, por lo que, del mismo modo que habrá de soportar la mayor onerosidad que la ejecución del contrato le pueda deparar, también se beneficiará de las mayores ventajas de su ejecución".⁵

La regla general del riesgo y ventura es de aplicación durante toda la vigencia del contrato, si bien nos vamos a encontrar, como veremos más adelante, con algunos supuestos que generan conflictividad, como cuando el contratista continúa realizando las prestaciones del contrato una vez concluido el plazo de vigencia del contrato, en cuyo caso, las entidades

³ Vid., J. L. Lacruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil, II*, (vol. 2), Bosch; G. Fernandez Farreres, *La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos públicos*, Iustel, 2025, T. Cano Campos, "Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible", *REALA*, núm. 19, 2023.

⁴ Así lo ha afirmado de manera reiterada la jurisprudencia, entre otras las SSTs, de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5401) o de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS: 2022:269)

⁵ Vid., T. Cano Campos, "Los costes excepcionales...", op. cit., págs. 102 y ss.

Igualmente, lo señalan, entre otras, las SSTs de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531) y de 20 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3839)

del sector público deben compensarle por la totalidad de los gastos en que haya incurrido para asegurar la continuidad de las prestaciones y, así, no perjudicar los intereses generales a los que se pretende satisfacer con la contratación pública. Así, por ejemplo, ocurre cuando la Administración, de acuerdo con el art. 29.4 de la LCSP obliga al contratista a la prórroga forzosa del contrato, surgiendo la relevante cuestión acerca de si deben o no revisarse los precios de las prestaciones que el contratista debe seguir ejecutando. Sobre esta cuestión nos detendremos con detalle en epígrafes posteriores.

Otra vertiente derivada de la asunción del riesgo y ventura por parte del contratista puede encontrarse en que el mismo no incluye los posibles incumplimientos contractuales derivados de causas imputables a cualquiera de las partes. En este sentido, el art. 189 de la LCSP excluye de la regla de la inmutabilidad del contenido obligacional del contrato a las prerrogativas que puede ejercitar la Administración, en concreto al denominado *ius variandi*, o, por ejemplo, el art. 197 de la LCSP excluye del riesgo y ventura los supuestos de fuerza mayor. Si bien, y como va a examinarse a lo largo del presente informe, estas no son las únicas causas que pueden constituir excepciones, puesto que el principio de riesgo y ventura no excluye que la Administración deba compensar igualmente al contratista en los casos de *factum principis* o cuando sobrevengan circunstancias de naturaleza imprevisible que alteren sustancialmente las bases de lo pactado en el contrato.⁶

Todos estos supuestos que pueden constituir excepciones al riesgo y ventura asumido por el contratista y, por tanto, suponen una alteración de la *lex contractus*, deben ser objeto de interpretación e integración con otro de los pilares básicos de la contratación administrativa: el principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, que modula, o puede llegar a excepcionar, el riesgo y ventura del contratista, sobre el que nos detendremos a continuación para delimitar sus rasgos generales.⁷

2.2 El equilibrio económico de las partes en los contratos públicos: su observancia garantiza la seguridad jurídica.

El equilibrio económico del contrato es uno de los pilares esenciales de la contratación pública.⁸ La necesidad de que exista un equilibrio entre las prestaciones o intereses

⁶ La LCSP se refiere al *factum principis* en su arts. 270.2.b) y 290.4.b), de tal manera que, de conformidad con su tenor literal, se debe restablecer el equilibrio económico del contrato "cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato".

Por otro lado, el riesgo imprevisible se encuentra recogido en la LCSP como causa que habilita al ejercicio del *ius variandi* por la Administración y ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina del Consejo de Estado, como causa de excepción al riesgo y ventura del contratista.

⁷ En este sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1030/2015, de 21 de enero de 2016, afirma que el riesgo y ventura se matiza, cohonestando su vigor, con el necesario respeto al equilibrio económico-financiero del contrato administrativo, de modo que aquel principio decae frente al mantenimiento del equilibrio económico financiero en determinados supuestos muy singulares.

Igualmente, el TS en diversas sentencias, como las de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2589) o de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:269), ha destacado que en numerosas ocasiones que, "en nuestro ordenamiento ha sido tradicional establecer unas excepciones -tasadas- a esa aleatoriedad de los contratos administrativos que permiten reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables o a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*) o por hechos que se consideran "extramuros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible".

⁸ Como afirma J. Tornos Mas en "Contratos concesionales y equilibrio económico. El riesgo imprevisible", *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, vol. 2, 2024, pág. 243, "la singularidad del contrato administrativo reside en el hecho de que esta figura jurídica es utilizada por la administración para lograr fines de interés general, como es realizar una obra, prestar un servicio u obtener un suministro. Para ello, como hemos dicho, la Administración puede acudir al mercado y buscar un contratista, pero en este caso la institución contractual debe adaptarse a su razón de ser: lograr alcanzar el fin de interés general que persigue la Administración. Como se ha dicho, si el contrato de obras alumbró la tesis del riesgo y ventura, la concesión de servicios públicos hizo lo propio en una segunda etapa de la evolución sacando a primer plano las ideas del contratista colaborador, de la mutabilidad del contrato y del mantenimiento de la ecuación financiera del mismo, y es que, en efecto, la concesión tiene entre todos, un principio absoluto, que es hacer viable la realización del servicio público que es su objeto.

recíprocos de las partes es un elemento fundamental que se encuentra íntimamente ligado a la idea misma de contrato.⁹

En la LCSP, el principio de equilibrio económico viene expresamente recogido en el art. 270.1 LCSP para el contrato de concesión de obras y en el art. 290.2 para la concesión de servicios.

El primero de ellos establece que "el contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos en que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario (...)", reconociendo, a su vez, el art. 257.b) de la LCSP el derecho del contratista "al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión".

El segundo precepto aludido prevé que "cuando las modificaciones del contrato de concesión de servicios afectan al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato".

Si bien en estos dos preceptos se alude al reequilibrio económico para los contratos de concesión de obras y servicios, ello no quiere decir, ni mucho menos, que el equilibrio económico financiero sea algo exclusivo de esta tipología de contratos públicos. En este sentido, cabe señalar que tanto las Directivas europeas de contratación como la propia LCSP establecen el equilibrio económico financiero de todos los contratos públicos.¹⁰

Esta singularidad causal del contrato administrativo comporta que el principio de riesgo y ventura se module por la aparición en la legislación contractual del principio del equilibrio económico, cuyo fin es asegurar la correcta ejecución del contrato cuando la ecuación financiera que sirvió para el acuerdo contractual se ha roto por causas posteriores, partiendo de la idea del contratista colaborador".

⁹ La teoría del equilibrio económico tiene su origen en el sistema administrativo francés, concretamente en el seno de las concesiones administrativas y parte de la idea del contratista colaborador de la Administración, es decir, podría señalarse que este fue el germen de lo que es la colaboración pública-privada en la actualidad.

De ahí se introdujo en España a través del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), donde todavía puede apreciarse en su art. 127.2.º a) y b) que dispone lo siguiente: "La Corporación concedente deberá: Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión."

Igualmente, en Cataluña, el Decreto 179/1996, de 13 de junio por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña (ROAS), lo prevé de forma expresa en sus arts. 249 y 250 para las concesiones de servicios. En este sentido, el art. 249.b) establece como uno de los deberes de las Corporaciones locales: "La entidad local titular del servicio objeto de concesión deberá: "Mantener el equilibrio financiero de la concesión, a cuyo efecto tendrá que compensar económicamente al concesionario, por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio que incrementen los costos o disminuyan la retribución, y tendrá que revisar las tarifas y subvenciones cuando, aunque no hubiera modificaciones en el servicio, circunstancias anormales e imprevisibles sobrevenidas determinaren, en cualquier sentido, la ruptura del equilibrio económico"; y el art. 250.1.b) señala como derecho de los concesionarios: "Obtener la compensación económica que mantenga el equilibrio económico de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que hacen referencia los apartados b) y c) del artículo anterior".

¹⁰ Como afirma T. Cano, en "Los costes excepcionales...", *op. cit.*, pág.104, "la razón de que en la LCSP sólo se hable expresamente de desequilibrio en las concesiones quizás se deba que la doctrina surgió originariamente en su seno, a que adquiere su verdadero sentido en los contratos de larga duración (como las concesiones) y a que, en la actualidad, en las concesiones el contratista asume más riesgos que en el resto de contratos, pues asume el riesgo operacional, que es un riesgo específico que no está presente en otros contratos". Igualmente, R. Sahun Pacheco, *Riesgo operacional y servicio público*, BOE, 2019, pág. 245, afirma que, como el riesgo operacional prohíbe la recuperación de la inversión y los costes en condiciones normales de funcionamiento (arts. 14.4 y 15.2 LCSP), el contrato de concesión es ahora un contrato con más riesgos que antes y, por tanto, menos seguro para el contratista. Esto plantea el problema de su compatibilidad con el derecho del concesionario al reequilibrio económico del contrato, en particular si se tiene en cuenta que la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, no dice nada al respecto. Es decir, en la medida en que el equilibrio económico de los contratos modula el riesgo que asume el contratista, es preciso saber hasta qué punto ello sigue siendo así sin comprometer la transferencia del riesgo operacional. Al punto que, el propio Consejo de Estado, en su dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de LCSP, sostiene que "la existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español (...) choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional (y por eso, añade) la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales".

Así, el art. 72.1.e) de la Directiva 2014/24 de 16 de febrero, sobre contratación pública, al igual que el art. 43.b) de la Directiva 2014/23, de 26 de febrero, de concesiones, establecen que los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor, "no sean sustanciales a los efectos del apartado 4", cuyo tenor literal precisa que, en cualquier caso, una modificación se considerará sustancial "cuando 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".

Por su parte, la LCSP alude a la posibilidad de restablecimiento económico cuando se prevé el derecho del contratista a la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren causado en la ejecución del contrato en los supuestos de fuerza mayor (art. 239 de la LCSP). Del mismo modo, el art. 205.2.b) de la LCSP, que regula las modificaciones contractuales no previstas en los pliegos, establece que, además de por prestaciones adicionales y por circunstancias imprevisibles, puede tener lugar la modificación del contrato cuando esta no sea de naturaleza sustancial, y prevé a continuación, que una modificación será considerada sustancial cuando "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 esencial [art. 205.2.c) de la LCSP].

Lo que de ello se puede deducir, en consecuencia, es que el equilibrio económico se configura como una parte o elemento sustancial del contrato público. La idea de equilibrio económico también subyace, como afirma T. Cano, "en la exigencia de que el precio de los contratos, además de cierto, sea adecuado al mercado (art. 102.3 de la LCSP).¹¹

No obstante, conviene señalar que la existencia de este principio general de la contratación pública referido a la necesidad de preservar el equilibrio económico inicial de los contratos públicos no conlleva, como es lógico, que cualquier ruptura del mismo exija su restablecimiento, pues ello eliminaría el riesgo y ventura. En este sentido, y como veremos más adelante, el restablecimiento sólo procede cuando el motivo de la ruptura sea imputable a la Administración (*ius variandi, factum principis*) o cuando, sin serlo, la sujeción estricta a lo pactado pueda resultar contraria a la buena fe contractual y, especialmente, contravenga el interés general que la contratación pública trata de realizar (fuerza mayor o riesgo imprevisible), pues en estos supuestos, el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones es la mejor manera de garantizar la correcta ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación del servicio.¹²

¹¹ T. Cano Campos, "Los costes excepcionales...", *op. cit.*, pág. 105.

Del mismo modo, puede afirmarse que la jurisprudencia del TS es clara en estos aspectos. En algunas de sus sentencias (SSTS de 27 de octubre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:653 y la de 12 de diciembre de 2019 ECLI:ES:TS:2019:3974) afirma que el equilibrio económico constituye un principio sustancial, básico o esencial en materia de contratación.

A su vez, la STS de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809) lo predica claramente de todos los contratos (en este supuesto se trataba de un contrato de obras).

Igualmente, el Consejo de Estado en sus Dictámenes 92/2019, de 28 de febrero y 242/2019, de 11 de abril, relativo a dos contratos de obras sobre la conservación del firme de una carretera, afirman que el equilibrio económico-financiero "constituye un principio general del derecho de los contratos públicos".

¹² En este sentido, se ha pronunciado el TS en diversas sentencias. Así, en la STS de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809), ha afirmado que es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato, pues se sobrepasan los límites razonables de la aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad, artículo 3.2 CC, y de buena fe, artículo 7.1 CC, por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial de la contratación pública". Y, por ejemplo, en la STS de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:269), señala 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 la misma por causas imputables a la Administración (*"ius variandi"* o *"factum principis"*), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de *"ius variandi, factum principis, y fuerza mayor o riesgo imprevisible"*.

3. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DEL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA

Una vez analizado el significado y alcance de los rasgos que presiden las relaciones entre las partes en la contratación administrativa, especialmente la regla del riesgo y ventura del contratista, es momento de examinar las excepciones a las que se enfrenta dicha regla general. La sistemática que seguiré para estudiar estas excepciones seguirá el siguiente orden: en primer lugar, analizaré el régimen de revisión de precios previsto tanto en la LCSP como en la legislación de carácter extraordinario que se ha ido aprobando para intentar dar soluciones a los costes excepcionales que han surgido en la ejecución de los contratos públicos; en segundo lugar, examinaré otros supuestos que pueden dar lugar al reequilibrio de los contratos, como son los supuestos de prórroga forzosa, y, finalmente, llevaré a cabo un análisis de las diversas opciones de reequilibrio económico-financiero que surgen a raíz de determinados hechos de naturaleza o no imprevisible que pueden surgir al hilo de la ejecución de los contratos: *ius variandi*, fuerza mayor, *factum principis* y riesgo imprevisible.

3.1 Régimen jurídico ordinario de la revisión de precios previsto en la LCSP

Desde una perspectiva general, el examen de las posibilidades de revisión de precios en el ámbito de la contratación pública se encuentra regulada de forma un tanto fragmentaria y limitada en la legislación de contratos. Las posibilidades de revisión de precios, tanto la revisión ordinaria como la excepcional, va a depender de diversos factores, como son la naturaleza de los contratos -pública o privada-, su tipología (concesiones, obras, servicios, suministros, etc.), las previsiones que contengan los pliegos contractuales, etc.

La LCSP constituye la norma de referencia en la que hemos de fijarnos de cara a estudiar los diferentes mecanismos jurídicos que dicha norma establece con carácter general para examinar la viabilidad de revisar los precios, ante la subida generalizada que se está produciendo en todos los sectores económicos y que tiene una repercusión directa en los contratos celebrados con las entidades del sector público.

La LCSP establece con carácter general en su art. 102.1, que *"los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejercida y de acuerdo con lo pactado"*.

A su vez, el art. 189 de la LCSP alude a la necesaria vinculación de las partes al contenido del contrato, debiendo cumplir las obligaciones a las que se hayan comprometido, señalando dicho precepto que *"los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas"*.

Del mismo modo, el art. 197 de la LCSP dispone que *"la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (...)"*. De este precepto se deduce que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con una entidad del sector público, asume el riesgo derivado de las contingencias que pueden devenir en la ejecución de un contrato, que se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial¹³. Ello significa que, si por circunstancias sobrevenidas, se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio mientras

¹³ En este sentido, la STS de 22 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:9121), ha delimitado el riesgo y ventura del contratista de la siguiente forma: *"A este respecto el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, que en este caso no ha formulado el contrato con la Administración municipal, 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 una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial y por tanto, los riesgos derivados de la contratación, perfeccionada por la empresa recurrente, habrán de recaer directamente sobre ella, quedando libre el Ayuntamiento de otras consecuencias o perjuicios que pudieran deducirse, atendidas las circunstancias y contingencias sobrevenidas en la operación, en detrimento o perjuicio del propio contratista"*.

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

Por lo tanto, debe señalarse que el ámbito de la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente recogido en la LCSP el principio de riesgo y ventura del contratista.

3.2 Revisión de precios: la insuficiencia del art. 103 LCSP

La revisión de precios se configura como una excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura del contratista y se articula como una cláusula de estabilidad y mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato y, que, a su vez, sirve como una especie de garantía frente a la alta volatilidad de los precios.

Con carácter general el instrumento de la revisión de precios se configura como un mecanismo que la LCSP establece para preservar el equilibrio económico del contrato. Su finalidad *"no es otra que adaptar el precio del contrato a la evolución de los costes del mismo y, en definitiva, pretende evitar desequilibrios económicos durante la ejecución del contrato que lo puedan a ver inviable"*.¹⁴

El régimen jurídico ordinario de revisión de precios establecido por la LCSP se encuentra recogido en el Capítulo II, "revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público", del Título III "objeto, presupuesto base de la licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión", del Libro Primero de la LCSP, en concreto de los arts. 103 a 105.

Para que pueda aplicarse la revisión de precios a un contrato deben cumplirse las previsiones del art. 103 de la LCSP:

- 3.2.1 Que se haya fijado en los pliegos contractuales.
- 3.2.2 Deberá haberse justificado previamente en el expediente.
- 3.2.3 Debe ser conforme a la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y a su reglamento de desarrollo.

Los precios podrán ser revisados de manera periódica y predeterminada, previa justificación en el expediente para los siguientes contratos: a) contratos de obra; b) contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas; c) contratos de suministro de energía y, d) en aquellos otros contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

La técnica de la revisión de precios, dada su actual regulación, en exceso restrictiva, adolece principalmente de dos problemas para solventar el laza extraordinaria de precios que sufren los contratos públicos: por un lado, o bien no se contempla en todos los contratos cuyo equilibrio económico puede haberse roto o, por otro, bien puede resultar insuficiente para su restauración, por lo que resulta necesario acudir a otras técnicas o instrumentos para intentar solucionar este problema del alza extraordinaria de precios en la contratación pública.

Para paliar estas limitaciones, la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de transposición de seis Directivas de la Unión Europea, introdujo una modificación de los apartados 2º y 5º del art. 103 para ampliar el ámbito objetivo de aplicación de dicho precepto. Dice así:

"No obstante, previa justificación en el expediente, podrá admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas o de suministro de energía, aunque su periodo de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto. En estos

¹⁴ Informe 7/2019 JCCA de Aragón de 29 de octubre

casos la revisión solo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación. El pliego deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por ciento y su respectivo índice oficial de revisión de precios".

Por su parte, el apartado 5º prevé lo siguiente:

"Salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar en los términos establecidos en este capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el importe ejecutado en el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión"

De este modo, lo que esta previsión establece es la posibilidad de anticipar un año la revisión de precios, frente a los dos años previstos con anterioridad, si bien se sigue exigiendo que se haya ejecutado el 20 por ciento del contrato.

3.3 Revisión extraordinaria de precios prevista en el Real Decreto-ley 3/2022

En el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo de 2020, se publicó el *Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras (RD Ley 3/2022)*.¹⁵

Tal y como recoge su Exposición de Motivos, las excepcionales circunstancias sociales y económicas derivadas de la pandemia desencadenada por el COVID-19 han producido un impacto directo en la ejecución de determinados contratos del sector público. En este sentido, los precios de las materias primas han sufrido un incremento significativo y extraordinario durante el 2021. Esta realidad ha sido recogida de forma expresa en el Preámbulo del RD Ley 3/2022 señalando que el incremento de costes

"era imprevisible en el momento de la licitación", añadiendo, además, que el mismo "excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público".

Este proceso ha ocasionado unos incrementos extraordinarios de costes que eran imprevisibles en el momento de la licitación de unos contratos que ahora muestran dificultades en su ejecución y cuyos operadores se ven severamente afectados. Este aumento de costes, además, excede del que puede ser incluido en los riesgos que el contratista ha de asumir en todo contrato público. De modo particular, esta alza extraordinaria del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas unidades de obra, ha repercutido de manera especial en los contratos de obras, si bien debe señalarse que ha afectado a toda la tipología contractual celebrada por las entidades del sector público.

Ante esta realidad el Gobierno adoptó en el Título II del presente RD Ley 3/2022 (artículos 6 a 10) una serie de medidas urgentes dirigidas a permitir una revisión excepcional de los precios del contrato.

3.3.1 Supuestos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras: alcance limitado del RD Ley 3/2022

De acuerdo con el artículo 6 del RD Ley 3/2022, cabe, de manera excepcional, la revisión de precios en los contratos de obras, ya tengan naturaleza pública o

¹⁵ Esta regulación ha sido objeto de dos modificaciones a través del Real Decreto-ley 6/2022 y del Real Decreto-ley 14/2022.

privada¹⁶, que hayan sido adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal, esto es, las comprendidas en el art. 3 de la LCSP, y que se encuentren en estado de ejecución coincidiendo con la entrada en vigor de este RDLeY.

La revisión de precios procederá con independencia del régimen jurídico que, por razón temporal o de la materia, se aplique al contrato en cuestión. Del mismo modo, cabrá la revisión excepcional de precios a los contratos de obras que se encuentren regulados por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, *de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales* (RDLeY 3/2020).

Los contratos de obras susceptibles de revisión extraordinaria son:

- (A) Contratos en ejecución o en licitación o cuya adjudicación o formalización se publique en el plazo de un año
- (B) Contratos cuyo anuncio de licitación se publique en la plataforma de contratos del sector público en el plazo de un año

Por lo tanto, la revisión afecta a los contratos de obras en los que no se contemplaron sistemas de revisión de precios y también a aquellos contratos que sí incorporaron en sus pliegos cláusulas de revisión, en relación con los períodos en los que dicha revisión aún no sería posible por no haberse ejecutado el 20 por ciento del contrato o haber transcurrido menos de dos años desde su formalización, requisitos que prevé expresamente la LCSP.

Esta norma también resulta de aplicación en el ámbito de las comunidades y ciudades autónomas (Ceuta y Melilla) que así lo acuerden (art. 6.3 RDLeY 3/2022). En este sentido, las comunidades autónomas han ido aprobando diversas normas de desarrollo del RDLeY 3/2022, si bien han surgido diversos problemas competenciales derivados, por un lado, de que algunas comunidades autónomas habían aprobado su propia normativa en materia de revisión de precios¹⁷, y, por otro, de la aplicación de estas normas a las corporaciones

¹⁶ Como establece el párrafo tercero del art. 6.1 del RDLeY 3/2022, la revisión excepcional de precios se aplicará, igualmente, a los contratos privados de obras, a los que se refiere el art. 26 de la LCSP.

¹⁷ Algunas Comunidades Autónomas aprobaron sus propias normas con anterioridad al RDLeY 3/2022. Así, Galicia aprobó la Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, y Extremadura aprobó su Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales para 2022.

Con posterioridad a la aprobación del RDLeY 3/2022, otras Comunidades Autónomas aprobaron sus propias normas, algunas de ellas con variantes significativas respecto a lo previsto en la norma estatal lo que ha originado problemas desde una perspectiva competencial. De hecho, acaban de recurrirse ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de la Nación, tras el Acuerdo de Consejo de ministros de 27 de diciembre de 2022, el Decreto-Ley 4/2022, de 12 de abril de Andalucía y Decreto-Ley 3/2022, de 6 de abril de Aragón.

Igualmente, la Comunidad Autónoma de Illes Balears aprobó el Real Decreto-ley 4/2022 y el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 30 de marzo de 2022, en el que se establecía previsiones sobre revisión excepcional de precios de los contratos de concesión de servicios de transporte público regular de viajeros, las extensiones de las medidas para asegurar el equilibrio económico a tipologías contractuales diferentes al contrato de obras, o el procedimiento para aplicar la compensación en los contratos de obras. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó el Decreto Ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras, y que contiene en los arts. 4, 5 y 9, algunas divergencias respecto a la norma estatal, especialmente en los supuestos susceptibles de revisión excepcional de precios (señala que la revisión también será de aplicación a los contratos necesarios para la ejecución de obras públicas), así como a los parámetros para que resulte procedente el reconocimiento de esa revisión excepcional. Finalmente, la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobó el Decreto-Ley 3/2022, de 6 de abril, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón, en el que se establece que las medidas excepcionales de revisión de precios resultarán de aplicación no solo a los contratos públicos de obras, sino también a los contratos mixtos en la parte relativa a la obra, y a los contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de la obra pública.

Debe señalarse que la Comunidad Foral de Navarra, con competencias en materia de contratación, aprobó el Decreto-Ley Foral 1/2022, de 13 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en la Comunidad Foral de Navarra para dar respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

locales y otras entidades del sector público (como, por ejemplo, las universidades públicas)¹⁸.

Ante esta situación de incertidumbre generada, la Junta Consultiva de Contratación del Sector Público del Estado (JCCPE) ha emitido el informe sobre el *"Carácter básico de la disposición contenida en el artículo 6.3 del Real Decreto-ley 3/2022"* (Expte. 27/2022), en el que establece por un lado que

"si una Comunidad Autónoma o una Ciudad Autónoma decide aplicar un sistema de revisión excepcional de precios para el caso descrito en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, habrá de respetar las prescripciones básicas del Estado establecidas en aquel, sin perjuicio de la posibilidad de dictar disposiciones de desarrollo que se ajusten a la doctrina constitucional citada en el presente informe",

y, por otro, que

"la decisión que adopte cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo vincula a las Corporaciones Locales de su propio ámbito de competencia."

3.3.2 ¿Cuándo cabe la revisión excepcional de precios?

La revisión excepcional de precios será posible siempre que el incremento del coste de los materiales empleados para la obra adjudicada haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021.

Se entenderá que tiene lugar dicho impacto, de conformidad con el art. 7.1 del RD Ley 3/2022, *"cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el ejercicio 2021 su fórmula de revisión de precios si la tuviera y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en el ejercicio 2021"*.¹⁹

La cuantía de la revisión excepcional no podrá ser superior al 20 por ciento del precio de adjudicación del contrato.²⁰

Debe advertirse que entre los elementos del contrato potencialmente revisables por este procedimiento excepcional no se incluye el precio de la energía, puesto que, en opinión del Gobierno, ya se han adoptado importantes medidas para amortiguar el impacto de la subida de los precios mayoristas de la electricidad en la factura de hogares y empresas, como la rebaja del IVA o del Impuesto Especial sobre la Electricidad, así como la suspensión del Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica.

3.3.3 Criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios

El artículo 8 del RD Ley 3/2022 establece una serie de criterios para calcular la revisión de precios en los contratos de obras, en función de si se ha establecido

¹⁸ Algunas comunidades autónomas han previsto de forma expresa en los acuerdos de aplicación del mecanismo excepcional de revisión de precios de los contratos de obras del RD Ley 3/2022, que dicho régimen tendrá carácter obligatorio para las Corporaciones locales de su ámbito territorial. Otras, en cambio, someten la aplicación de la norma estatal a la decisión individual de cada entidad local.

¹⁹ Estos materiales han sido ampliados a través de la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, incluyendo al cemento, material cerámico, madera, plásticos, productos químicos y vidrio.

²⁰ Para determinar dicha cuantía no se tendrá en cuenta los efectos del límite de 50 por ciento previsto en el artículo 205.2 de la LCSP y en el artículo 112.2 del RD Ley 3/2020, que regulan las modificaciones contractuales no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

o no en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de obras una fórmula de revisión de precios. De este modo, se establecen dos criterios:

- (A) **Contratos con fórmula de revisión:** En el supuesto de que el pliego haya establecido una fórmula de revisión de precios dicha cuantía será el incremento que resulte de la aplicación de dicha fórmula modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad, a las certificaciones de lo ejecutado durante el periodo desde el 1 de enero de 2021 hasta el momento en el que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 103 de la LCSP²¹, pueda ser efectiva la revisión prevista en la cláusula. Transcurrido este periodo, el contrato se regirá por lo establecido en el pliego.
- (B) **Contratos sin fórmula de revisión:** Cuando el pliego no establezca la fórmula de revisión de precios, dicha cuantía se determinará como la diferencia entre el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde 1 de enero de 2021 hasta la conclusión del contrato y el que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios, aplicando la fórmula que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas en el Real Decreto 1359/2011, modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad. Esta regla se aplicará aunque todavía no se hubiera ejecutado el 20 por ciento del importe del contrato o no hubiesen transcurrido dos años desde su formalización

En ambos casos, la fecha a considerar como referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 en las fórmulas de revisión será la fecha de formalización del contrato, salvo que ésta sea anterior al 1 de enero 2021, en cuyo caso se tomará como referencia el 31 de diciembre de 2020.

3.3.4 Procedimiento para la revisión

El órgano de contratación será el competente para aprobar la revisión excepcional de precios, si procede, previa solicitud del contratista, que deberá presentarla en el plazo de dos meses a contar, bien desde la entrada en vigor del RD Ley 3/2022, bien desde la publicación de los índices de mensuales de los precios de los componentes básicos de costes, relativos al último trimestre de 2021, si esta publicación fuera posterior.

La solicitud irá acompañada de la documentación necesaria que acredite que se cumplen las condiciones para la revisión del contrato. El órgano de contratación deberá comprobar que se reúnen las circunstancias establecidas.

La finalización del plazo máximo para resolver sin haber tenido resolución expresa faculta al solicitante para entender desestimada su solicitud por silencio administrativo.

La cuantía resultante de la revisión excepcional se aplicará en la certificación final de la obra, como partida adicional. El órgano de contratación estará

²¹ El artículo 103.5 de la LCSP establece que *"cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, (...) cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurridos dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión."*

facultado para realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra.

De la misma manera, el contratista que perciba la cantidad resultante de esta revisión excepcional deberá repercutir al subcontratista la parte que le corresponda por la porción de obra subcontratada.

Finalmente, en los supuestos en los que se haya reconocido al contratista el derecho a la revisión excepcional de precios, el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, deberá aprobar un nuevo programa de trabajo adaptado a las circunstancias actuales de la obra. El incumplimiento de este programa de trabajo por causa imputable al contratista, puede dar lugar a penalidades.

3.3.5 Pago de la revisión extraordinaria de precios

El pago correspondiente a la revisión de precios que se haya aprobado por parte del órgano de contratación se encuentra condicionado al desistimiento de cualquier reclamación o recurso en vía administrativa o que hubiera ejercitado acción judicial.

La cuantía de la revisión de precios se aplicará en la certificación final de la obra como partida adicional.

Se establece la obligación del contratista de repercutir al subcontratista la parte de la revisión que corresponda respecto de la parte de la obra objeto de subcontratación.

Finalmente, en los casos en que se haya reconocido al contratista el derecho a la revisión excepcional de precios, el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, deberá aprobar un nuevo programa de trabajo adaptado a las circunstancias de la obra. El incumplimiento del mismo por causa imputable al contratista puede conllevar la imposición de multas coercitivas, penalidades o devolución de cantidades, así como la resolución del contrato.

3.4 Revisión extraordinaria de precios en el sector ferroviario: contratos de suministro de trenes destinados a contratos sujetos a obligaciones de servicio público

Una novedad en materia de revisión extraordinaria de precios lo constituye la reforma de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector ferroviario (LSF).

La LSF, según su exposición de motivos, traspone al ordenamiento interno la Directiva europea 2012/34/UE por la que se establece un espacio ferroviario europeo único. De esta manera, el texto transpone la definición de infraestructura ferroviaria y la delimitación de las instalaciones de servicio como lo hace la norma europea, separando en dos categorías lo que tradicionalmente se había considerado incluido globalmente bajo el concepto de infraestructuras ferroviarias.

La Disposición Adicional Segunda de la LSF prevé con carácter excepcional la posibilidad de revisar los precios en los contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento, que se encuentren destinados o estén afectos a contratos con obligaciones de servicio público (OSP), ya tengan naturaleza pública o privada.

Conforme a esta disposición, la revisión de precios sólo procederá respecto a aquellos contratos que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de esta Ley, o cuyo anuncio de licitación, adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde su entrada en vigor.

Se excluye de la revisión conceptos como la energía y los salarios.

Finalmente, la cuantía máxima de la revisión excepcional de precios no podrá exceder del 20 por ciento del precio total licitado.

4. **EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS A RAÍZ DEL COVID-19**

Un supuesto muy particular de reequilibrio económico en el ámbito de la contratación pública fue el derivado de los efectos de la pandemia a raíz del COVID-19. Esta situación de carácter excepcional tuvo una incidencia sustancial y significativa en la ejecución de los contratos que conllevó la necesidad de articular medidas normativas específica para afrontar los graves perjuicios que las empresas contratistas sufrieron durante la pandemia.

4.1 **La incidencia del COVID-19 en la contratación pública: la especial intensidad normativa**

El 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 adelante, RD Ley 8/2020), modificado (i) por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* (en adelante, RD Ley 11/2020); y, (ii) por el Real Decreto-ley 17/2020 de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 (en lo sucesivo, RD Ley 17/2020); ha establecido una serie de medidas que afectan de manera significativa al ámbito de la contratación pública destinadas a paliar las graves perturbaciones que pueden producirse en las empresas y en sus trabajadores, derivadas de la adopción de diversas medidas dirigidas a la contención de esta crisis sanitaria.

Esta norma hay que encuadrarla dentro de la situación de emergencia de salud pública derivada de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y que ha dado lugar a que el Gobierno declarara el estado de alarma en virtud del Real Decreto 463/2020, (en adelante, RD 463/2020), que se ha visto prorrogado a su vez por el Real Decreto 476/2020 (en adelante RD 476/2020), y que tiene por finalidad facilitar la adopción por el Gobierno de diversas medidas, tanto de naturaleza normativa como ejecutiva, para mitigar en la medida de lo posible los efectos tan graves que para la salud y la economía está produciendo el COVID-19. Al respecto, resulta importante destacar que en virtud del art. 4 del RD 463/2020, la única autoridad administrativa con competencia para adoptar medidas y gestionar los diversos aspectos relacionados con la pandemia era el Gobierno y sus autoridades delegadas: ministra de Defensa, ministro de Interior, ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y ministra de Sanidad.

En este sentido, se establecen en el art. 34 del RD Ley 8/2020, una serie de medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo en el sector de la contratación pública.

4.2 **Medidas de incidencia general en el ámbito de la contratación pública previstas por el RDL 8/2020**

El art. 34 del RDL 8/2020 ha regulado de modo específico los efectos que legalmente se producen en los contratos públicos derivados de las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas y la administración local para combatir el COVID-19. Este precepto tiene unos efectos temporales limitados que atiende a una situación excepcional, como es la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, por lo que su contenido ha de tener una aplicación preferente a la LCSP mientras dure el mismo.

Por lo tanto, se trata de una norma especial que se aplica con preferencia a la legislación ordinaria en materia de contratos en todas aquellas cuestiones relacionadas con la aplicación del art. 34 del RD Ley 8/2020. De este modo, la legislación general de contratos podrá aplicarse con carácter supletorio para resolver una incidencia contractual relacionada con el COVID-19 cuando no se oponga a lo regulado en el art 34 del RD Ley 8/2020 y a los principios que lo inspiran.

4.2.1 **Ámbito de aplicación del RDL 8/2020**

De acuerdo con la redacción originaria del art. 34.7 del RD Ley 8/2020, son contratos públicos, a los efectos de esta norma, aquellos que conforme a lo previsto en sus pliegos se encuentren sujetos a la LCSP; o al 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 (TRLCSP); o a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; o Libro I del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; o a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y de la seguridad.

De este modo, se establecía una delimitación un tanto reducida del ámbito de aplicación del RDL 8/2020, ya que quedaban fuera del mismo diversos contratos públicos, especialmente concesiones de larga duración que se habían otorgado conforme a la legislación de contratos anterior a las previsiones del art. 34.7 y, que, sin duda alguna, se veían afectadas por las medidas adoptadas para combatir los efectos de la pandemia.

Esta limitación del ámbito subjetivo fue paliada por el RDL 17/2020 que amplió el ámbito de aplicación del art. 34.7. En este sentido, la Disposición final novena prevé que también tendrán la consideración de contratos públicos los contratos de obras, los contratos de servicios o consultorías y asistencias que sean complementarios a un contrato de obras principal y necesarios para la correcta realización de la prestación, así como los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los contratos de gestión de servicios públicos; celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público; siempre que estén vigentes a la entrada en vigor de este RDL 8/2020 y cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego. Es decir, se amplía la aplicación de la norma a todos aquellos contratos públicos vigentes adjudicados también conforme a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 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, o la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, la norma establecía un matiz a su ámbito de aplicación puesto que señalaba que respecto de estos contratos no resultarían de aplicación las suspensiones previstas en el art. 34 del RDL 8/2020, además de las disposiciones establecidas en sus apartados 1 y 2; y no procedería ninguna indemnización por la suspensión de contratos previstas en la normativa de contratación pública anterior al Real Decreto Legislativo 3/2001, ni aquellas indemnizaciones por suspensión previstas en los pliegos de contratos en el ámbito de la normativa de contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Finalmente, el art. 34.6 del RDL 8/2020 excluye de forma expresa de su ámbito de aplicación a los siguientes contratos públicos: contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19; contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos; contratos de servicios o suministros necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte; y contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

4.2.2 Suspensión de plazos en los procedimientos de contratación en curso

Una de las cuestiones problemáticas derivadas del estado de alarma fue la suspensión de plazos en los diversos procedimientos administrativos y cómo podían verse afectadas las licitaciones públicas que estuvieran en curso.

La Disposición adicional tercera del RD 463/2020 estableció la suspensión automática de todos los procedimientos de las entidades del sector público desde su entrada en vigor, cualquiera que fuera su naturaleza y, en consecuencia, quedaban igualmente afectados los procedimientos de contratación pública que se estuvieran tramitando. Ante las posibles disfunciones que ello pudiera causar para el interés público, se establecieron algunas medidas concretas que se configuraban como una excepción a la regla general de suspensión:

- (A) En este sentido, el órgano de contratación puede acordar las medidas de instrucción y ordenación del procedimiento que sean estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado siempre que éste muestre su conformidad.
- (B) Del mismo modo, se prevé la posibilidad de que el interesado en el procedimiento de licitación pública manifieste su voluntad de que no tenga lugar la suspensión del plazo.
- (C) Y, finalmente, el órgano de contratación podrá acordar, de forma motivada, la continuación de los procedimientos de contratación estrechamente vinculados a prestaciones que se encuentren vinculadas al combate de la pandemia, así como cuando estén destinadas a garantizar el buen funcionamiento básico de los servicios esenciales.

Un último punto de gran relevancia respecto a la suspensión de los procedimientos en el ámbito de la contratación era el relativo a si se debía entender suspendido el recurso especial en materia de contratación administrativa en relación con aquellas licitaciones públicas que se mantuvieran en activo. La respuesta la dio la Disposición final décima, punto sexto, del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, que incorporó un nuevo apartado 3 a la Disposición adicional octava del RDL 11/2020, indicando que aquellos procedimientos de contratación cuya continuación hubiera sido acordada por la entidades del sector público, de acuerdo con lo previsto en el RD 463/2020 por el que se declara el estado de alarma, pueden ser objeto de recurso especial, conforme a las previsiones de la LCSP.

4.3 La incidencia del RDL 8/2020 en los contratos de concesiones: en especial, el reequilibrio económico

El reequilibrio económico es una institución clásica en el ámbito de la contratación pública, especialmente en las diferentes modalidades del contrato de concesión, que opera como una modulación del principio general de que los contratos públicos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista. A través del mismo se persigue reestablecer el equilibrio económico del contrato que pueda ver afectado por el acontecimiento de determinados hechos imprevisibles y, normalmente, de naturaleza externa al contrato, como ha sucedido en nuestra realidad más reciente con el COVID-19.

La pandemia ha alcanzado con gran virulencia el sector de la contratación pública en un doble sentido: por un lado, por la propia incidencia del COVID-19 en el conjunto de la economía y de las empresas que contratan con las diversas entidades del sector público y, de otro, a través de las diferentes medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas y la Administración local para combatirlo, afectando gravemente al normal desarrollo de los contratos públicos.

Es evidente que medidas como las limitaciones impuestas a la libre circulación de personas y de vehículos, el cierre de gimnasios, o la suspensión del servicio de

aparcamiento vigilado en diversos municipios, ha causado claros perjuicios económicos a numerosas concesiones que se encargaban de prestar diversos servicios públicos alterando el equilibrio económico de los contratos.

Para hacer frente a esta situación el Real-Decreto-ley 8/2020 en su art. 34.4 ha establecido un régimen jurídico especial del reequilibrio económico de las concesiones de obras y servicios, distinto al previsto con carácter general en la legislación de contratos del sector público, cuya finalidad primordial es que los concesionarios puedan solicitar el restablecimiento del equilibrio económico que se ha podido ver alterado como consecuencia del COVID-19, así como por las medidas adoptadas por las distintas autoridades públicas.²²

4.3.1 El presupuesto de hecho para poder solicitar el reequilibrio económico: la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión

El art. 34.4 del RDL 8/2020 prevé la posibilidad de que ante la imposibilidad de ejecución de una concesión, el afectado pueda solicitar el reequilibrio de las mismas que consistirá en dos posibilidades: bien la ampliación de la duración inicial de la concesión hasta un máximo de un 15 por ciento, bien mediante la modificación de la cláusulas de contenido económico del contrato concesional. La dicción original del art. 34.4 del RDL 8/2020 señalaba que el reequilibrio *"sólo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del interesado hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo"*.

El núcleo esencial en torno al cual gira la posibilidad de solicitar el reequilibrio económico es el concepto jurídico indeterminado de la *"imposibilidad de ejecución"* del contrato que debe dilucidarse ante el órgano de contratación. Así, puede acudirse a una interpretación amplia de *"imposibilidad de ejecución"* en el sentido de que cabe tanto una imposibilidad total como parcial de ejecución de la concesión que da lugar a la posibilidad de reequilibrio o, puede emplearse una interpretación más restrictiva, de tal modo que solo cabe acudir al reequilibrio cuando la imposibilidad de ejecución del contrato sea total, por cierto esta última opción es la que realizaron algunos órganos jurídicos de asesoramiento de las diferentes Administraciones Públicas.²³

La cuestión no es baladí y la interpretación del concepto debe realizarse dentro de la finalidad de la norma. Resulta claro que si se hace una interpretación restrictiva del término *"imposibilidad de ejecución"*, muy pocas van a ser las concesiones que puedan solicitar el reequilibrio puesto que la norma persigue como finalidad la no suspensión de las concesiones. Si esta es la finalidad de la norma y solo se va a proceder al reequilibrio ante la imposibilidad de ejecución absoluta de la concesión compensando al concesionario por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, esta fórmula va a tener un alcance limitado y pocas van a ser las concesiones que van a poder solicitar el reequilibrio puesto que van a seguir ejecutándose y, en consecuencia, no van a quedar comprendidas dentro del supuesto de hecho que habilita al concesionario a solicitar el mismo.

²² Como afirma G. GALINDO GARCÍA, el art. 34.4 *"establece un mecanismo de reequilibrio económico específico para atender la situación creada por la pandemia. Este régimen de reequilibrio constituye lex specialis y desplaza al régimen ordinario de reequilibrio económico cuando concurren los requisitos que en él se establecen. La principal diferencia con el régimen ordinario es que el reequilibrio basado en el COVID-19 no exige la acreditación de un desequilibrio exorbitante de prestaciones"*, vid., "Las concesiones de obras y servicios. El reequilibrio económico previsto en el RDL 8/2020", en *El impacto del COVID-19 en las instituciones de Derecho Administrativo*, (Dir. J.V. MOROTE SARRIÓN), Tirant lo Blanch, 2020, págs. 304 y ss.

²³ El Dictamen de la Abogacía del Estado, de 1 de abril de 2020, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, señaló en relación con los contratos de autopistas y autovías lo siguiente: *"No existe imposibilidad de ejecutar el contrato si la autopista o autovía mantienen las condiciones que les permiten seguir abiertas al tráfico de vehículos y este sigue estando legalmente permitido"*, añadiendo que *"la reducción en el número de vehículos que circula por la autopista o autovía, y la consiguiente disminución de ingresos de la concesionaria, no dan derecho al reequilibrio económico de la concesión conforme al RDL 8/2020"*.

Pues bien, ante las críticas recibidas por la interpretación estricta y literal que se hacía del precepto, el RDL 17/2020 modificó el art. 34.4 añadiendo el inciso "y únicamente respecto de la parte del contrato afectadas por la imposibilidad", lo que parecía inducir a una interpretación más amplia, en el sentido de que comprendería tanto una imposibilidad total como una parcial, esto es, que una única parte o prestación del contrato de concesión se pudiese ver afectada por la situación de hecho creada por el COVID-19 o por laguna de las medidas adoptadas por el Estado, comunidades autónomas o Administración local.

4.3.2 **La dificultad de encaje del reequilibrio económico previsto en el art. 34.4 del RDL 8/2020 en alguna de las técnicas de compensación previstas en la legislación de contratos**

Como establece el art. 34.4 del RDL 8/2020, la imposibilidad de ejecución del contrato debe estar causada por la situación de hecho creada por el COVID-19 o, por las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo. A diferencia de lo que ocurre en el art. 270 de la LCSP para la concesión de obras y el art. 290 LCSP para la concesión de servicios, en donde se prevé que para que surja el derecho a solicitar el reequilibrio, el hecho causante del mismo debe encontrar su justificación bien en la fuerza mayor, bien en una actuación de la Administración pública concedente o bien en un riesgo imprevisible que altere el equilibrio económico de la concesión, en el ámbito del art. 34.4 del RDL 8/2020 no queda definida los motivos en los que cabe fundamentarse el reequilibrio económico de la concesión. De este modo, resulta necesario acudir a la LCSP para ver si los mecanismos de reequilibrio previstos en la misma pueden servir de encaje jurídico en el reequilibrio diseñado por el RDL 8/2020.²⁴

Con carácter previo a su examen, debe señalarse que es evidente que el COVID-19, así como las medidas adoptadas para combatirlo, han tenido una incidencia muy notable en diversos contratos de concesión, así, por ejemplo, las medidas adoptadas para restringir la libre circulación de personas han supuesto una incidencia en las concesiones de autopistas al descender significativamente la demanda de tráfico o, por ejemplo, la suspensión del servicio de estacionamiento regulado en diversos ayuntamientos conlleva la imposibilidad de ejecución de dicho contrato de concesión. Esta alteración de la ecuación financiera de la concesión da derecho al concesionario a solicitar el reequilibrio del contrato al verse afectado el funcionamiento del mismo por circunstancias ajenas al normal desarrollo de la concesión.

Una primera circunstancia en la que cabe el reequilibrio económico es el denominado *factum principis*, esto es, la adopción por parte de la Administración

²⁴ De acuerdo con la LCSP, el punto de partida es que el concesionario asume los riesgos propios de la ejecución de las obras y de su ulterior explotación, asumiendo el denominado riesgo operacional que es el elemento clave y definidor del contrato de concesión de obras y servicios, tal y como prevén los arts. 14.4 y 15.2 de la LCSP. Ello significa que el concesionario no tiene garantizado de que "en condiciones normales de funcionamiento vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras o de la prestación de los servicios que constituyen el objeto de la concesión. En cambio, el concesionario no se encuentra obligado a asumir las pérdidas que se produzcan por acontecimientos ajenos e imprevisibles al normal desarrollo del contrato." Así, lo ha expresado el TS en su sentencia de 28 de enero de 2015 (rec. 449/2012): "(...) la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (...). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para conseguir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. (...) en nuestro ordenamiento ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistente en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible".

pública de alguna medida –de naturaleza normativa o no- que indica directamente en la concesión y, por tanto, suponga la ruptura sustancial de la economía del contrato. Los arts. 270 y 290 de la LCSP, establecen que para que se dé el *factum principis* es necesario que la medida provenga de la Administración concedente, por lo que en un principio, sólo quedarían bajo el halo de estos preceptos las concesiones de titularidad estatal otorgadas bajo el ámbito de aplicación de la LCSP, puesto que las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma, que son las que entran dentro del ámbito de aplicación del art. 34.4 del RDL 8/2020, han sido aprobadas por el Gobierno del Estado o por sus autoridades delegadas que se encuentran dentro de la Administración General del Estado. De este modo, numerosas concesiones autonómicas y locales que se pudieran ver afectadas por las medidas COVID-19 no podrían basar su solicitud de reequilibrio en el *factum principis* puesto que la administración concedente no sería la que ha adoptado la medida perjudicial para la concesión. No obstante, se podrían hacer dos matizaciones a esta regla general: en primer lugar, todas aquellas concesiones que no se han otorgado al amparo de la LCSP, podrían plantear el reequilibrio en base al *factum principis* ya que la jurisprudencia ha sido oscilante respecto a si debe entenderse que la medida debe provenir de la Administración concedente o no²⁵ y, en segundo lugar, en el ámbito del RD 463/2020 por el que se decreta el estado de alarma, sólo había una autoridad con competencia para adoptar medidas de incidencia en todo el territorio del Estado por lo que podría plantearse la posibilidad de que, a pesar de que en diversas concesiones no es la administración concedente, sí que es la única con competencia para adoptar medidas que incidan en la economía de la concesión y, en consecuencia, podría fundamentarse el reequilibrio en este *factum principis* que podría calificarse de *factum principis impropio*.²⁶

Otra posibilidad prevista en la LCSP es acudir a la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor que se encuentran recogido en el art. 239 de la LCSP. La dificultad de traer a colación este precepto para los supuestos COVID-19 radica en el interrogante de si resulta posible subsumir en los supuestos de hecho allí enunciados, el fenómeno de las pandemias como causa de fuerza mayor. Al respecto debe señalarse que si bien éste no aparece como uno de los supuestos tasados, podría interpretarse que se trata de un supuesto "semejante" a los previstos en la letra b) del art. 239.2 de la LCSP, pues al desconocerse el origen de la pandemia bien podría tratarse de un fenómeno natural desconocido hasta la fecha. No obstante, esta causa que puede justificar el reequilibrio parece de difícil aplicación en el ámbito del art. 34.4 del RDL 8/2020, debido a la interpretación restrictiva que se ha hecho de esta causa de reequilibrio que precisa que haya una ruptura sustancial de la economía del contrato de concesión.

Finalmente, cabría recurrir a la doctrina del riesgo imprevisible, que trae causa de la cláusula *rebus sic stantibus*, que obliga a las Administraciones públicas y otras entidades del sector público a reequilibrar el contrato de concesión cuando circunstancias de naturaleza imprevisible, al tiempo de celebrarse el contrato

²⁵ Así, por ejemplo, la STS de 16 de mayo de 2011 (rec. 566/2008) señala que para que entre en juego la figura del *factum principis*, es necesario que quien haya causado el desequilibrio fuera la administración concedente del contrato; mientras que no se requiere esta condición en la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 2006 (Rec. 957/2003). Sobre este punto, *vid.*, J.J. LAVILLA RUBIRA, "Régimen jurídico de la concesión de obras", en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos* (Dir. J. M^a Gimeno Feliu), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, págs. 1427 y ss.

²⁶ En opinión de J. M^a. GIMENO FELIU, "no existe "hecho del príncipe", pues la LCSP (art. 290.4) reconoce la aplicación de este principio del *factum principis* mediante la previsión de reequilibrio solo en los casos de actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Es decir, dado que el estado de alarma ha sido declarado por el Gobierno de la Nación, no se podría aplicar este principio (y habría que acreditar la ruptura sustancial de la economía de la concesión", *vid.*, "La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, pág. 50. Igualmente, *vid.*, J. L. VILLAR EZCURRA, "El principio de riesgo y ventura", en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, (Dir. R. GOMEZ-FERRER MORANT), Civitas-Thomson Reuters, 2004, págs. 525 y ss.

alteren de forma sustancial las condiciones de ejecución y desarrollo de la concesión. Resulta claro que los hechos que alteran el equilibrio económico del contrato provocados por el COVID-19 han sido imprevisibles e imprevistos y, por tanto, pueden calificarse de extraordinarios, siendo ajenos tanto a la actuación de la Administración, como del concesionario, repercutiendo en el contrato concesional. De este modo, para que pueda traerse a colación el riesgo imprevisible como causa legitimadora del reequilibrio económico es necesario que concurra la nota de imprevisibilidad de hecho y, además, que dicho hecho incida directamente en el equilibrio económico de la concesión, alterándolo de forma sustancial haciendo que este contrato sea significativamente más oneroso para el concesionario²⁷. Por ello, habrá que estar a cada supuesto para ver si se dan estos factores que hagan posible basar el reequilibrio en el riesgo imprevisible.²⁸

4.3.3 Conceptos indemnizables y medidas de compensación previstas para las concesionarias

El apartado 4 del art. 34 del RDL 8/2020 establece una fórmula vierta y no cerrada para el supuesto del restablecimiento económico respecto de los contratos de concesión de obras y servicios, a diferencia de lo que ha previsto el sus otros apartado para los contratos de servicios, obras y suministros en los que se han enumerado una serie de conceptos tasados de naturaleza indemnizatoria.

No obstante, se recogen de forma expresa dos conceptos concretos que pueden ser objeto de compensación: a) la pérdida de ingresos y b) el incremento de costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante el periodo de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. En este punto, el RDL 11/2020 ha venido a aclarar que estos gastos salariales incluirán los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran.²⁹

Respecto a las medidas de compensación que se prevén en el art. 34.4 del RDL 8/2020, puede señalarse que no introduce ninguna novedad respecto al régimen general de la legislación de contratos, estableciendo que el reequilibrio se acordará, según proceda en cada caso, a través de dos tipos de medidas: a) La ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15%, y b) la modificación de las cláusulas de contenido económico previstas en el contrato.³⁰

4.3.4 Procedimiento de solicitud del reequilibrio

El art. 34.4 del RDL 8/2020 establece que *"la aplicación de lo dispuesto en este apartado sólo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo"*. De este modo, para

²⁷ Así lo ha manifestado el TS en sus sentencias de 30 de junio y 10 de noviembre de 2009 afirmando que *"la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato sobrepasando los límites razonables de aleatoriedad que comporta la licitación."*

²⁸ Por ejemplo, el TS en su sentencia de 20 de febrero de 2020 (rec. 2779/2016) ha señalado que el descenso en la demanda de una obra motivada por la crisis económica no constituye un supuesto de riesgo imprevisible: *"(...) la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y la recurrente hubo de considerar cuando participó en el concurso que finalizó con la adjudicación de su concesión (...)".*

El actual art. 270 de la LCSP lo recoge de forma expresa: *"En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario"*.

²⁹ Vid., X. LAZO VITORIA, "Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?", Observatorio de Contratación Pública, págs. 4 y ss.

³⁰ En este sentido, el art. 34.4 del RDL 8/2020 es más laxo que la legislación general de contratos que prevé como requisito para poder proceder a la ampliación del contrato que la retribución del concesionario provenga en más de un 50% de tarifas abonadas por los usuarios (art. 270 LCSP).

poder proceder al restablecimiento del reequilibrio económico de la concesión resulta necesario que sea el concesionario el que inicie el procedimiento ante el órgano de contratación.

No obstante, el RDL 8/2020 no configura ningún procedimiento específico para restablecer el reequilibrio económico del contrato de concesión, sino que tan sólo se refiere a determinados aspectos formales que deben ser observados. Por lo tanto, deberá seguirse el procedimiento general de reequilibrio previsto en la legislación general de contratos, con las especialidades contempladas en el art. 34.4 del RDL 8/2020. Estas consistirán fundamentalmente en:

- (A) Poner de manifiesto la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión.
- (B) Acreditar fehacientemente la realidad, efectividad e importe de los gastos relativos al incremento de los costes soportados y la pérdida de ingresos como consecuencia de la situación generada por el COVID-19.

El órgano de contratación deberá apreciar la concurrencia de la imposibilidad de ejecución planteada por la empresa concesionaria, si bien no se establece ningún plazo específico para que la Administración resuelva sobre estas solicitudes de reequilibrio, por lo que, en principio, habrá que estar al plazo general de resolución de los procedimientos administrativos, esto es, tres meses.³¹ Transcurrido dicho plazo sin que la Administración se haya pronunciado al respecto, deberá entenderse desestimada la solicitud.³²

4.3.5 ¿Cabe el reequilibrio basado en una causa COVID-19 al margen del RDL 8/2020?

La aplicación del art. 34 del RDL 8/2020 a todas las situaciones generadas en contratos públicos derivadas del COVID-19 resulta de aplicación especial y preferente a la legislación de contratos, por lo que en principio, una solicitud de restablecimiento del reequilibrio económico de una concesión sólo cabría en aplicación de este precepto.

Además, de la lectura del art. 34 del RDL 8/2020 en su conjunto parece desprenderse que la situación de hecho creada por el COVID-19 no es considerada como un acto de fuerza mayor a los efectos de la contratación pública, al menos desde la perspectiva de la legislación general de contratos del art. 239 de la LCSP, si bien, como he señalado anteriormente, tampoco sería descabellado encuadrar la COVID-19 como una situación "semejante" a un fenómeno natural, tal y como lo prevé el citado precepto en su apartado segundo letra b). Así lo ha considerado la Abogacía del Estado, que al hilo de la interpretación que realiza del art. 34.4 del RDL 8/2020 ha señalado que *"se estima que esa reducción de vehículos e ingresos tampoco sería equiparable a fuerza mayor, a circunstancia imprevisible o a factum principis (...) a los efectos de, respectivamente, a amparar un reequilibrio del contrato de obras con base las normas generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP). Esto se justifica por las razones siguientes: porque el art. 34*

³¹ Como hemos señalado, el RDL 8/2020 no contiene ninguna referencia sobre el plazo de resolución del procedimiento de solicitud de reequilibrio por lo que debe acudir a la legislación general de contratos. En este sentido, la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP dispone que *"Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias"*, a su vez la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, señala en su art. 21.3: *"Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses"*.

³² La Disposición final cuarta, apartado 2, de la LCSP dispone: *"En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver"*.

del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por el COVID-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor; y porque la aplicación preferente del art. 34 a todas las consecuencias contractuales del COVID-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el art. 34 (...)".

A pesar de estas afirmaciones tan tajantes, lo cierto es que la legislación de contratos sigue siendo de aplicación y, por tanto, a pesar de que el RDL 8/2020 tiene la condición *de lex specialis* y, por tanto de aplicación preferente, ello no significa, ni mucho menos, que puedan darse situaciones de hecho originadas por el COVID-19 que, sin conllevar la imposibilidad –absoluta o parcial- de ejecutar la concesión provoquen una merma en el contenido económico de la misma que deba ser resarcida para mantener el correcto equilibrio del contrato conforme a lo establecido en la LCSP. De hecho, el RDL 8/2020 no excluye, ni de forma expresa ni de forma tácita, la aplicación del régimen general de reequilibrio previsto en la LCSP respecto de los supuestos a los que no sea de aplicación el RDL 8/2020.

De este modo, se podrá discutir si hay fuerza mayor, *factum principis* o riesgo imprevisible derivado del COVID-19, como presupuestos que justifican el reequilibrio, pero lo que sí que parece que debería haber es el derecho del concesionario al mantenimiento del régimen económico de la concesión y que este no se vea gravemente afectado por los efectos de la pandemia. Es decir, si no ha habido imposibilidad absoluta de ejecución y, por tanto, no cabe el reequilibrio en el marco del art. 34.4, pero la disminución de los ingresos o el aumento de los costes ha alterado significativamente, la economía de la concesión parece que debería existir la posibilidad del concesionario de solicitar el reequilibrio.

4.3.6 **Una cuestión controvertida: ¿cabría la suspensión de una concesión en el marco del RDL 8/2020?**

El RDL 8/2020 no contempla la posibilidad de suspensión de los contratos de concesión de obras y servicios en el marco de su art. 34.4. Como ya se ha examinado, el citado precepto sólo prevé la posibilidad de que el concesionario solicite al órgano de contratación el restablecimiento del equilibrio económico. De este modo, el Gobierno ha optado por el mantenimiento de la continuidad del contrato de concesión de obras y servicios por la indudable relevancia que éstos tienen en la satisfacción de los diversos intereses generales del conjunto de los ciudadanos.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en las otras modalidades contractuales previstas en los apartados 1, 2 y 3 del art. 34 del RDL 8/2020 respecto de los que sí se establece la posibilidad de suspensión con los efectos que la citada norma les otorga, no se prevé esta posibilidad para los contratos concesionales. No obstante, surge la duda de si se podría acudir a la legislación general de contratos, concretamente al art. 208 de la LCSP y, en virtud del mismo, instar al órgano de contratación a la suspensión del contrato de concesión. No parece que esta haya sido la intención del legislador, si bien se ha dejado una puerta abierta estableciendo en el inciso final del art. 34.6 del RDL 8/2020 lo siguiente: "El régimen previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como autoridad competente designada en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, para garantizar las prestaciones necesarias en orden a la protección de personas, bienes y lugares.

Dichas medidas podrán implicar, entre otras, una modificación de los supuestos en los que procede la suspensión de los contratos".

4.4 **El desarrollo de un régimen especial del reequilibrio económico para las concesiones de autopistas y transportes a raíz del Real Decreto-ley 26/2020**

El nuevo Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos del transporte y vivienda (RDL 26/2020) ha adoptado una serie de medidas en el ámbito de las concesiones desarrollando para los contratos de gestión de servicios públicos para transporte regular de viajeros por carretera de uso general de competencia estatal, así como para los contratos de concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación y los contratos de concesiones de áreas de servicios de la Red de Carreteras del Estado, las previsiones recogidas en el artículo 34.4 del RDL 8/2020, concretando el marco jurídico del reequilibrio económico de dichas concesiones con la finalidad de hacer frente al impacto económico generado por el COVID-19.

4.4.1 **Condiciones de reequilibrio económico de los contratos de concesión de autopistas derivados del impacto del COVID-19**

De acuerdo con el art. 25.1 del RDL 26/2020, este precepto resulta aplicable a los contratos de concesión comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 34.4 del RDL 8/2020 que hayan sido adjudicados por el Estado y cuyo objeto concesional sea:

- (A) Concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje.
- (B) Concesiones para la conservación y explotación de autovías de primera generación.
- (C) Concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado.

Se restringe el ámbito del derecho al reequilibrio económico en este tipo de concesiones por causas derivadas del COVID-19 o de las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo a los parámetros delimitados por el art. 25 del RDL 26/2020. En este sentido, el apartado segundo del citado precepto establece que *"en ningún caso ese derecho podrá fundarse en las normas generales sobre daño por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato"*.

De acuerdo con el art. 25.4 del RDL 26/2020, el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión consistirá en la ampliación del plazo de duración de la misma, para lo que se considerará un crecimiento anual acumulativo de los ingresos del 2% con respecto a los de 2019. Del mismo modo, a efectos de actualización monetaria, la tasa de descuento será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a 10 años de los primeros 6 meses de 2020, o en su defecto de los últimos seis meses disponibles, publicados por el Banco de España, incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos.

La ampliación del plazo no podrá exceder de la duración de la vigencia del estado de alarma.

La solicitud del concesionario al órgano de contratación para que se le reconozca el derecho al reequilibrio económico deberá ser presentada antes de noviembre de 2020 (30 de octubre).

4.4.2 **Criterios para apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato: el margen bruto de explotación**

El art. 34.4 del RDL 8/2020 prevé el derecho a solicitar el reequilibrio económico ante la apreciación de la imposibilidad total o parcial de ejecución del contrato de concesión por el órgano de contratación.

El art. 25.3 del RDL 26/2020 introduce el criterio del *margen bruto de explotación* como único parámetro a tener en cuenta para valorar la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión. A estos efectos, lo define como "la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones, debidamente acreditados, por las actividades de explotación de la concesión". En este sentido, no se tendrán en consideración los ingresos y gastos de inversión o financiación, las moratorias o condiciones pactadas por el concesionario, ni los salarios de los trabajadores incluidos en ERTE.

Para que el órgano de contratación pueda apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión, el margen bruto de explotación debe ser negativo durante el periodo de vigencia del estado de alarma. En este sentido, se compensará al concesionario por la menor de las siguientes cantidades:

- (A) El importe necesario para que el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma llegue a cero
- (B) La diferencia entre el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma y dicho margen durante el mismo periodo del año anterior.

4.5 **Reequilibrio económico en los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general derivado del COVID-19**

A los efectos de solicitar el reequilibrio económico de las concesiones que puedan devenir de imposible ejecución de acuerdo con lo previsto en el art. 34.4 del RDL 8/2020, el ámbito de aplicación del art 24 del RDL 26/2020 se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general y de titularidad de la Administración General del Estado.

Como prescribe el apartado primero del art. 24, en ningún caso podrá basarse el derecho de reequilibrio en las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran resultar de aplicación al contrato de gestión de servicio público.

4.5.1 **Delimitación del reequilibrio económico**

El art. 24.2 del RDL 26/2020 delimita los parámetros de cálculo del reequilibrio, estableciendo con carácter general, que se deberán tener en cuenta la reducción de ingresos por la disminución de la demanda de viajeros, así como por el incremento de los costes debido a las tareas de desinfección de los vehículos durante la vigencia del estado de alarma. El Anexo I del RDL 26/2020 establece las fórmulas de cálculo para determinar la cuantía de la compensación.

La reducción de ingresos se determina con referencia al mismo periodo del año anterior, descontando la disminución de los costes de explotación por reducción de expediciones, así como los costes laborales respecto a los soportados en el periodo de referencia que acaba de señalarse.

En los supuestos en los que haya concluido el periodo de recuperación de la inversión, se restará a la compensación resultante la suma de los resultados positivos de los ejercicios cerrados desde que se produjera dicho hecho.

4.5.2 **Procedimiento y plazo de solicitud del reequilibrio**

La solicitud de restablecimiento del equilibrio económico deberá presentarse ante la Dirección General de transporte Terrestre del Ministerio de Transporte, Movilidad y Agencia Urbana, en el **plazo de 2 meses** desde la entrada en vigor del RDL 26/2020 (finaliza 8 de septiembre).

La solicitud deberá tener el contenido previsto en el Anexo II del RDL 26/2020 y, además, el concesionario deberá acreditar estar al corriente en la cumplimentación y remisión de la siguiente información:

- (A) Datos estadísticos declarados de acuerdo con la Resolución de 6 de junio de 2019, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se determina la información de explotación que las empresas contratistas de los servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general de competencia estatal deben proporcionar.
- (B) Datos del sistema SIRDE (Sistema de Información para Registro de Datos de Expediciones) correspondientes a expediciones y billetes expedidos, en caso de que la empresa estuviera obligada a aportarlos.
- (C) Cuenta de explotación del contrato para el año 2018 de acuerdo con lo dispuesto en la Orden PRE/907/2014.

Por lo que respecta al plazo de resolución del procedimiento, el art. 24.4 del RDL 26/2020 señala que será de cuatro meses computados desde la entrada en vigor del real-decreto ley. Se prevé el silencio negativo ante la falta de resolución expresa en el plazo indicado.

5. **LAS PRÓRROGAS FORZOSAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS: LA NECESIDAD DE ARTICULAR MECANISMOS CLAROS Y EFICACES DE REVISIÓN DE PRECIOS**

Con carácter general, el art. 29 LCSP regula el plazo de duración de los contratos, los cuales tiene que ajustar a los límites previstos en dicho precepto, sin perjuicio, de las posibles especialidades que, para cada tipo de contrato, establezca la LCSP.

Así, en primer lugar, el art. 29.1 LCSP dispone que "la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos", añadiendo en su apartado cuarto, que "los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante".

Respecto a los contratos de suministros y servicios, se establece una particularidad en torno a la duración de los mismos, señalando dicho precepto que "excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario".

No obstante, la verdadera novedad que introduce la LCSP en su art. 29.4 es un supuesto de prórroga de los contratos que podría ser calificada de excepcional, en la medida en que opera al margen del régimen de prórroga ordinaria que viene establecido en los pliegos de contratación. Este tipo de prórroga tiene como finalidad rellenar el vacío legal existente para determinadas situaciones que se producen en la realidad, en que al vencimiento de un contrato no se haya formalizado el nuevo que garantice la continuidad de la prestación. De esta forma, a través de este mecanismo legal se permite ampliar la ejecución del contrato, si bien sólo para aquellos supuestos en que no haya un nuevo contrato en vigor debido a incidencias provocadas por acontecimientos de carácter imprevisible para el órgano de contratación; que concurren razones de interés general para no interrumpir la

prestación y que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto a la fecha de finalización del contrato originario.³³

Concretamente el art. 29.4 en su último párrafo introduce esta posibilidad de imponer la prórroga forzosa a las empresas contratista, dice así:

*"No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario o, tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco o un contrato específico en el marco un sistema dinámico de adquisición, se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario"*³⁴

³³ Esta posibilidad de prórroga forzosa de un contrato público, como garantía de la continuidad de la prestación de un servicio, ya se encontraba prevista en el ámbito de la Administración local para los supuestos de contratos de servicios públicos en el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), cuyo art. 235.a), permite obligar a las empresas contratistas, en los supuestos de extinción del contrato, a que continúen con la prestación del servicio público *"hasta que otro se haga cargo de su gestión"*.

El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) en su Resolución 216/2019, de 26 de junio, aplicó el citado art. 235.a) ROAS, puesto que no era aplicable en ese supuesto el art. 29.4 LCSP dado que el régimen jurídico aplicable al contrato era el TRLCSP *"y partiendo de que en aquel momento no existía una solución explícita a situaciones de necesidad en la continuación en la prestación del servicio hasta la adjudicación de nuevo del contrato"*. En este sentido, el TCCSP tuvo en cuenta para aplicar dicho precepto, los acontecimientos producidos como consecuencia de la impugnación de la licitación por la propia empresa recurrente, que afectaron a la posibilidad de continuar con la tramitación del nuevo contrato; que ha habido una planificación del órgano de contratación al haber aprobado, licitado y publicado la nueva licitación con anterioridad de la extinción normal del contrato que ahora se pretende continuar por estas circunstancias; que la decisión adoptada se toma con el fin de asegurar la prestación en beneficio del interés público, y que continúan las prestaciones del contrato inicial.

Igualmente, en el Informe 2/2021, de 12 de febrero, la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña señaló que la prórroga prevista en el artículo 29.4 de la LCSP *"podría ser calificada de forzosa y, también, excepcional –en la medida que opera al margen del régimen de prórroga establecido en el pliego de conformidad con el régimen legal (...), así como también al margen del plazo máximo de duración de los contratos–"* y que había sido incorporada como novedad a la LCSP *"justamente para cubrir el vacío legal existente para determinadas situaciones que se producen en la realidad, en que al vencimiento de un contrato no se haya formalizado el nuevo que garantice la continuidad de la prestación"*. En este mismo informe también se señalan tanto esta prórroga del artículo 29.4 de la LCSP, como las previsiones del artículo 288.a de la LCSP y el artículo 235.a del ROAS, a los cuales se ha hecho referencia anteriormente, así como las excepciones establecidas legalmente de manera tasada –junto con las ampliaciones de los plazos de ejecución previstas en los artículos 29.3 y 195.2 para los casos de demora–, permiten la continuación de las prestaciones de un contrato más allá de su duración y de su o sus eventuales prórrogas previstas en los pliegos.

Sobre la prórroga forzosa, *vid.*, P. Iglesias Rey, *La integridad, la prevención de riesgos y el control externo en la contratación pública. En especial; la fase de ejecución de los contratos públicos*, Iustel, AEPDA, 2025, págs. 326 y ss.

³⁴ Como señala el Informe 12/2025, de 2 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias, sobre diversas cuestiones relativas a la prórroga prevista en el último párrafo del artículo 29.4 de la LCSP: *"Esta prórroga excepcional tiene carácter extraordinario y restrictivo, siendo admisible únicamente en contratos de tracto sucesivo cuando, en el curso del procedimiento de adjudicación del nuevo contrato y antes de su formalización, ésta resulte imposible debido a incidencias derivadas de eventos imprevisibles para el órgano de contratación. Siendo imprescindible que concurren razones de interés público para evitar la interrupción de la prestación, y que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses antes de la finalización del contrato o, en su caso, que hayan sido enviadas las invitaciones en contratos basados o contratos específicos en el marco de sistemas dinámicos de adquisición. Esta prórroga excepcional puede extenderse hasta el inicio de la ejecución del nuevo contrato, con un límite máximo de nueve meses y sin modificar el resto de condiciones del contrato prorrogado. Se trata, por tanto, de una situación anómala en la continuación de la prestación contractual,*

De esta previsión pueden extraerse los requisitos formales y materiales necesarios para que pueda traerse a colación el uso de este mecanismo jurídico en el contexto de contratos públicos, especialmente de tracto sucesivo, que han de ser licitados con periodicidad:

- 5.1.1 El órgano de contratación ha debido iniciar la licitación de un nuevo contrato;
- 5.1.2 En el seno de este procedimiento surjan acontecimientos imprevisibles;³⁵
- 5.1.3 El anuncio de licitación del nuevo procedimiento ha debido ser publicado con una antelación mínima de tres meses a la finalización del contrato inicial;
- 5.1.4 Existan razones de interés general que aconsejen no interrumpir la prestación, garantizándose de esta forma la continuidad de esta, con un límite máximo de nueve meses.³⁶

Una vez delimitado el alcance de la prórroga forzosa prevista en el art. 29.4 de la LCSP, surge el interrogante acerca de si una vez activado este mecanismo, de carácter excepcional y de naturaleza vinculante para los contratistas, surge el correlativo derecho a la revisión de precios de cara a mantener el equilibrio entre las partes respecto de un contrato sobre el que la empresa contratista tiene el deber de continuar con la prestación o si, por el contrario, se mantienen las condiciones inicialmente pactadas en el contrato y, en consecuencia, no surge el derecho al reequilibrio económico.

En un principio, la respuesta debe ser negativa, ya que el propio art. 29.4 de la LCSP dispone que este tipo de prórroga no puede alterar las condiciones del contrato, entre las que se encuentra el precio, al señalar que "hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses" se podrá prorrogar el plazo de ejecución "sin modificar las restantes condiciones del contrato". Ello significa que salvo que en los pliegos del contrato se prevean de forma expresa mecanismos compensatorios, no será viable emplear la prórroga forzosa como causa que permita al contratista solicitar la revisión de precios o, en definitiva, el reequilibrio del contrato.

Esta interpretación se ha visto avalada por algunos Informes de Juntas Consultivas de Contratación, como la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, que en su

originada por un retraso no imputable al órgano de contratación, cuya finalidad esencial es asegurar la continuidad de la misma".

³⁵ Sobre la concurrencia de circunstancias imprevisibles se ha pronunciado el Informe 86/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE), en el que se establece lo siguiente: *"La aplicación de este precepto exige la concurrencia de eventos imprevisibles para el órgano de contratación, razón por la cual si en un caso como el que tratamos el evento es previsible, no se podría utilizar esta posibilidad. De la misma manera, en lo que se refiere al respeto al principio de buena administración, cabe señalar que la existencia de un retraso ocasionado por la incuria de la entidad licitante no se puede prever de antemano ni considerarse acorde con aquel principio (...)".*

³⁶ Un aspecto esencial para que el órgano de contratación proceda a la articulación de este mecanismo de prórroga forzosa, reside en la necesidad de garantizar un interés público concreto que justifique la continuidad de la prestación. En este sentido, y con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, este criterio del interés general ya fue tenido en cuenta por diversos órganos de contratación para justificar este tipo de prórrogas del contrato. Así, el Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón 98/2010, de 29 de septiembre, señaló la posibilidad de continuación de la prestación de un servicio público, una vez el contrato se hubiera extinguido, afirmando que hasta que no se produzca un acto formal y positivo de extinción del contrato puede *"excepcionalmente continuar el contratista en la prestación del servicio por una imperiosa razón de orden público, como lo es la continuidad en la prestación del servicio público"*.

A la hora de delimitar qué alcance debe tener el concepto jurídico indeterminado *"interés general"*, de cara a activar la prórroga forzosa de un contrato, J. A. Carrillo Donaire et. al, "Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas", *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, vol. 1. 2023, pág. 221, han señalado que *"cabría considerar que existen ciertas actividades o servicio a los que ese interés general es inherente per se, como sucede en las actividades administrativas que se orientan a la prosecución de prestaciones a la ciudadanía (en la terminología de la LCSP) o a la satisfacción de servicios públicos o servicios esenciales. Este es el caso, por ejemplo, de los servicios que se prestan en el marco de las materias contempladas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), en cuyo apartado 1º se dispone que "el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo", apreciándose a necesidad de que se atienda al interés colectivo de la ciudadanía o interés general siempre que nos encontremos ante esos servicios públicos"*.

Informe 6/2022, relativo a la posibilidad de ordenar la continuación de la prestación en caso de contratos de concesión de servicios una vez finalizada su vigencia y con qué efectos, distinguió entre la prórroga forzosa o excepcional y las denominadas "órdenes de continuidad":

"Por tanto, esta prórroga excepcional, que no se tiene que haber previsto en los pliegos y que opera al margen de las prórrogas ordinarias que, si procede, sí que se hayan previsto, obedece también a la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación, cuando concurren razones de interés público para no interrumpirla, y se puede dar en los casos en que "venza" un contrato –hay que entender por finalización de su plazo de duración, tanto por el término utilizado, como porque para los casos de resolución anticipada la LCSP ya contiene la regulación que garantiza la salvaguardia del interés público, como ya se ha señalado anteriormente–, cuando no se disponga de un nuevo contrato formalizado debido a incidencias producidas en el procedimiento de adjudicación y por acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con la antelación mínima señalada.

Así, parece constituir un mecanismo para contratos de tracto sucesivo –, ciertamente carece de sentido en caso de contratos de resultado, como los de obras o los de suministros o servicios que no sean de trato sucesivo, para los cuales no es procedente hablar de prórroga sino, si la hay, de ampliación del plazo de ejecución–, similar a la obligación de continuación establecida para los contratos de concesión de servicios, en tanto que parte de un supuesto similar y persigue la misma finalidad, si bien la obligación de continuidad establecida para los contratos de concesión se prevé menos limitada con respecto a los requerimientos para su posible aplicación, probablemente por el carácter de los servicios que constituyen la prestación a continuar y por las especialidades de estos contratos".

De este modo, parece entenderse que la eventual prórroga forzosa que se articule conforme al art. 29.4 de la LCSP no constituye en sí misma un contrato independiente o distinto del contrato del que trae causa y, en consecuencia, no cabría alterar las condiciones del mismo, lo que impediría la revisión de precios, de tal modo que el precio del contrato no podría ser alterado o actualizado, teniendo una duración máxima de nueve meses.³⁷

³⁷ En este sentido, también se pronuncia el Informe 13/2024, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, sobre la posibilidad de reequilibrar un contrato durante su prórroga y durante la prórroga excepcional regulada en el artículo 29.4 LCSP, así como sobre la compensación o retribución que procede por la obligación de continuar prestando el servicio: "durante la prórroga excepcional regulada en el artículo 29.4 de la LCSP rige el mismo régimen que para el resto de duración del contrato, tanto en lo que se refiere a la retribución, como en los mecanismos previstos en la normativa de contratación pública que tienen por objeto compensar económicamente a las empresas contratistas el aumento de los costes en la ejecución de los contratos por el incremento de los precios", concluyendo que "la continuidad de la prestación del servicio amparada en la prórroga excepcional del artículo 29.4 LCSP no permite modificar las condiciones primigenias del contrato, que tendrán que mantenerse inalteradas durante el periodo acordado por la entidad contratante y hasta el plazo máximo de nueve meses. A diferencia de lo que sucede con las órdenes de continuidad –en las que el pago debe compensar adecuadamente todos los gastos derivados de la obligación de continuar prestando el servicio, en el marco de las condiciones establecidas en el contrato de concesión finalizado, si bien adaptadas a las circunstancias que concurren durante ese periodo–, en los casos de prórroga excepcional, las condiciones económicas fijadas como contrapartida por el servicio prestado durante la vigencia del contrato deben mantenerse a lo largo de la duración de dicha prórroga, de modo que durante esta prórroga rige el mismo régimen que para el resto de duración del contrato, tanto en lo que se refiere a la retribución, como en cuanto a los mecanismos previstos en la normativa de contratación pública que tienen por objeto compensar económicamente a las empresas contratistas por el aumento de los costes en la ejecución de los contratos por el incremento de los precios".

Igualmente, han seguido esta interpretación diversos TSJ. Así, por ejemplo, en la sentencia 130/2023, de 21 de abril, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acepta los razonamientos de la Sentencia apelada señalando que "el juez de primera instancia, después de citar lo dispuesto en el art. 23.2 TRLCSP, art. 29.4 LCSP (...) considera que 'La conformidad a derecho de las prórrogas forzosas (...) es una cuestión que ya ha sido abordada por la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, declarando su licitud y señalando también que no asiste al contratista un derecho a indemnización derivado de la prórroga'; y en la sentencia 349/2022, de 6 de octubre, el mismo Tribunal afirma que "la entidad local contratante tenía la prerrogativa de prorrogarlo con carácter forzoso, lo que suponía que

En mi opinión, si bien no parece que pueda tener mucho éxito una solicitud de reequilibrio económico por parte del contratista a quien se le impone forzosamente con la continuidad de la prestación de un contrato cuyo plazo de duración ya ha finalizado, de acuerdo a la previsión contenida en el art. 29.4 de la LCSP, ello no precluye la posibilidad de que este interponga una acción contra la Administración contratante por enriquecimiento injusto, en el supuesto de que tenga que incurrir en unos costes manifiestamente superiores a los previstos en los pliegos del contrato.

Distinto sería el supuesto de las denominadas órdenes de continuidad que se encuentran reguladas para los contratos de concesión de servicios en el art. 288 de la LCSP. En concreto, dicho precepto, en su letra a) establece lo siguiente: "El concesionario estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato".

Del mismo modo, la LCSP contiene una previsión similar, para todo tipo de contratos, cuando regula los efectos de la resolución de los contratos en su art. 213.6, que prevé la posibilidad de que el contratista pueda quedar obligado a adoptar las medidas necesarias o indispensables para evitar un grave trastorno o perjuicio del servicio público que prestaba el contrato que ha finalizado hasta que se formalice el nuevo contrato, lo que conecta con el principio de continuidad de los servicios públicos.

En estos supuestos, las órdenes de continuidad se configurarían como contratos independientes del contrato inicial del que traen causa, permitiendo la actualización de precios durante el periodo que transcurra desde la extinción hasta la adjudicación del nuevo contrato.³⁸

Finalmente, otra cuestión que también ha generado conflictividad es la que gira en torno a las prórrogas forzosas de naturaleza contractual, esto es, aquellas previstas en los pliegos

la contratista tuviera que aceptar tal prórroga y continuar ejecutando el contrato a su riesgo y ventura" y que "no reclamó la contratista otra cosa que una indemnización a la que no tenía derecho". Por su lado, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias señala en la sentencia 406/2023, de 18 de abril que "una vez el órgano de contratación acordó la prórroga que legítimamente le confiere la normativa, se imponía continuar ejecutando el contrato a su riesgo y ventura (...)" y recuerda que "la correcta interpretación de las reglas aplicables implica tener presentes los tres aspectos de los contratos administrativos (...) el de su eficacia vinculante y la invariabilidad de sus cláusulas; el del alcance del principio y ventura; y el de cuáles son los supuestos en los que nuestro ordenamiento reconoce el derecho del contratista a reclamar de la Administración el reequilibrio económico del contrato".

³⁸ El citado Informe 6/2022 establece al respecto lo siguiente respecto a las órdenes de continuidad: "II. La orden de continuidad puede acordarse por todo el periodo de tiempo comprendido entre la extinción por cumplimiento de la concesión y la formalización del nuevo contrato, de manera que su vigencia no se vea afectada por las vicisitudes que se puedan producir en el procedimiento de adjudicación del nuevo contrato tales como, por ejemplo, la interposición de un recurso especial en materia de contratación que retrase la disposición.

III. Tanto la orden de continuidad como la prórroga excepcional, previstas en los artículos 288.a y 29.4, respectivamente, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, obedecen a la misma finalidad de garantizar la continuidad de una prestación que con motivo de la salvaguardia del interés público no se puede interrumpir, si bien tienen ámbitos de aplicación y requisitos diferentes. Es procedente adoptar órdenes de continuidad en caso de contratos de concesión de servicios por el solo hecho de haberse producido la extinción por cumplimiento sin disponer de nuevo contrato, con independencia del motivo por el cual no se ha formalizado y durante el tiempo necesario para poder disponer de este nuevo contrato; mientras que el acuerdo de prórroga excepcional de los contratos de trato sucesivo es procedente cuando razones de interés público determinen la necesaria continuidad de la prestación que constituya el objeto y no esté formalizado el nuevo contrato, únicamente en caso de que la no formalización sea debida a acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidos en el procedimiento de adjudicación del contrato posterior, cuyo anuncio se tiene que haber publicado con una antelación mínima de tres meses, y su duración, que será la que se calcule necesaria para poder disponer del nuevo contrato, no puede ser superior a nueve meses.

IV. El pago al concesionario como contrapartida por el servicio prestado durante el periodo de continuidad del servicio por orden de la entidad contratante tiene que compensar adecuadamente todos los gastos que se deriven de la obligación de seguir prestando el servicio, en el marco de las condiciones establecidas en el contrato de concesión finalizado, si bien adaptadas a las circunstancias que concurren durante este periodo, dado que la concesionaria no se tiene que ver perjudicada por las eventuales consecuencias económicas de la falta de formalización del contrato posterior".

de contratación. La problemática en estos supuestos se centra en determinar si, en contratos de servicios, especialmente aquellos que gestionan servicios públicos, y que en el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplan la prórroga forzosa para el contratista, los posibles perjuicios derivados de la prolongación obligada del contrato debe asumírselos la empresa en virtud del riesgo y ventura, o deben ser compensados conforme el principio de equilibrio económico del contrato.

El TS ha abordado esta problemática en su sentencia de 27 de noviembre de 2025³⁹, en donde se examinaba un supuesto en que los pliegos contemplaban la prórroga forzosa para el contratista, añadiendo además una doble particularidad: a) no había previsto en el pliego un plazo máximo de duración de la prórroga o prórrogas; y b) se otorga con la estricta finalidad de operar transcurrido el plazo de finalización del contrato y, hasta que la nueva empresa pudiera hacerse cargo de la gestión del servicio. De este modo, el TS señala en primer lugar que "la posibilidad de que la Administración imponga la prórroga de la prestación del servicio más allá del plazo inicialmente pactado solo puede nacer de la previsión contractual reflejada en los pliegos. Previsión, añadimos, que es lógica a la vista del contrato que analizamos, de gestión de servicios públicos, en que se quiere garantizar el interés público aplicando el principio de continuidad del servicio"; si bien añade a continuación que "cuando la prórroga en la prestación del servicio se impone en virtud de una previsión contractual recogida en los pliegos (...) resulta imperativo respetar dicho clausulado (...); pero dicho clausulado debe ajustarse (...) al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración". Este último inciso hace que el TS afirme que "la previsión en los pliegos de una concatenación sucesiva de prórrogas sin fijación del plazo máximo, convierte al contrato administrativo en un contrato de duración indefinida, lo que puede afectar no solo a los intereses del adjudicatario (...) sino que aparece como medio fraudulento de adjudicación directa obviando los mecanismos de selección del contratista previstos en la Ley". Por este motivo se anula el acuerdo de prórroga estableciendo el derecho del contratista a una indemnización por los daños y perjuicios que dichos actos le hayan podido causar, que se concretan como señala el TS "en la compensación a la recurrente del servicio prestado, basado en el precio real del servicio durante el periodo de continuidad prestacional, teniendo en cuenta los gastos y costes imputables a la prestación del servicio de ayuda a domicilio que no se hubieran satisfecho por la Administración".⁴⁰

6. VÍAS ALTERNATIVAS DE REEQUILIBRIO ECONÓMICO AL MARGEN DEL RÉGIMEN ORDINARIO Y EXTRAORDINARIO DE LA REVISIÓN DE PRECIOS

Fuera de los supuestos previstos en el art. 103 de la LCSP sólo podría acudir a la revisión excepcional de precios basándose en alguno de los supuestos siguientes:

- *Ius variandi*
- *Factum principis*
- Fuerza mayor

³⁹ ECLI:ES:TS:2025:4790.

⁴⁰ Resulta, igualmente, de interés, la reciente sentencia del TS de 21 de enero de 2026, (ECLI:ES:TS:2026:87), en la que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar, si en virtud del art. 23.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para entender que concurre la excepción para la obligatoriedad de la prórroga forzosa, basta con que el pliego de cláusulas administrativas o el contrato que la prórroga exija el mutuo acuerdo entre las partes. En este sentido, el tenor literal del art. 23.2 de la Ley 30/2007 no deja margen alguno para la duda: dispone que la prórroga puede ser impuesta por la Administración al contratista "salvo que el contrato prevea lo contrario". En este asunto, resultaba claro, tal y como afirma el TS, que "el contrato y el pliego de condiciones preveían el acuerdo de ambas partes para la prórroga. Más aún, aunque no haya sido mencionado por las partes, vale la pena recordar que el artículo 256 de la Ley 30/2007, específicamente relativo al contrato de gestión de servicio público, establece la obligación del contratista de "prestar el servicio con la continuidad convenida". Esto significa que, si el contrato prevé el acuerdo de las partes para la prórroga, no cabe imponer esta forzosamente al contratista so pretexto de que así lo exige el interés público". Añadiendo a continuación, por lo que respecta a la pretensión de daños ejercitada por el contratista, que "la alegación de la Administración recurrida de que la indemnización no procedería en ningún caso, porque el contrato no estaba extinguido durante los cursos 2017-18 y 2018-19 sino solo prorrogado. Pero tal alegación no puede ser acogida porque, incluso si el contrato no había quedado extinguido, es lo cierto que seguía vinculando a la contratista en virtud de una prórroga forzosa que -como se ha visto- no se ajustó a la legalidad".

- Riesgo imprevisible

6.1 El ejercicio por parte de la Administración del *ius variandi*: La modificación contractual prevista en el artículo 205.2.b) de la LCSP

Las administraciones tienen atribuida por la LCSP la potestad de modificar los contratos, si bien en el caso de hacerlo y si se altera el equilibrio económico del mismo, surge el deber de indemnizar al contratista, pues como resulta lógico, ello no forma parte del riesgo y ventura que ha asumido.

6.1.1 Rasgos generales del *ius variandi* en la LCSP

La regulación del *ius variandi* se encuentra recogida en diversos preceptos. Las previsiones generales vienen recogidas en los arts. 190, 191 y 203 a 207 de la LCSP, que atribuyen dicha potestad a la administración contratante, delimita los supuestos en que procede la modificación y prevé el procedimiento para llevarla a cabo.

El art. 190 de la LCSP atribuye al órgano de contratación la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés general, si bien el ejercicio de dicha potestad debe realizarse cuando concurren los requisitos previstos legalmente, ya que pueden resultar afectados principios generales de la contratación administrativa como son el de igualdad, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

El *ius variandi* permite, por tanto, a la Administración, modificar el objeto del contrato cuando éste, en los términos inicialmente pactado, no satisface adecuadamente las necesidades de interés público, que persigue toda contratación desarrollada por las entidades del sector público.

La modificación de los contratos debe ir referida al objeto del mismo, entendido como el conjunto de prestaciones que inicialmente se acordaron en el contrato, sin que la modificación pueda afectar a sus elementos esenciales, como es el precio del contrato.⁴¹

La LCSP contempla dos modalidades de modificación contractual. Por un lado, las modificaciones que se encuentran previstas en los pliegos de contratación que, de acuerdo con el art. 204 de la LCSP, deben respetar determinados límites cuantitativos y cualitativos, así como cumplir con determinadas condiciones. De otro, nos podemos encontrar con las modificaciones no previstas, que, de conformidad con el art. 205.1 de la LCSP, sólo podrán realizarse cuando concorra alguno de los supuestos que se prevén en su apartado segundo (necesidad de añadir obras, suministros o servicios adicionales, acaecimiento de circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales) y la modificación se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Finalmente, como advierte T. Cano, "la LCSP mantiene la regla básica, aunque incomprensiblemente no para todos los contratos, que obliga a la Administración contratante a restablecer la ecuación financiera de contrato cuando se ha

⁴¹ La Recomendación núm. 32 de la JCCPE, de 10 de diciembre de 2018, establece lo siguiente: "*Pues bien, la modificación del contrato, tanto en la Directiva como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio. El art. 203.1 de la Ley 9/2017 (...) así lo establece al señalar que, sin perjuicio, de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión de la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 191, con las particularidades previstas en el art. 207*". Sobre las modificaciones contractuales, vid., X. Codina Andrade, *La modificación de los contratos del sector público*, BOE, 2019, págs. 114 y ss.; J. M.ª Baño Leon, "El modificado de los contratos", en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, (dir. J. M.º Gimeno Feliu), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

alterado como consecuencia de las modificaciones impuestas compensando al contratista".⁴²

6.1.2 **Modificaciones del contrato por circunstancias imprevisibles. La previsión del artículo 205.b) de la LCSP: ¿puede modificarse únicamente el precio?**

Dado que los incrementos extraordinarios de los costes en la ejecución de los contratos no suelen estar previstos en los pliegos, surge el interrogante de si resulta factible traer a escena el art. 205.2.b) de la LCSP, de manera concreta, a las modificaciones por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación. De igual modo, cabe preguntarse si cabe la modificación de cualquier contenido contractual, especialmente por lo que se refiere a nuestro estudio, la modificación sólo del precio de los contratos.⁴³

En este sentido, puede afirmarse que una de las alternativas para mitigar el problema de la revisión excepcional de precios ha sido el recurso a la modificación de los contratos, esencialmente, en aquellos en que las cláusulas contractuales carecían de un sistema de revisión de precios. Así, se ha acudido al art. 205.2.b) de la LCSP, como base jurídica legitimadora de la revisión.

El citado precepto establece la posibilidad de modificación del contrato por causas no previstas en el mismo cuando se cumplan las siguientes condiciones:

"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:

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 excluido".

La aplicación de este artículo no ha planteado grandes problemas cuando se ha vinculado la modificación del contrato a la necesaria adaptación de las prestaciones del mismo a circunstancias imprevisibles (modulación de las especificaciones técnicas, diferentes condiciones de ejecución, etc.).

Así, por ejemplo, lo ha admitido la JCCPE en su Informe sobre los *"Efectos del COVID-19 sobre un contrato de obras celebrado en Melilla"*, de 11 de febrero de 2021 (Expte. 38/20), en el que una de las medidas vinculadas a la lucha contra la pandemia fue el cierre de la frontera entre la Ciudad Autónoma de Melilla y

⁴² Vid., "Los costes excepcionales...", op. cit., pág. 108.

⁴³ Para G. Fernández Farres, *La distribución de riesgos...*, op. cit., págs. 166 y ss., "la modificación del contrato por circunstancias imprevisibles no tiene por qué ceñirse exclusivamente a la alteración del precio o del equilibrio económico del contrato, por lo que, aun cuando en ese supuesto el requisito de que no se altere su naturaleza pudiera considerarse innecesario, en otros casos no lo será, De ahí, que, a mi juicio -máxime a la vista del tenor literal de la Ley, que para nada prohíbe que la modificación del contrato por sobrevenir circunstancias imprevisibles quede ceñida a la alteración del precio o régimen económico en favor del contratista, sin alcanzar a las prestaciones comprometidas- resulte plenamente aceptables la posibilidad de modificar. Y no se olvide, en fin, que, en todo caso, siempre habrá de respetarse el límite de que la modificación no altere la cuantía del contrato en más del 50 por ciento de su precio inicial". Igualmente, T. Cano Campos, "Los costes excepcionales...", op. Cit., pág. 110, en parecidos términos, concluye lo siguiente: "Ahora bien, la forma en que tales requisitos están formulados (la exigencia de que algo no acaezca: que la Administración no hubiera podido prever las circunstancias y que la modificación no altere la naturaleza global del contrato) no impide, en una interpretación literal del precepto, que se modifique únicamente el precio por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas como el incremento extraordinario de los costes de ejecución de los contratos. En efecto, en tal caso, una modificación sólo del precio que no exceda del 50 % inicial cumple el requisito de que la modificación derive de circunstancias que la Administración no pudo prever y, además, en rigor, no supone una alteración de la naturaleza global del contrato (pues no se sustituyen las obras, los suministros o los servicios ni se modifica con ello el tipo de contrato), por lo que se cumplen todas las condiciones que exige el precepto en su estricta literalidad".

Marruecos, lo que provocó que una vez agotado el acopio de áridos el contratista tuviera que importarlos desde la península, lo que conllevó un sobrecoste considerable del precio final del hormigón. En este sentido la JCCPE señaló que

"el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 205.2.b) permitiría modificar el contrato por causa de un acontecimiento imprevisible para adaptarlo a las necesidades surgidas como consecuencia de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19", si bien sólo en "la medida en que sea necesario y durante el periodo de tiempo en que estás medidas impidan volver al escenario previsto inicialmente en los pliegos".

En cambio, no ha resultado pacífico el recurso a la modificación contractual prevista en el art. 205.2.b) de la LCSP cuando la finalidad de la misma ha sido, con carácter exclusivo, la de compensar económicamente al contratista por los efectos derivados del incremento extraordinario de precios en la ejecución contractual, esto es, se ha procedido sólo a la modificación del precio del contrato.

Así, en alguna comunidad autónoma, como la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se ha reconocido la posibilidad de modificación por medio del Decreto Ley 4/2022, concretamente en su art. 17.1.b), la posibilidad para cualquier tipo de contrato, de articular una modificación del mismo para restablecer el equilibrio económico, *"siempre que se cumplan los requisitos del art. 205.2.b) de la LCSP"*.

En parecidos términos, la JCCPE, en su Informe 38/20, de 11 de febrero de 2021, admite la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP para modificar el precio de un contrato cuando concurren circunstancias imprevisibles (cierre de la frontera con Marruecos que impide la importación de áridos vía terrestre para la construcción de un centro de educación infantil en Melilla) que alteran de manera sustancial la economía del contrato (se había producido un incremento del hormigón en torno al 45% al tener que importar los áridos vía marítima):

"En la legislación vigente, el supuesto de modificación del contrato por la superveniencia de circunstancias nuevas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato aglutina los conceptos de ius variandi y de riesgo imprevisible. No es de extrañar que la LCSP haya querido prever expresamente, de modo congruente con el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, un supuesto de modificación no prevista en los pliegos que ofrezca cumplida respuesta a los casos de riesgo imprevisible que puedan afectar a las condiciones económicas del contrato, bien que con el límite del 50% del precio inicial del mismo".

Sin embargo, lo habitual ha sido que los órganos y tribunales de contratación se hayan mostrado contrarios al empleo de la figura de la modificación contractual con la finalidad de poder compensar al contratista por el incremento extraordinario de precios. El rechazo se ha basado en las siguientes causas:

- (A) Entender que una modificación exclusivamente orientada a mitigar el problema del incremento de costes en la ejecución del contrato tendría la condición de modificación sustancial, puesto que alteraría el reparto de riesgos pactado. De este modo, una modificación de esta naturaleza podría haber motivado la selección de una oferta diferente o la participación de un mayor número de operadores económicos en la licitación, lo que afectaría a los principios de igualdad y de libre competencia empresarial.

No obstante, como ha afirmado T. Cano, podría entenderse que la Administración contratante podría acudir al art. 205.2.b) de la LCSP con la finalidad de revisar los precios que trae origen de una situación extraordinaria e imprevisible de incremento de costes, ejercitando su potestad de *ius variandi* para incrementar el precio del contrato ya que

pueden concurrir circunstancias de interés público en dicha modificación y con ello se mantendría el adecuado equilibrio económico del contrato en cuestión. En este caso, la modificación del contrato no operaría como la causa que altera las prestaciones del contrato y produce el desequilibrio económico, sino como la potestad que lo restablece. En consecuencia, en este caso nada habría que compensar, pues la modificación del precio se utiliza, precisamente, para reequilibrar las prestaciones rotas debido a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. A favor de ello podría esgrimirse que las prevenciones y límites que habitualmente se ponen a la modificación de los contratos públicos tratan de garantizar, como viene repitiendo desde hace años el TJUE, que no se altere la transparencia y la concurrencia en condiciones de igualdad de los licitadores ya que, de haber sabido éstos que la alteración iba a tener lugar durante la ejecución, su oferta podría haber sido diferente. Pero, en este caso, la modificación del precio se llevaría a cabo, precisamente, para que se respeten las circunstancias que tuvieron en cuenta todos los licitadores en el momento en que formularon sus ofertas, que son las que se han visto alteradas como consecuencia de circunstancias imprevisibles sobrevenidas durante la ejecución del contrato. La modificación no sería la causa de un desequilibrio contrario a la transparencia y a la igualdad, sino, precisamente, la solución a un desequilibrio creado por una causa diferente (un riesgo imprevisible).⁴⁴

- (B) Una modificación de esta naturaleza debería ser considerada como esencial al afectar a un elemento principal de la relación contractual: el precio. Así, lo ha entendido el TACRC en su Resolución 436/2022, de 7 de abril, que examina un recurso especial interpuesto frente a un acuerdo de modificación de un contrato de suministro por haberse producido un supuesto de riesgo imprevisible debido a la evolución de los precios en el mercado del papel, que incrementaba los precios unitarios de adjudicación en un 30%. El órgano de contratación planteó la existencia de elementos objetivos que habilitarían a la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP, como, por ejemplo, las circunstancias extraordinarias que afectaron notablemente a los costes vinculados a los suministros objeto del contrato, incrementándolos al alza, así como la imposibilidad de prever en el momento de celebrar la licitación un aumento de precios de tanta relevancia. Sin embargo, el TACRC no examina los aspectos relacionados con el carácter previsible o imprevisible de la evolución al alza de los precios de fabricación del papel con la finalidad de poder justificar la modificación contractual y niega, en consecuencia, la posibilidad de modificación del contrato al entender que dicha alteración afectaría a *"un elemento esencial del contrato, como el precio"*, lo que comprometería el principio de igualdad de trato.⁴⁵
- (C) El art. 205 de la LCSP no permite que se desarrollen modificaciones que tengan por objeto exclusivo la alteración de las cláusulas económicas del contrato. De hecho, a lo que habilita el citado precepto es a modificaciones contractuales vinculadas a la ejecución de prestaciones

⁴⁴ T. Cano Campos, "Los costes excepcionales...", *op. cit.*, pág. 112 y ss.

⁴⁵ En parecidos términos, se ha expresado la Junta Central de Contratación de Castilla-La-Mancha (JCCLC), en su Informe 10/2021, de 29 de noviembre, que asume los criterios ya enunciados por la JCCPE en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, considerando inviable la modificación del contrato en base al art. 205.2.b) de la LCSP por entender que la variación del precio no puede calificarse como una modificación del contrato en sentido técnico jurídico, y supone la alteración de un elemento esencial de la relación contractual. No obstante, la JCCLM delimita algunos parámetros a tener en cuenta por los órganos de contratación para ver si concurren las circunstancias habilitantes del riesgo imprevisible. Entre otros, y al margen del alcance cuantitativo y entidad del desequilibrio y la previsibilidad del aumento de precios, *"la fecha de la oferta del contratista, el uso de las materias primas en la ejecución del contrato, el porcentaje efectivo en que difieren los nuevos precios de los establecidos en el contrato y su repercusión en el global del contrato"*.

de manera diferente a la inicialmente pactada. El Informe 7/2022, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid (JCCAM) se ha pronunciado sobre la procedencia o no de la revisión de precios con carácter excepcional en determinados contratos y acuerdos marco. En concreto, se plantea la posibilidad de revisión de precios de cualquier contrato público que no disponga de cláusula de revisión, si ante el incremento sobrevenido de costes, debe ser objeto de compensación de algún modo el contratista o bien si éste debe asumir los efectos económicos de la situación en virtud de lo dispuesto en los pliegos y del principio general de riesgo y ventura. El informe señala que, salvo aquellos supuestos en los que la legislación habilite una posible revisión excepcional de precios en los contratos públicos al margen de lo previsto en la LCSP, habrá de estarse a las previsiones de los pliegos, de acuerdo con lo establecido en el art. 103 de la LCSP. Además, afirma que no resulta posible proceder a la modificación del contrato con el único objeto de incrementar su precio aplicando las previsiones del art. 205 de la LCSP, *"pues no se trataría con ello de que el contratista efectuara la prestación en forma distinta de a la pactada y la revisión de precios cuenta con su propia regulación en la LCSP"*.⁴⁶

- (D) La modificación de un contrato con la finalidad señalada podría ser considerada como una revisión de precios encubierta, al margen de lo previsto en el art. 103 de la LCSP.⁴⁷

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2022 que examina un recurso de apelación interpuesto por un contratista (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) contra la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 5, que anula un acuerdo de modificación contractual en virtud del cual se minoraba el precio de un producto de un lote de un contrato de suministro, empleando como base jurídica el art. 205.2.b) de la LCSP, ha considerado ajustada a derecho tal modificación señalando que

"la variación de las condiciones del mercado de suministro del tipo de mascarillas incluidas en ese lote se trata de una circunstancia sobrevenida no previsible", afirmando que "la Administración tenía la potestad y el deber de ajustar los precios a la baja, en observancia del principio de integridad y de una eficiente utilización de los fondos".⁴⁸

⁴⁶ Igualmente, la JCCPE, en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, ha afirmado lo siguiente: *"Desde el punto de vista material de una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado"*.

⁴⁷ En este sentido, el Informe 11/2021, de 24 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, ha señalado que en lo que respecta a la modificación contractual, esta no resulta viable como forma de paliar los efectos causados por la subida de precios, ya que no concurriría una alteración de las prestaciones del contrato, de tal modo, que una decisión contraria supondría *"una revisión de precios encubierta"*.

⁴⁸ En otro contexto, si bien resulta de interés, la STS de 12 de diciembre de 2019, avaló la legalidad de la modificación consistente en reducir la cuantía de las tarifas vigentes en los contratos de concesión de servicios de ITV al considerarse desproporcionado el beneficio de las entidades concesionarias resultante del mayor número de vehículos sujetos a inspección como consecuencia del progresivo envejecimiento del parque automovilístico. Si bien la sentencia sostiene que *"la posibilidad de obtener una modificación del equilibrio económico-financiero del contrato, con su consiguiente reequilibrio, no juega en favor de la Administración, pues tal posibilidad resulta de aplicación, exclusivamente, en beneficio del concesionario"*, de inmediato señala que *"al margen de los razonamientos de la sentencia sobre la doctrina del riesgo imprevisible. lo cierto es que la Orden impugnada -y La sentencia que revisamos, de forma explícita- fundamenta la reducción de las tarifas (...) por existir razón de interés público"*.

La citada sentencia ha sido criticada por G. Fernández Farres, "La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, pág. 79, quien señala que *"yerra la sentencia al justificar la modificación en la necesidad de recomponer el régimen económico-financiero de las concesiones alterado por el devenir de la explotación, al registrarse un mayor número de usuarios al previsto o pronosticado en el momento de la formalización del contrato. Y yerra, asimismo, cuando afirma que se pactó un beneficio empresarial que debe ser restablecido a su estado original"*.

De este modo, cabe plantearse que si ante variaciones extraordinarias e imprevisibles del mercado de suministros es viable la minoración de precios pactados en un contrato -sin que, por cierto, se altere el contenido de la prestación debida ni ningún otro elemento contractual-, por qué no puede acudirse al art. 205.2.b) de la LCSP para incrementarlos debido a la situación extraordinaria e imprevisible del alza de precios.

Del mismo modo, puede defenderse que del tenor literal del art. 205.2.b) de la LCSP, cabe una modificación contractual que se ciña en exclusiva a la revisión del precio, si bien con el límite previsto en dicho precepto del 50%.

En cualquier caso, como afirma un sector doctrinal, "antes las dudas que suscita la modificación del precio ex art. 205.2.b) de la LCSP para hacer frente al incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos, cabe plantearse si, en su defecto, se podría acudir como último recurso, ciertamente excepcional y con un apoyo legal menos claro, al restablecimiento del equilibrio económico mediante una compensación por riesgo imprevisible".⁴⁹

6.2 Factum principis: su limitado alcance en la LCSP

La segunda de las excepciones al riesgo y ventura del contratista es el denominado *factum principis* o "hecho del príncipe", expresión que alude a las decisiones generales imputables a la Administración que no van dirigidas de forma explícita al contrato, pero alteran sus presupuestos económicos. Se trata de intervenciones (o, incluso, omisiones) administrativas de carácter general, derivadas del poder general de *imperium* (en la terminología del Consejo de Estado), que no modifican directamente, ni lo pretenden, el objeto contractual, pero que indican o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso y alterando el equilibrio económico.

La regulación del *factum principis* en la LCSP es confusa y parcial. Se contempla en los arts. 270.2.b) y 290.4.b) de la LCSP; por tanto, sólo para las concesiones de obras y de servicios, lo cual carece de toda justificación⁵⁰. Además, solo se predica de la Administración contratante, a pesar de que tradicionalmente se refería a la actuación de cualquier Administración o incluso de otros poderes públicos, como el legislativo.⁵¹ Ahora, según tales preceptos, se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando "*actuaciones directas de la Administración contratante, que tienen carácter obligatorio para el contratista, determinan directamente la ruptura sustancial de la economía del contrato*", mientras que si el contrato resulta extraordinariamente oneroso para el contratista como consecuencia «*de la aprobación de una disposición general de una Administración distinta a la contratante*» tendrá derecho a desistir del contrato [arts. 270.4.a) y 290.6.a)]⁵². El Consejo de Estado y algunos Tribunales también, han considerado que si la actuación que

⁴⁹ Vid., G. Fernández Farreres, *La distribución de riesgos...*, op. cit., 166 y ss.; y T. Cano Campos, "Los costes excepcionales...", op. cit., pág. 112.

⁵⁰ Este nuevo supuesto de excepción del riesgo y ventura del contratista parece acoger lo que doctrinalmente se califica como *factum principis*. La regulación que recoge la LCSP es incompleta e insatisfactoria, puesto que como advierte G. Fernández Farreres, "*habrá que convenir que, en todo caso, lo hace parcialmente, al menos si se admite que conceptualmente la decisión del poder público que incide en el contrato, alterando sus presupuestos económicos, puede proceder tanto de la Administración contratante (...) como de cualquier otra Administración y que, incluso, hasta podría englobar decisiones del propio poder legislativo -riesgo regulatorio-, a pesar de que el Consejo de Estado expresamente lo haya descartado*."

A este respecto, no deja de ser significativo el hecho de que, a diferencia de la LCSP de 2007 -que, al igual que la inicial Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, se refería son más a "*actuaciones de la Administración*"- la nueva regulación expresamente ciña el supuesto a que se trate de actuaciones de la Administración concedente"; vid., "La distribución de riesgos...", op. cit., pág. 57.

⁵¹ No obstante, alguna sentencia del TS, como la de 16 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3125), exigió ya que el *factum* fuera imputable a la Administración concedente. Sobre ello, vid., por ejemplo, J. J. Lavilla Rubira, «Régimen jurídico de la concesión de obras», en J. M.ª Gimeno Feliu, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 1430.

⁵² El mismo derecho surge, según el apartado b) de tales preceptos, si la extraordinaria onerosidad se debe a la obligación legal o contractual de incorporar avances técnicos que mejoren las obras o su explotación. Por el contrario, el art. 157 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, habla de Administración a secas: la Administración debe restablecer el equilibrio económico del contrato: «b) Cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión».

produce la excesiva onerosidad no procede de la Administración contratante se puede acudir a la teoría del riesgo imprevisible.⁵³ Pero ahora, dada la literalidad de los preceptos referidos, sólo cabría acudir al riesgo imprevisible cuando se trate de actuaciones de otra Administración que no consistan en disposiciones generales (pues si son de este tipo, procedería el desistimiento) y, en su caso, de actuaciones del propio legislador.⁵⁴

El desequilibrio económico que el fuerte incremento de los precios puede haber producido en muchos contratos públicos no obedece a actuaciones directas de las Administraciones contratantes, por lo que no se puede considerar de aplicación el *factum principis*. En este sentido, el informe núm. 10/2021, de 29 de noviembre, de la JCCLC, ha entendido que:

"No sería aplicación al presente caso el mecanismo del "factum principis", pues la subida de precios de las materias primas no trae causa de una actuación directa o indirecta de la Administración, teniendo en cuenta el principio de economía de libre mercado en que se mueven los citados precios".

De todas formas, para poder emplear el *factum principis* como causa determinante del reequilibrio económico de los contratos de concesión, esta debe incidir en el mismo provocando la ruptura sustancial de su economía, con lo que se aprecia una diferencia más con el restablecimiento del equilibrio derivado del ejercicio del *ius variandi* de la Administración concedente, que únicamente queda excluido cuando sus consecuencias "carezcan de transcendencia económica (arts. 270.5 y 290.3 LCSP). A pesar de que la LCSP no precisa nada, en ninguno de los preceptos aludidos, acerca de cuándo puede considerarse que se materializa una ruptura sustancial de la economía del contrato, es indudable que se refiere a un desequilibrio económico que sea grave y manifiesto, consistente en pérdidas reales y efectivas que puedan poner en riesgo la continuidad de la prestación del servicio o la realización y explotación de la obra, no teniendo entidad suficiente con que la actuación administrativa pueda tener un incidencia económica y haga, en consecuencia, más onerosa la ejecución del contrato.

En este sentido, la sentencia del TS de 21 de junio de 2005⁵⁵, consideró que no procedía la solicitud de reequilibrio económico de una concesión de construcción y gestión de un aparcamiento subterráneo por razón de que el Ayuntamiento modificara el régimen de circulación y aparcamiento en superficie en las inmediaciones del estacionamiento y, por tanto, pudiendo afectar al régimen económico del contrato, dice así:

"Y de otra parte, porque si bien es cierto, que los artículos, que el recurrente cita del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se refieren y hablan del mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión, es el artículo 127, el que se refiere en concreto a la forma en que se ha de mantener el equilibrio financiero, y este solo prevé la indemnización, en sus apartados a), c) y d), que se refieren respectivamente a los supuestos de modificaciones introducidas en el servicio, daños o perjuicios por la asunción directa del servicio y rescate o supresión del servicio, y el apartado b) se refiere a la revisión de las tarifas cuando concurren circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que determinen la ruptura del equilibrio de la concesión. Y por tanto aplicando incluso la doctrina de tal precepto no tenía el recurrente derecho alguno a la indemnización que solicita, pues no concurren los supuestos para los que el precepto citado prevé la

⁵³ Dictamen 1030/2015, de 21 de enero de 2016; STSJ Valencia núm. 793/2017, de 21 de julio; STS núm. 6/2020, de 24 de enero, del TSJ de Castilla y León.

⁵⁴ La delimitación entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible nunca ha estado clara. Los Autos del TS de 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:5834A) y de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:528A) han admitido sendos recursos de casación en lo que se considera que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: «la determinación del significado y alcance de la doctrina del *factum principis* y del riesgo imprevisible y sus efectos sobre la economía del contrato y, en detalle, si la sobrevenida sujeción al pago del impuesto de bienes inmuebles por parte del concesionario comporta inexorablemente la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato o si, por el contrario, la desaparición de la exención del pago de dicho impuesto local, se inscribe en el principio de riesgo y ventura y no determina el nacimiento de derecho a compensación alguno a cargo de la Administración contratista». Esperemos que la sentencia, que todavía no se ha dictado, fiel a la función del actual recurso de casación, no se quede sólo en el detalle y sienta algunos criterios generales de delimitación entre ambas figuras.

⁵⁵ ECLI:ES:TS:2005:4059

indemnización al concesionario, ya que el desequilibrio que el recurrente aduce, lo es por una actuación del Ayuntamiento ajena al aparcamiento subterráneo y que además estaba expresamente prevista en el contrato, y por la que según se estipulaba el concesionario no tenía derecho a reclamación alguna, artículo del Pliego de Condiciones, como señala la sentencia recurrida. Ahora bien y no obstante lo anterior, como del análisis conjunto de los artículos 127, 128 y 129, se prevé ciertamente el derecho del concesionario al coste del establecimiento del servicio, a los gastos de explotación y al normal beneficio industrial,, es claro también, conforme incluso a la doctrina que la sentencia cita y a la de 1 de julio de 1992 , que flexibiliza el concepto de previsibilidad de las circunstancias, en el caso, de que se hubiese acreditado, que la incidencia del aparcamiento se superficie no le permitiese al concesionario el mantener los ingresos mínimos que el artículo 127 garantiza, se había o debía buscar la solución obviamente dentro de las propias cláusulas del contrato, como también refiere el precepto y a partir de la oportuna modificación o revisión de las tarifas, como el propio Ayuntamiento recurrido refiere, máxime, cuando así lo prevé el artículo 127 citado y lo reconoce como derecho del contratista el artículo 152 del Reglamento de servicios , y cuando la incidencia en el caso de autos, como refiere el propio recurrente, lo es por la diferencia de las tarifas entre el aparcamiento de superficie y el subterráneo, pero ello no obsta en nada, a las valoraciones de la sentencia recurrida, que se ha limitado a valorar, como procedía y estaba obligada, sobre la validez de la resolución que deniega la indemnización solicitada, pues como se ha visto el recurrente no tenía derecho a la indemnización que solicitaba".

En cambio, el TS en su sentencia de 5 de abril de 2005⁵⁶, reconoce el restablecimiento del equilibrio económico, con ocasión de la reclamación efectuada por una concesionaria de un servicio de aparcamientos en la vía pública con control horario, basando la misma en la disminución de ingresos debida a la inaplicación por el ayuntamiento de la Ordenanza sobre Regulación del Tráfico y la falta de actuación de la grúa municipal, declara el derecho al restablecimiento del equilibrio:

"No se puede impugnar con éxito la conclusión de la sentencia recurrida apoyándose en la dudosa legalidad de la aplicación de una ordenanza municipal vigente, ni tampoco de la utilización del servicio de la grúa, cuya legitimidad, siempre que se respeten los principios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia, ha sido reconocida reiteradamente por esta misma Sala (Sentencias de 26 de diciembre de 1.996; 22 de septiembre y 15 de octubre de 1999; 29 de mayo, 14 de julio y 25 de noviembre de 2000; 14 de julio y 28 de noviembre de 2001; 23 de enero de 2002 y muchas otras). En todo caso la sentencia declara la inoperancia del sistema de control horario establecido por el Ayuntamiento y la falta de revisión de los precios fijados después de transcurrido el primer año del otorgamiento de la concesión (pese a hallarse expresamente estipulado lo contrario) como causas determinantes del fracaso económico de la misma y achacables a la conducta municipal, resultando difícilmente comprensible que se pretenda exonerar de responsabilidad al Ayuntamiento con el especioso argumento de que no existe un pronunciamiento expreso sobre la imprevisibilidad de tales omisiones. Lo previsible es, precisamente, que la Administración se atenga a las condiciones estipuladas en lo en su día concertado, y no lo contrario".⁵⁷

⁵⁶ ECLI:ES:TS:2005:2077

⁵⁷ El TS ha conocido de diversos recursos de casación en los que el tema debatido era si los concesionarios de diversas autopistas tenían derecho al restablecimiento económico de la concesión como consecuencia de decisiones de la propia Administración concedente en orden a mejorar, ampliar, desdoblar, etc., las carreteras existentes en el área de influencia de las mismas, lo que provocó el correlativo descenso del número de usuarios de la autopista con la consiguiente pérdida de ingresos por peajes. Así, las SSTS 16 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3125), 20 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1597), 17 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3962) o la de 22 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1657), rechazando con carácter general el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, al no considerar como "imprevisible" el *factum principis*, desplazando de este modo al mismo por el riesgo imprevisible.

Finalmente, una posible variable atener en cuenta, al margen de las parcas previsiones de la LCSP respecto al *factum principis*, es la relativa a si en virtud de la libertad de pactos y de asignación de riesgos entre las partes, cabría introducir en los pliegos una ampliación del *factum principis* a actuaciones de otras administraciones distintas a la concedente, como una causa que enerve un supuesto de restablecimiento del equilibrio económico libremente pactado por las partes del contrato, es decir estaríamos hablando de lo que podríamos denominar "*factum principis contractual*".

El art. 34.1 LCSP, bajo el título "libertad de pactos", contiene la siguiente previsión:

"En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración".

Nos encontramos ante un precepto que en la contratación pública se viene reiterando, prácticamente en los mismos términos, desde la LCE de 1965 hasta la actualidad, al ser consustancial a la propia institución. La libertad de pactos, unida a la vinculatoriedad de lo pactado, son elementos definidores del contrato, de manera que sin ellos dejaría de ser identificable. Como advierte G. Fernández Farreres, "no cabe, por tanto, un desplazamiento total o pleno de esa libertad por la norma de derecho objetivo sin que el contrato desaparezca como tal. Ahora bien, el margen de disponibilidad reconocido por la ley a la libertad de pactos puede variar y resulta lógico que la intensidad de la regulación normativa de los contratos sea desigual según se refiera a la contratación privada o a la contratación pública. La distinta cualidad de los intereses implicados en una u otra explica y justifica que así sea. Cuando se trata de la contratación administrativa, la singularidad de que una de las partes contratantes sea un poder público —la Administración pública— y que, por ello mismo, los intereses implicados en la contratación no sean materialmente equiparables a los de la contratación privada, autoriza a modular o matizar su alcance. De ahí que la libertad pueda quedar más estrechamente condicionada por las determinaciones del legislador, con lo que, según cual sea la intensidad y detalle del contenido regulatorio, los pactos dispondrán de un mayor o menor margen de desarrollo".⁵⁸

La concreción del significado y alcance del reconocimiento de la libertad de pactos en la contratación pública que reconoce el art. 34.1 de la LCSP depende, por tanto, de la configuración misma de las normas que la limitan. La libertad de pactos, en consecuencia, encuentra campo de actuación en todo lo que la ley no define o establece positiva o negativamente, o lo que es lo mismo, en todo lo que la ley no delimita ni concreta. Es ante el silencio, o ante la indeterminación legal, cuando la libertad de pactos resulta operativa. Y también, claro es, cuando la propia norma declara o reconoce como potestativa la observancia de su contenido mismo.

Por lo tanto, si bien respecto a los contratos de concesiones no parece que quepa este "*factum principis contractual*", al ser las previsiones de los arts. 270.2.b) y 290.4.b) de la

Por otro lado, la determinación del carácter imprevisible o no del hecho se mueve en tan amplio margen de apreciación que no cabe descartar que ante hechos similares las respuestas lleguen a ser opuestas. La misma STS de 16 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3125) que se acaba de mencionar, junto a la cuestión de la incidencia del desdoblamiento de la carretera en el flujo de tráfico de la autopista, también examina si procedería restablecer el equilibrio de la concesión como consecuencia de no haberse construido la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba prevista en el Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007, llegando a la conclusión de que "*el proyecto del que hablamos era, en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro (...) y que su ausencia altera el equilibrio económico y financiero de la concesión por lo que procede su restablecimiento*". Por el contrario, la posterior STS de 12 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2125), en fundamento de derecho 4, respecto de la procedencia de compensar a la concesionaria recurrente por el descenso de tráfico derivado de la no construcción de una nueva infraestructura que conectaría con la autopista de peaje que gestionaba, soslaya adentrarse en la calificación del hecho desde la perspectiva de su previsibilidad o no y resuelve la cuestión dando implícitamente por supuesto que ninguna confianza legítima podía fundar su pretensión. Y el mismo criterio se ha mantenido en la más reciente STS de 19 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4209), fundamento de derecho 5, al afirmar que "*la posibilidad de no llevarse a cabo la construcción de los tramos del Corredor Pirenaico, situados fuera de Navarra, y correspondientes al Ministerio de Fomento, "no es una circunstancia imprevisible y sobrevenida en la formalización del contrato de concesión con el Gobierno de Navarra"*.

⁵⁸ Vid., "La distribución de riesgos...", *op. cit.*, págs. 82 y ss.

LCSP lo suficientemente claras y precisas, no cabría decir lo mismo respecto al resto de contratos administrativos (obras, servicios y suministros) en los que sí podría articularse, de conformidad con la libertad de pactos prevista en el art. 34.1 de la LCSP, esta modalidad de *factum principis contractual* en los pliegos.⁵⁹

6.3 Fuerza mayor

Otra excepción al riesgo y ventura es la fuerza mayor. El art. 239 de la LCSP, al que se remite el art. 197 cuando consagra el principio de riesgo y ventura, dispone para el contrato de obras que, en los casos de fuerza mayor, el contratista *"tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieran producido en la ejecución del contrato"*. Los eventos que, según aquel precepto, tienen la consideración de fuerza mayor son los incendios causados por la electricidad, los fenómenos naturales de efectos catastróficos, los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o graves alteraciones del orden público. El art. 270.2 se refiere también a la fuerza mayor en el contrato de concesión de obras y el art. 290.4 en el de concesión de servicios.

La regulación de la fuerza mayor en la LCSP, como en el caso del *factum principis*, es también fragmentaria y parcial. Primero, porque tampoco se extiende a todos los contratos (nada se dice de los de servicios y suministros), lo cual es absurdo y, por eso, la jurisprudencia lo ha corregido. Segundo, porque, en el contrato de obras, la mayor onerosidad originada por la fuerza mayor no se condiciona a nada, mientras que en los contratos de concesión de obras y de servicios, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, será preciso que la fuerza mayor haya ocasionado *"de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión"* (arts. 270.2.2º y 290.4.2º).

También parece claro que los fuertes incrementos de los costes de ejecución en muchos contratos públicos no obedecen a un supuesto de fuerza mayor. La pandemia primero y la guerra en Ucrania después pueden estar incidiendo claramente en el incremento de los precios, pero no están ocasionando, como exige el art. 239.2.c) LCSP, *"destrozos violentos"*, máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia considera que la fuerza mayor, como excepción al principio de riesgo y ventura, no puede interpretarse de forma extensiva ni analógica, sino ajustada a los supuestos tasados que contempla la norma, que son autónomos, no intercambiables y concurren de forma alternativa.⁶⁰ Respecto del incremento de los costes durante la pandemia, el informe núm. 38/2020 de la JCCPE señaló que:

"la llegada de una pandemia dista de identificarse con incendios, con fenómenos naturales de efectos catastróficos o con destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público".⁶¹

⁵⁹ El TS en diversas sentencias ha reconocido esta libertad de pactos al estimar que los derechos económicos previstos en el art. 170.1 LCAP eran renunciabiles y considerar, en consecuencia, válida la cláusula contractual que ala amparo de la libertad de pactos, así lo había dispuesto, SSTs de 1 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4017) y de 22 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1004), que afirman lo siguiente: *"Con carácter general, conviene recordar, la citada Ley 13/1995, establece, en el artículo 4 la libertad de pactos, pues "la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla". No apreciamos en este caso la concurrencia de la excepción al principio general de libertad de pactos que regula el citado artículo 4, pues no se evidencia, ni se ponen de manifiesto solventes razones sobre el contenido de la mentada cláusula 25.1 del pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas del expresado contrato, que acrediten o que nos induzcan a considerar que resulta contraria al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. De modo que no podemos concluir en la concurrencia del vicio de invalidez de la citada cláusula 25, que pueda pulverizar el arraigado principio de la libertad de pactos"*.

⁶⁰ Entre las más recientes, STS de 31 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2213) (FD 2), que se refiere al art. 231 del TRLCSP de 2011 cuya redacción es idéntica al actual art. 239 LCSP. La sentencia precisa que sólo realiza una enumeración ejemplificativa y no tasada de los supuestos de fuerza mayor el apartado b) de dicho precepto, ya que se refiere a los *"fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes"*.

⁶¹ En la jurisprudencia, por ejemplo, STSJ del País Vasco núm. 348/2021, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:TSJPV:2021:2388). En la doctrina, A. Sala Cantarell, F. Valdivia Poch y A. Sesé Hernández, «Aspectos

Con relación a la actual situación, el referido informe 10/2021 de la JCCLC considera en el mismo sentido que:

"no podrá aplicarse la fuerza mayor como supuesto habilitante para que los contratistas de los contratos de obras a que se refiere el órgano peticionario puedan solicitar indemnización al órgano de contratación por los daños y perjuicios que les haya podido provocar la subida de precios de las materias primas en sus contratos, pues esta causa no entra dentro de las tasadas que regula la LCSP en su artículo 239".⁶²

El reequilibrio económico de los contratos públicos también procede cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles que provocan una excesiva y desproporcionada onerosidad para el contratista. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el *ius variandi* y en el *factum principis*, esa excesiva onerosidad, que puede colocar al contratista en una situación insostenible, deriva de acontecimientos imprevisibles en el momento de celebrar el contrato que resultan ajenos por completo a la actuación de la Administración.

El desequilibrio de algunos contratos públicos puede encajar en la teoría del riesgo imprevisible, razón por la que procede ocuparse de ella, no sin antes analizar la posibilidad de utilizar el *ius variandi* para modificar únicamente el precio de los contratos. Dejo al margen de este estudio otros mecanismos de reequilibrio como la compensación por sujeciones imprevistas (dificultades materiales que surgen durante la ejecución del contrato) y la técnica de la revisión de precios. La primera porque no tiene nada que ver con el fuerte incremento de los costes de la ejecución de los contratos, mientras que la revisión de precios porque, dada su actual regulación, en exceso restrictiva, o bien no se contempla en todos los contratos cuyo equilibrio económico puede haberse roto o bien puede resultar insuficiente para su restauración.⁶³

6.4 La doctrina del riesgo imprevisible

Una novedosa posibilidad a la que cabe acudir con la finalidad de mitigar el incremento extraordinario de precios y así poder proceder a un reequilibrio del contrato es acudir a la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible. Se trata de una teoría de creación jurisprudencial⁶⁴, puesto que, con carácter general, la legislación de contratos no recoge esta figura, a excepción de lo previsto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 [arts. 127.2.2º.b) y 128.3.2º)] y en el art. 205.2.b) de la LCSP.⁶⁵

prácticos del reequilibrio económico de los contratos públicos», en *Anuario de Actualidad de la Contratación de 2022*, Barcelona, Atelier, 2023 (en prensa), con cita de numerosas resoluciones judiciales.

⁶² El informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, también descarta que en la actual situación concurre un *factum principis* o la fuerza mayor.

⁶³ También dejo al margen la actualización de precios, que es diferente a su revisión, pues opera antes de la formalización misma del contrato. La actualización de precios se previó de forma muy restrictiva en el art. 67 del Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967. En la actualidad, la LCSP no se refiere a ella, pero hay un tratamiento específico y parcial de la figura en el art. 130.4 del Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sobre la diferencia entre actualización y revisión de precios, SSTS de 2 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4716), de 10 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6526) y de 12 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2864), con cita de otras anteriores.

⁶⁴ Nuestro Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que el riesgo imprevisible es una de las excepciones al riesgo y ventura del contratista: *"es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues se sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 CC) y de buena fe (art. 7.1 CC) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública."* (Entre otras, SSTS de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809), de 4 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:952), de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:5401:2015)).

⁶⁵ En la actualidad, las Directivas de contratación (considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y 76 de la Directiva 2014/23/UE) aluden al riesgo imprevisible en los siguientes términos: *"Los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el*

El origen del riesgo imprevisible se encuentra en la doctrina del Consejo de Estado francés, concretamente en el *Arret gaz de Bordeaux*, de 30 de marzo de 1916, que desarrolla la construcción teórica del riesgo imprevisible en el marco de la ruptura de la economía del contrato por causa sobrevenida de desajuste de costes derivados del incremento de los precios del carbón de la primera Guerra Mundial, reconociendo la obligación de la Administración contratante de compensar al contratista, indemnizándolo por el incremento del precio del carbón.⁶⁶

En España, uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales del TS donde se acude al riesgo imprevisible con la finalidad de proceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo encontramos en la sentencia de 20 de diciembre de 1990, en la que tras citar el mencionado *Arret Gaz de Bordeaux*, expresa que la doctrina del riesgo imprevisible tiene la finalidad de corregir el desequilibrio producido en el contrato como consecuencia de la mayor onerosidad sobrevenida, con el consecuente deber de la Administración concedente de

*"restaurar el equilibrio mediante las compensaciones correspondientes ya que, en todo caso, ese deber resulta del hecho mismo del ejercicio de los poderes de sacrificio de los derechos e intereses particulares de que dispone la Administración en aras del interés general. Este interés general está constituido por la realización d las obras contratadas y la conveniente colaboración entre la Administración y los concesionarios".*⁶⁷

La aplicación de la teoría del riesgo imprevisible no es puro voluntarismo o creación libre del Derecho, pues en nuestro ordenamiento jurídico hay fundamentos para defender su vigencia y aplicación. La Administración no puede desentenderse por completo del contrato público y esgrimir que la excesiva onerosidad por la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles es un riesgo que ha de asumir el contratista, pues esa solución, además de rigorista, formal y contraria a la buena fe contractual, pugna frontalmente con los propios fines institucionales de carácter público que, a través de los contratos, tratan de realizarse (art. 1.2 de la LCSP). Estos fines quedarían seriamente dañados si se interrumpiera la ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación del servicio, por lo que se hace necesaria la búsqueda de una solución que asegure su continuidad. El contratista puede perder, incluso, todos sus beneficios expectantes y hasta tener ciertas pérdidas (es decir, tiene que asumir todo lo que engloba el factor de riesgo y ventura que implica todo contrato), pero no hasta el punto de que una excesiva onerosidad ponga en peligro el contrato, porque la necesidad de garantizar su ejecución compete a la Administración que, por eso, tiene que acudir en su ayuda

poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleadas en la preparación de la adjudicación y su valor previsible".

⁶⁶ De forma concreta, el citado *Arret* estableció lo siguiente: *"Considerando que en principio el contrato de concesión regula definitivamente las obligaciones respectivas del concesionario y del concedente hasta su vencimiento; que el concesionario está obligado a realizar el servicio prestado en las condiciones especificadas en el contrato y es remunerado mediante el cobro de los impuestos allí estipulados a los usuarios; que la variación del precio de las materias primas debida a circunstancias económicas constituye un riesgo de mercado que puede, según los casos, ser favorable o desfavorable al concesionario y corre por su propia cuenta y riesgo, considerándose que cada parte ha tenido en cuenta este riesgo en los cálculos y previsiones que hacía antes de comprometerse;*

Pero considerando que, tras la ocupación por el enemigo de la mayor parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, la dificultad cada vez más considerable del transporte por mar, debida tanto a la requisa de barcos como por el carácter y la duración de la guerra marítima, el aumento que se produjo durante la actual guerra en el precio del carbón, materia prima para la fabricación del gas, alcanzó tal proporción que no sólo tiene un carácter excepcional en el sentido habitualmente dado a este término, sino que provoca un aumento del coste de fabricación del gas que, en una medida que desafía todos los cálculos, supera ciertamente los límites extremos de los aumentos que podrían haber previsto las partes al firmar el contrato de concesión; que, como consecuencia de la combinación de circunstancias antes indicadas, la economía del contrato queda absolutamente perturbada. Que, por tanto, la empresa está justificada al sostener que no se le puede exigir que garantice únicamente las condiciones inicialmente previstas, el funcionamiento del servicio mientras dure la situación anormal mencionada anteriormente".

⁶⁷ ECLI:ES:TS:1990:9559.

compartiendo con él los riesgos extraordinarios que de forma imprevista se hayan materializado, aunque sea por causas también ajenas a su voluntad.⁶⁸

En general y, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado⁶⁹ y la jurisprudencia del TS⁷⁰, las condiciones que deben cumplirse para que se pueda proceder al reequilibrio económico de un contrato basándose en la doctrina del riesgo imprevisible son:

- 6.4.1 El surgimiento de una alteración de las condiciones del contrato de carácter imprevisible y extraordinario;⁷¹
- 6.4.2 La insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato para su revisión;
- 6.4.3 La alteración de las circunstancias del contrato debe tener una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los límites razonables de la aleatoriedad que todo contrato lleva consigo, y produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido.

⁶⁸ Como señala F. J. Sospedra Navas, "Equilibrio económico de las concesiones administrativas", *Cuadernos de Derecho local*, núm. 68, 2025, págs. 597 y ss., "la doctrina del riesgo imprevisible guarda analogía con la doctrina civil sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual se considera como cláusula implícita de los contratos, por aplicación de los principios de buena fe y de justo equilibrio de las prestaciones, para el caso en que se produzca una alteración de la base del negocio, siendo requisito imprescindible para su aplicación una alteración de las circunstancias al momento de cumplir el contrato con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración, así como una desproporción entre las prestaciones de las partes contratantes que produzca el derrumbe del contrato por el aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, siendo la alteración que se requiere como premisa de la excepción al principio *pacta sunt servanda* que implica la cláusula *rebus sic stantibus* de la base del negocio".

Del mismo modo, el TS en su sentencia de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2807), afirma que la doctrina del riesgo imprevisible enlaza con la cláusula *rebus sic stantibus* o lo que exige la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto. Por tanto, de cara a delimitar el riesgo imprevisible, debe subrayarse que quedan fuera de su ámbito los supuestos en que el desequilibrio en las obligaciones de las partes trae causa del momento en que se licita el contrato cuando existen errores en los pliegos que pueden incidir en la economía del contrato.

⁶⁹ Dictámenes 3346/2002, de 13 de marzo, 93/2019, de 28 de febrero y 243/2019, de 11 de abril.

⁷⁰ Así, la STS de 27 de octubre de 2009, (ECLI:ES:TS:2009:6531), afirma que "de igual modo resulta necesario recordar la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la doctrina del riesgo imprevisible de 27 de diciembre de 1990, en cuyo F.J.4º EDJ 1990/12066 se decía: "Es cierto que, tanto la doctrina del '*factum*' *principis*, como la de la '*alteración de las circunstancias*' —el tradicional *rebus sic stantibus*— y la del '*riesgo imprevisible*'- '*grundgeschäft*' pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de '*circunstancias sobrevenidas*' como excepción admitida al principio fundamental *contractus lex*, cuando se trata del contrato administrativo de obras han sido objeto de una regulación legal específica, a través de la figura jurídica de la '*revisión de precios*' encontrándose su regulación vigente, integrada básicamente, por el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, y sus disposiciones reglamentarias - STS de 20 de junio de 1983. Pero, también es cierto que, cuando dicha figura de la '*revisión de precios*' deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de '*riesgo razonablemente imprevisible*' como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la '*revisión de precios*' es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes".

⁷¹ Así, por ejemplo, como he señalado con anterioridad, la jurisprudencia del TS viene descartando, de forma reiterada, la aplicación del riesgo imprevisible en los supuestos en que existe un error en las previsiones o estudios previos, ya sean de la Administración asumidos por el contratista, ya sean específicos del propio contratista; lo relevante para equilibrar el contrato es que se produzca un acontecimiento extraordinario que rompa la ecuación financiera, quedando fuera del ámbito del riesgo imprevisible el desequilibrio como consecuencia de una deficiente fijación de las tarifas en base a previsiones erróneas.

Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña, de 19 de julio de 2017 (núm. 602/2017), en la que los estudios de viabilidad desarrollados por la Administración contratante contenían graves deficiencias de estimación en la ocupación y permanencia de vehículos en el *parking*, descarta que nos encontremos ante un supuesto en el que proceda restablecer el reequilibrio económico de la concesión, tomando como base jurídica la doctrina del riesgo imprevisible puesto que la fluctuación del número de usuarios del aparcamiento no es un riesgo imprevisible para el contratista, que no sólo asumió el estudio de viabilidad de la Administración, sino que presentó un informe económico contemplando un escenario muy superior al inicialmente previsto por la propia Administración.

Algunas cuestiones problemáticas que surgen a la hora de plantear la posible aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible al incremento excepcional de los precios de materias primas, suministros y de otros costes, y que hacen que sea de compleja y difícil aplicación a estos supuestos, pueden ser las siguientes:

- (A) La delimitación de cuando un evento o suceso que afecta a un contrato puede ser calificado de imprevisible es altamente difícil y de compleja apreciación por los órganos de contratación. De este modo, el examen de diversos aspectos, como puede ser la temporalidad de la circunstancia que pueda dar lugar a la revisión de precios, es importante, ya que una situación de incremento extraordinario de precios podría haber sido considerada como un riesgo potencial, en función del momento en que se haya iniciado un procedimiento de licitación.⁷²
- (B) Pueden surgir dificultades a la hora de poder justificar el carácter extraordinario del incremento de precios, si se considera la evolución objetiva de los mismos durante un periodo histórico concreto. De hecho, han sido habituales los pronunciamientos del TS al respecto señalando el carácter cíclico de la economía para negar la procedencia de un reequilibrio económico basado en el riesgo imprevisible.⁷³
- (C) Igualmente, resulta altamente complejo la cuantificación del impacto de los eventos imprevisibles por referencia a los riesgos ordinarios que debe asumir el contratista en la ejecución del contrato.⁷⁴

En definitiva, puede señalarse que la aplicación por parte del TS y del Consejo de Estado de la doctrina del riesgo imprevisible como base jurídica para legitimar un reequilibrio económico, es bastante casuística y, en general, ha sido bastante escasa y se ha desarrollado una interpretación muy restrictiva de este supuesto, lo que hace que no parezca que pueda ser una solución de carácter general para afrontar la subida excepcional y extraordinaria de precios en el ámbito de la contratación administrativa.

6.5 La resolución contractual de mutuo acuerdo

Finalmente, otra posibilidad que surge para el contratista en el caso de no poder afrontar el incremento extraordinario de precios es acudir a la vía de la resolución del contrato.⁷⁵

En este sentido, el art. 211.1.c) de la LCSP establece como causa de resolución del contrato *"el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista"*, precisando el art. 212.4 de la LCSP que *"la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato."*

De nuevo dos son las cuestiones a tener en cuenta para poder articular la resolución del contrato derivada de un alza imprevista de precios.

En primer lugar, que la causa de resolución no sea imputable al contratista, lo que parece que no ofrece problemas de interpretación en las circunstancias actuales de fuerte incremento de precios.

⁷² Así, lo ha precisado el TS en relación con la crisis económica acontecida en el periodo de 2008 a 2014, en su sentencia de 16 de julio de 2019.

⁷³ SSTs de 18 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1807), de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809), de 6 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1805), de 4 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:430), de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531), y de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2807)

⁷⁴ La STS de 9 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1628) ya señaló que *"la doctrina del 'riesgo imprevisible razonable', se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada 'relevancia y significación' en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique"*.

⁷⁵ Esta posibilidad ha sido prevista de forma concreta por el Acuerdo 145/2022, de 23 de junio de Castilla y León, que aprueba las directrices vinculantes para los órganos de contratación de esta Comunidad ante este escenario de incremento extraordinario de precios.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el interés público que puede hacer necesario la continuidad del contrato. La apreciación de si existe o no un interés público nos conduce a una necesidad de interpretación por parte de los órganos de contratación que puede hacer que esa apreciación pueda ser variedad y casuística en función de las prestaciones que se deriven del contrato y su afección más o menos intensa con la protección de un interés público concreto.

A ello se une que la delimitación de la conveniencia o no de continuidad del contrato va a ser una potencial fuente de conflictos entre la Administración y los operadores económicos, puesto que no siempre van a coincidir en lo que deba ser el interés público que deba protegerse y, en consecuencia, pueda articularse la resolución del contrato por mutuo acuerdo entre ambas partes.

Por lo tanto, no parece que esta posibilidad se revele como una posible solución al problema que nos enfrentamos y que pueda ser aplicada de forma general. De hecho, dependerá del tipo de contrato que examinemos para ver la potencial aplicación o no de la resolución contractual como posible remedio a la problemática derivada del alza extraordinaria de precios.

7. CONCLUSIONES

La vigente regulación legal de los riesgos en la ejecución de los contratos públicos reviste un carácter fragmentario e incompleto, como ha quedado puesto de relieve a lo largo del presente estudio, y, además, se revela manifiestamente insuficiente para afrontar el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos públicos derivados de diversos acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como son el constante y progresivo incremento de los precios de determinados productos y materias primas, los diversos conflictos geopolíticos en los que nos encontramos inmersos y que afectan de forma significativa al conjunto de la economía, o los vaivenes de la política arancelaria de terceros países que repercuten de forma significativa en el alza de los precios.

Ante este contexto de fuerte variabilidad y de contingencia en los costes de los contratos públicos, especialmente, en la fase de ejecución de los mismo, nos encontramos con un panorama normativo que no ofrece soluciones claras y precisas a las empresas contratistas de las diversas Administraciones y entidades públicas. Así, junto a las previsiones generales de la LCSP, nos encontramos con regulaciones parciales y específicas normalmente dada por el legislador de urgencia, que afectan sólo a determinados tipos de contratos (como el contrato de obras o el de suministro de trenes en el sector ferroviario) lo que revela un cierto parcheamiento de los problemas que afrontan los operadores económicos en la ejecución de los contratos. Ello hace que, en el ámbito de la legislación de contratos del sector público, adolezcamos de un conjunto de instrumentos jurídicos suficientes que permitan dotar de un grado mínimo de seguridad jurídica, respecto a los costes excepcionales que, ante la aparición de determinadas situaciones imprevisibles, sufren los contratistas de la Administración.

Esta realidad ha generado problemas de distinta naturaleza para los operadores económicos que acuden a licitaciones públicas o que tienen contratos en vigor con las entidades del sector público. Por un lado, la fuerte volatilidad de precios está haciendo que empresas a las que se han adjudicado un contrato público no lleguen a formalizar el mismo debido al incremento de precios que se ha producido desde el momento inicial del procedimiento de licitación. Por otro lado, aquellas empresas que están ejecutando un determinado contrato público se enfrentan a una ruptura del equilibrio económico del mismo y las fórmulas e instrumentos de revisión de precios no resultan satisfactorias para volver a una situación de equilibrio, lo que hace que en numerosas ocasiones se tengan que plantear la resolución del contrato con las importantes consecuencias negativas que ello puede conllevar para la correcta satisfacción de los intereses generales.

Por ello, en primer lugar, resulta importante, a mi juicio, el poder afrontar este tipo de situaciones desde un primer momento, esto es, en el momento en el que se aborda el diseño de los pliegos de los contratos y no sólo en su fase de ejecución. Ante el escaso margen que deja la legislación de contratos públicos para garantizar la viabilidad

económica de los mismos en circunstancias como la que está ocurriendo en la actualidad y con la finalidad última de preservar el interés público evitando las distorsiones que se producen en la ejecución de los contratos del sector público, tanto relacionadas con los niveles de calidad como con la continuidad de los mismos, resulta ineludible la necesidad de establecer medidas en los pliegos de contratación en las que se concrete de forma objetiva qué debe entenderse por alteración extraordinaria e imprevisible en la variación de precios, con una doble finalidad: por un lado, garantizar la prestación del objeto del contrato sin que la alteración significativa e imprevisible de precios pueda afectar su continuidad y, de otro, dar una mayor seguridad jurídica a las empresas que contratan con las diversas entidades que conforman el sector público.

No debe olvidarse que en el ámbito de la contratación pública, estamos hablando de la prestación de importantes servicios a los ciudadanos -construcción de hospitales públicos, recogida de basuras, transporte público, etc.- en los que la participación del sector privado resulta esencial, convirtiéndose en verdaderos colaboradores de las Administraciones Públicas. De este modo, la minoración de riesgos *ex ante*, que no debe entenderse como una quiebra del principio general de riesgo y ventura, ante posibles alteraciones de naturaleza imprevisible de las condiciones económicas de los contratos resulta fundamental, y debe ser posible encontrar fórmulas objetivas que, desde un primer momento, puedan contribuir a paliar o, al menos a mitigar, estas subidas imprevisibles de precios de las materias primas que pueden sobrevenir durante el desarrollo del contrato.

Por lo tanto, resulta del todo necesario plantearse algunas correcciones o modificaciones de la legislación de contratos que, sin alterar el tradicional principio de riesgo y ventura del contratista, afronten con un mayor grado de seguridad jurídica para los operadores económicos esta realidad del fuerte incremento de precios a los que se ven sometidos los contratos públicos. Así, entre otras, podemos enumerar las siguientes:

- 7.1.1 Debería afrontarse una modificación general para todos los tipos contractuales - públicos y privados- que celebren las entidades del sector público para regular con mayor detalle los aspectos relacionados con el reequilibrio económico de los contratos que se puede ver alterado por hechos derivados de situaciones extraordinarias e imprevisibles.
- 7.1.2 De forma concreta deberían abordarse los siguientes puntos:
 - (A) La necesidad de incluir en las cláusulas de los pliegos contractuales fórmulas de revisión de precios que tengan la suficiente flexibilidad para poder adaptarse a situaciones extraordinarias de alza de precios que permitan mantener un adecuado equilibrio del contrato conforme a los principios de buena fe y equidad contractual. En este sentido, los pliegos deberían poder prever las condiciones que deben reunir tales riesgos para poder dar lugar a una indemnización.
 - (B) Debería incluirse el establecimiento formal de la regla de que toda modificación contractual que tenga una significativa trascendencia económica deba dar derecho a la correspondiente indemnización del contratista.
 - (C) La fuerza mayor debería alcanzar de forma expresa a todos los contratos, lo que en la literalidad de la legislación contractual vigente no ocurre.
 - (D) Deberían delimitarse de forma clara y precisa las consecuencias económicas de la fuerza mayor para todos los contratos.
 - (E) Del mismo modo, debería tipificarse como fuerza mayor a nuevos hechos o circunstancias análogos a los ya previstos (COVID-19 o pandemias).
 - (F) Respecto al *factum principis* debería ampliarse a actuaciones de cualquier administración y no sólo respecto a la administración concedente del contrato. En caso de no ser viable esta posibilidad de

lege ferenda, debería ser posible incluir en los pliegos de los contratos lo que hemos denominado *factum principis contractual*, al hilo de la libertad de pactos prevista en el art. 34.1 de la LCSP.

- (G) La LCSP, como hizo el RSCL, debería hacer una referencia expresa al reequilibrio por riesgo imprevisible, no solo porque su consagración explícita (que está al servicio, no se olvide, de la conservación del contrato y de la continuidad del servicio a que sirve) dotaría de una mayor certidumbre y previsibilidad al régimen contractual, sino, también, porque, de ese modo, la Administración o entidad del sector público contratante, que en ocasiones es consciente del problema y quiere resolverlo, no vería en el silencio de la LCSP un obstáculo insalvable a su aplicación desde la perspectiva del principio de legalidad (en su vertiente de vinculación positiva) que debe regir toda su actuación.
- (H) Sería aconsejable que las consecuencias económicas derivadas de riesgos imprevisibles solo generaran derecho a una compensación por parte de la Administración de acuerdo con lo dispuesto en el contrato, lo que hace que sea necesario que en los pliegos se prevean las condiciones que deben reunir los riesgos para poder ser indemnizados.
- (I) En aquellos supuestos de activación de la prórroga forzosa prevista en el art. 29.4 de la LCSP, debería ser posible la revisión de los precios durante ese periodo, especialmente, cuando se produzcan cambios relevantes respecto de estos.

En definitiva, se trata de una serie de propuestas de *lege ferenda* que tienen como propósito fundamental, el establecer un marco normativo en el ámbito de la contratación pública que garantice la seguridad jurídica, tanto de los contratistas como de los órganos de contratación de las Administraciones públicas, de cara poder ofrecer soluciones que aporten una mayor claridad al oscuro panorama de los incrementos extraordinarios de costes que en la fase de ejecución están sufriendo los operadores económicos y que afectan a la prestación de servicios de interés general para el conjunto de la sociedad.

- FIN -

Contacto



Javier Guillén Caramés

Consultor Académico, Herbert Smith Freehills Kramer/
Catedrático de Derecho Administrativo, URJC

T +34 91 423 4084

Javier.Guillen@hsfkramer.com

El contenido de esta publicación es meramente informativo y está actualizado a la fecha que consta en el mismo. No constituye asesoramiento legal y no debe ser considerado como tal, por lo que le rogamos que antes de tomar cualquier decisión basada en el mismo, recabe asesoramiento legal específico adaptado a sus circunstancias particulares.

Herbert Smith Freehills Kramer LLP y sus firmas asociadas, Herbert Smith Freehills Kramer (US) LLP y sus afiliadas, así como Herbert Smith Freehills Kramer, una "partnership" australiana, son firmas independientes que forman parte del despacho de abogados internacional Herbert Smith Freehills Kramer. Herbert Smith Freehills Kramer se formó mediante la combinación de Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP y Herbert Smith Freehills. Este contenido puede incluir material y asuntos realizados por una o más de las firmas anteriores a la combinación.

© Herbert Smith Freehills Kramer Spain LLP 2026

For a full list of our global offices visit [HSFKRAMER.COM](https://www.hsfkramer.com)
