

GRADO EN DERECHO

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria: Julio

EL *FACTUM PRINCIPIS* COMO TÉCNICA DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL
CONTRATO ADMINISTRATIVO

The *factum principis* as a technique of economic equilibrium of the administrative
contract

Realizado por la alumna Dña. María Matute Botella

Tutorizado por el Profesor D. Francisco Lorenzo Hernández González

Departamento: Derecho Administrativo

Área de conocimiento: Contratación Administrativa



RESUMEN

El *factum principis* es una técnica de equilibrio económico del contrato que, como manifestación del principio del equivalente económico, constituye una garantía del contratista que funciona cuando se rompe de forma sustancial la ecuación financiera del contrato por actuaciones de la Administración Pública que inciden indirectamente sobre la relación contractual provocando el desequilibrio de las prestaciones. Se trata de una figura que parece encontrarse en una crisis permanente y cuya cercanía a otras técnicas de equilibrio ha permitido cuestionar abiertamente su autonomía. No sin dificultades, el *factum principis* se ha consolidado en la contratación administrativa, aun cuando su reconocimiento excepcional en la práctica es un signo que lo caracteriza. La Ley de Contratos del Sector Público actual lo configura como un producto jurídico vivo, que le da la oportunidad de adaptarse a la realidad y fortalecer sus elementos, pero no sin riesgos, puesto que su configuración ha experimentado tantas limitaciones en comparación con legislaciones anteriores que puede significar el punto de partida para su desaparición definitiva.

ABSTRACT

The *factum principis* is a technique of economic equilibrium of the contract. It is a manifestation of the principle of economic equivalent, constitutes a guarantee of the contractor that works when the financial equation of the contract breaks substantially due to actions of the Public Administration. is a figure that seems to be in a permanent crisis and whose proximity to other equilibrium techniques has allowed to openly question their autonomy. The *factum principis* has been consolidated in the administrative contracting, even though its exceptional recognition in practice characterizes it. The Law of Contracts of the Public Sector configures it as a living legal product, which gives it the perfect opportunity to adapt to reality and strengthen its elements. But not without risks, because the current configuration add many limitations that this may mean the starting for its definitive disappearance.



INDICE

ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCION.....	5
CAPÍTULO PRIMERO. LA COEXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL EMPRESARIO Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.....	7
I. El principio de riesgo y ventura del empresario.....	7
1.1 Evolución histórica y concepto	7
1.2 Riesgos excluidos	10
1.3 Las técnicas de equilibrio económico	12
II. El principio del equivalente económico como límite del “riesgo y ventura”	
2.1 Evolución histórica	13
2.2 Las técnicas de equilibrio económico	16
CAPÍTULO SEGUNDO. EL EQUIVALENTE ECONÓMICO A TRAVÉS DE TÉCNICAS DISTINTAS DEL FACTUM PRINCIPIS	19
I. Ius variandi.....	19
1.1 Concepto y fundamento	19
1.2 Régimen jurídico	20
II. Riesgo imprevisible	25
2.1 Concepto y fundamento	25
2.2 Régimen jurídico	28
2.3 Compensación	29



III. Fuerza mayor	31
3.1 Concepto y fundamento	31
3.2 Régimen jurídico	31
CAPÍTULO TERCERO. ESTUDIO ESPECIAL DEL <i>FACTUM PRINCIPIS</i>	34
I. Origen y evolución normativa	34
1.1 Origen histórico	34
1.2 Evolución normativa	35
II. Conceptos y presupuestos	36
III. Fundamento	38
IV. Alcance del <i>factum principis</i>	40
V. Compensación	45
5.1 Sistema de compensación	45
5.2 Formas de compensación	47
CONCLUSIÓN	50
BIBLIOGRAFÍA	52



ABREVIATURAS

RCCL: Decreto de 9 de enero de 1953 por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

RSCL: Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

RGCE: Decreto 3410/1975, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.

LCE: Decreto 963/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

LCSP 2007: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

LCCOP: Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

TRLCSP 2011: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

LCSP 2017: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.



INTRODUCCION

A través de este trabajo se pretende aportar una visión lo más completa posible del *factum principis* con la intención de demostrar, si no su uso habitual en la práctica, al menos su autonomía frente al resto de técnicas de equilibrio económico. Esta inquietud cobra relevancia en la actualidad con la última reforma de la Ley de Contratos del Sector Público que, aunque contempla esta figura de forma más restrictiva que en legislaciones anteriores, parece demostrar una voluntad delimitadora del legislador hasta ahora desconocida.

El *factum principis* se ha caracterizado desde sus orígenes por la excepcionalidad, no solo por su consideración como técnica de equilibrio económico del contrato, sino por la dificultad que ha supuesto la determinación autónoma de sus elementos definitorios. Tal ha sido la incertidumbre sobre la propia existencia del *factum principis* que, aun teniendo presencia en los textos normativos, en la práctica ha quedado subsumida en otras técnicas de equilibrio económico con un mejor desarrollo técnico-jurídico.

La conflictividad que impregna el *factum principis* desde su nacimiento y su supervivencia hasta la actualidad son los motivos por los que he elegido este tema, en un intento de esclarecer sus elementos y apoyar su posición en la contratación administrativa.

Este trabajo está compuesto por tres capítulos, el primero de ellos está dedicado al estudio de la relación de los principios de riesgo y ventura del empresario y el equivalente económico en la contratación administrativa. La excepcionalidad de las técnicas es consecuencia de su fundamento, que no es otro que el principio del equivalente económico, sin embargo, este principio necesita contemplarse de forma conjunta con el principio de riesgo y ventura porque entre ellos existe una relación de tensión y alternatividad que hace que se contrapesen mutuamente.

De esta manera, examinaremos la evolución y concepto del principio de riesgo y ventura, con la intención de determinar qué riesgos quedan excluidos de su campo de



actuación y con ello, cuáles podrán ser cubiertos por el principio del equivalente económico. Posteriormente, estudiaremos el concepto y orígenes del segundo de estos principios, concluyendo con la evolución normativa de las técnicas de equilibrio económico que, a su vez, es la antesala para el estudio pormenorizado de cada una de ellas.

El Capítulo segundo está dedicado al estudio individual de las técnicas de equilibrio económico distintas del *factum principis*. La primera técnica objeto de estudio es el *ius variandi*, la segunda el riesgo imprevisible y finalmente, la fuerza mayor. En las tres estudiaremos su concepto, fundamento y régimen jurídico. Esto es necesario porque para entender la incertidumbre que hasta ahora ha existido con el *factum principis* tenemos que observar el resto de figuras y más concretamente, el espacio que hay entre una y otra. En ese limbo aparece el *factum principis* compartiendo características con cada una de las técnicas, lo que ha fomentado las dudas sobre su autonomía.

En el Capítulo tercero se presenta un estudio especial del *factum principis* examinándolo desde sus orígenes, con la exposición de su concepto, presupuestos y fundamento. También nos centraremos en algunos aspectos controvertidos que han sido debatidos a lo largo del tiempo, como la operatividad del *factum principis* cuando las actuaciones emanan de una Administración distinta de la contratante y que han contribuido a delimitar el alcance del *factum principis* y cuyo reflejo se puede ver en la LCSP actual. Se pone fin a este Capítulo abordando la que es, sin duda, la cuestión más problemática a la que se enfrenta esta técnica de equilibrio económico: la compensación. El pleno restablecimiento de la ecuación financiera del contrato se manifestará compensando adecuadamente al contratista, por ello la claridad sobre el método es fundamental. Sin embargo, la tradicional incertidumbre del *factum principis*, unida a la existencia de determinadas características que permitirían la aplicación de las dos alternativas de compensación y la falta de desarrollo técnico-jurídico han contribuido a su reconocimiento excepcional, por no decir prácticamente inexistente.



CAPITULO PRIMERO. LA COEXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL EMPRESARIO Y DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

I. El principio de riesgo y ventura del empresario

1.1 Evolución histórica y concepto

El principio de riesgo y ventura encuentra su origen y fundamento en la consideración del contrato de obra pública como un contrato a tanto alzado al modo civil, cuya ejecución se realiza por una cantidad inicialmente pactada que resulta inalterable y en el que la Administración Pública se desentiende del desarrollo de la obra hasta que esta es entregada por el contratista.

Las primeras manifestaciones de este principio la encontramos en el ámbito local, siendo especialmente significativo el RCCL 1953 que contempla el principio de riesgo y ventura en el artículo 57¹:

«Los contratos en que intervengan las Corporaciones locales se entenderán siempre convenidos a riesgo y ventura para el contratista, sin que pueda solicitar alteración del precio o indemnización, excepto por alguna de las siguientes causas: a) incendios originados por electricidad atmosférica...»

En cambio, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales el principio brilla por su ausencia.

A nivel estatal, se incorporó posteriormente y tan solo en lo que respecta a la ejecución del contrato de obra, tal y como se observa en el artículo 46 de la LCE que reitera la redacción del artículo 57 del RCCL y el artículo 132 RGCE. A partir de la Ley 13/1995

¹ Las reglas contenidas en el RCCL tan solo hacen referencia a los contratos de obras y servicios públicos, siendo de aplicación esta regla del artículo 57 a ambos: «Artículo 3º. 1. Podrán ser contratistas para la ejecución de obra y servicios públicos...»



de Contratos de las Administraciones Públicas empieza a recogerse en las disposiciones generales (art. 99):

«La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144²»

Con posterioridad aparece la LCSP 2007 y el TRLCSP 2011 incluyéndolo tanto en las disposiciones generales, como de forma específica para la concesión de obra pública y el contrato de gestión de servicios públicos³. La LCSP 2017 contempla el principio en el artículo 197, es decir, en el Título I sobre Disposiciones generales y a su vez, en el artículo 254 para la concesión de obra pública. En el caso de la concesión de servicios no encontramos un precepto que recoja expresamente el principio, sin embargo, operará con normalidad no solo por ser de aplicación a todos los contratos administrativos, sino por no excluirse expresamente su aplicación en el artículo 286.

El principio de riesgo y ventura no es una manifestación de la posición privilegiada de la Administración, sino que, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, se inspira en el principio de inmutabilidad del *contractus lex* que refleja el deber del empresario de entregar un “*resultado logrado*”, sin el que no surgirá el correlativo deber de entregar el precio pactado⁴. Por tanto, hasta que el empresario no cumpla su obligación la Administración no tendrá por qué llevar a cabo la suya.

El Consejo de Estado cuenta con una doctrina fuertemente asentada en esta materia, entendiendo que *«comporta que el adjudicatario se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de su labor pública o de*

² Artículo 144. *«En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido»*

³La Disposición Transitoria 34 de la Ley 9/2019 identifica los contratos de gestión de servicios como concesiones de servicios en la nueva legislación.

⁴ARIÑO ORTIZ, G. (dir.), *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968. Pág. 123.



*interés público que tiene encomendada. La Administración permanece, pues, ajena a la suerte o desventura del contratista»*⁵. Esto conlleva que, de la misma manera que el contratista no puede reclamar a la Administración una indemnización por los perjuicios que se desarrollen en el marco de este principio, la Administración no podrá exigirle al contratista que devuelva los beneficios extra que obtuvo de forma imprevista.

La jurisprudencia también ha contribuido a perfilar este principio definiendo el “*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; siendo un principio general en la contratación administrativa que el contratista asuma el riesgo de las contingencias que se contemplan en la Ley de Contratos del Estado⁶.

En definitiva, la actividad necesaria para alcanzar el resultado prometido se abstrae del marco contractual colocando los riesgos que la amenazan lejos de poder modificar el contrato e impidiendo al empresario reclamar una compensación por las consecuencias económicas negativas que haya sufrido, es decir, la onerosidad efectiva que sufra el contratista es exclusivamente de su cuenta⁷.

El límite del “riesgo y ventura” es el mantenimiento de la ecuación económico-financiera que se pacta en el momento en el que nace la relación contractual, de tal manera que, aunque sea posible modificar las prestaciones, si estas se ven desequilibradas se tiene que restablecer el equilibrio original a través del pago de una compensación. En este sentido cabe destacar la doctrina del Consejo de Estado planteada en diversos

⁵ Dictámenes del Consejo de Estado 3205/2003, del 20 de noviembre; 635/2005 de 5 de mayo; 93/2019, de 28 de febrero; 92/2019, de 20 de febrero; 93/2019, de 28 de febrero, entre otras.

⁶ STS 15 de marzo del 2005 (RJ\2005\3194) que menciona las SSTS 14 de mayo y 22 de noviembre del 2001.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo» en *RAP*, nº. 2, 1950. Pág. 88.



Dictámenes⁸ que reconoce el principio de equivalente económico como límite natural del principio de riesgo y ventura.

1.2 Riesgos excluidos

El principio de riesgo y ventura es la regla general, esto significa que, aunque el empresario se vea envuelto en circunstancias que le coloquen en una posición más o menos perjudicial, la Administración no deberá acudir en su auxilio. Sin embargo, no posee carácter absoluto, pudiendo ceder en aquellos casos en los que la prestación se vuelve extraordinariamente onerosa por causas ajenas a la conducta del contratista y desequilibre la ecuación económico-financiera del contrato.

El profesor ARIÑO ORTIZ identificó en 1968, tres grandes grupos de riesgos: el llamado “*aleas administrativo*”, que engloba todas las actuaciones que realiza la Administración y que afectan al contrato bien de forma directa como manifestación de la potestad de modificación unilateral (*ius variandi* o *potestas variandi*), o bien de manera indirecta a través de disposiciones de carácter general que se posicionan en un plano superior y de obligado cumplimiento (*factum principis*).

El segundo grupo de riesgos incluye el “*aleas empresarial*” que engloba todos los riesgos inherentes al negocio del contratista, los cuales cobran especial relevancia por la magnitud de la prestación al tratarse de grandes obras, servicios o suministros de carácter público. Los ejemplos que se ubican en este grupo son, principalmente, los errores de cálculo, daños o destrucción de obras o dificultades que encarezcan la ejecución del proyecto, en definitiva, error de cálculo, mala gestión o falta de previsión del contratista en el desarrollo de su obligación.

Finalmente, cabe mencionar el “*aleas económico o coyuntural*” que hace referencia a los riesgos comerciales externos que provienen de alteraciones en las condiciones

⁸ Dictámenes del Consejo de Estado 3205/2003, del 20 de noviembre; 635/2005 de 5 de mayo; 93/2019, de 28 de febrero; 92/2019, de 20 de febrero, entre otras.



económicas y se encuentran por encima del plano contractual, siendo imprevisibles para el contratista. Con respecto a este grupo se desarrolló la teoría de la imprevisión y la legislación de revisión de precios y se caracteriza, entre otras cosas, porque la ejecución se hace más onerosa exclusivamente para el contratista. Son ejemplos de este supuesto la subida de los precios o de los salarios⁹.

Desde una perspectiva más actual el profesor ESTEVE PARDO¹⁰ destaca dos fuentes de incidencias que conllevan la mutación del contrato:

- a) Circunstancias materiales o de hecho que son externos al contrato y cuya reacción dependerá del grado de imprevisibilidad de las circunstancias (riesgo imprevisible y fuerza mayor), es decir, el “*aleas económico o coyuntural*” que comentábamos anteriormente.
- b) Actuaciones de la Administración, las cuales pueden ser manifestación de la potestad de modificación unilateral del contrato (*ius variandi*), o bien consecuencia de una posición ajena a este (*factum principis*). Este sería el riesgo que el profesor Ariño identifica como “*aleas administrativo*”.

En conclusión, los riesgos que quedarán excluidos serán aquellos en los que sean de aplicación las técnicas de reequilibrio económico del contrato, es decir, el *ius variandi*, el *factum principis*, el riesgo imprevisible y la fuerza mayor. Esto supone que tan solo el “*aleas empresarial*” o riesgos ordinarios e inherentes al negocio, incluyendo el caso fortuito, son de cuenta del contratista y se contemplan en el porcentaje de imprevistos del presupuesto de la contrata¹¹. La inclusión de los riesgos ordinarios dentro del principio de riesgo y ventura supone para el empresario la asunción completa de los mismos, sin posibilidad de compartir o suplir la mayor onerosidad sufrida con la reclamación de una compensación a la Administración.

⁹ARIÑO ORTIZ, G. (dir.), *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 7 y 8

¹⁰ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid. 2018. Págs. 334-336.

¹¹ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 162-164.



1.3 El principio de riesgo y ventura y “riesgo operacional”

La LCSP 2017 contempla en los artículos 14 y 15 los contratos de concesión de obras y servicios sobre los que opera con normalidad el principio de riesgo y ventura, pero con la particularidad de que, además de coexistir con el principio del equivalente económico del que hablaremos después, se añade el “riesgo operacional” o “riesgo de explotación”. Estos artículos exigen que el derecho de explotación de obras inherente a la concesión suponga la transmisión al concesionario de un riesgo operacional que incluirá el riesgo de demanda, el de suministro o ambos. A su vez, se entiende que el concesionario asume este riesgo cuando no quede garantizada la recuperación de las inversiones que realice para mantener la explotación en condiciones normales de funcionamiento. Como dice la ley, que transpone las Directivas 2014/23/UE¹² y 2014/24/UE, la transferencia de riesgos supone la exposición del concesionario a las incertidumbres del mercado pudiendo sufrir pérdidas significativas¹³.

Inicialmente, el principio de riesgo y ventura y el riesgo operacional fueron considerados una misma cosa, pero rápidamente se los reconoce como conceptos autónomos¹⁴ afirmándose que la ejecución del contrato a riesgo y ventura es insuficiente para entender que estamos ante una concesión de servicios públicos porque no se ha producido la asunción del riesgo operacional, siendo difícil deslumbrar los límites entre ambos en la práctica.

El riesgo y ventura, como principio general de la contratación, incluye la mala gestión, el error de cálculo y la falta de previsión del contratista, además, permite incorporar cláusulas que disminuyan el riesgo y asegure el retorno de las inversiones; en cambio, el

¹² El Considerando 18 es el que alude al riesgo operacional en la concesión de servicios.

¹³ La resolución núm. 221/2015, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid y STS 123/2014. Reitera lo previsto en el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE.

¹⁴ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2018. Págs. 206 y 207. Menciona el Informe de la JCCA Estado núm. 04/08 de 28 de julio de 2008 y el Informe JCCA Estado número 65/08, de 31 de marzo de 2009.



riesgo operacional abarcará los riesgos ajenos a la gestión (es decir, riesgos no cubiertos por el principio de riesgo y ventura) y no permite recuperar las inversiones.

No obstante, estas figuras coinciden en el hecho de que para su existencia necesitan desarrollarse en condiciones normales de funcionamiento, sin llegar a cubrir los casos de fuerza mayor, riesgo imprevisible y *factum principis*. Esto conlleva la admisión del principio del equivalente económico sin que se le pueda trasladar al concesionario riesgos que no estén vinculados al mercado¹⁵.

II. El principio del equivalente económico como límite del “riesgo y ventura”

2.1 Evolución histórica y concepto

Aparece por primera vez en el *arrêt Cie General Française des Tramways* de L. Blum de 1910, en el que una decisión del Estado francés (Prefecto de Bouches-du-Rhône) realizando un cambio de horario en contra del contenido del pliego de condiciones del contrato obligó a la Compañía General Francesa de Tranvías a aumentar el número de tranvías que cubrían el servicio. El Comisario del Gobierno Léon Blum elevó el caso al Consejo de Estado francés partiendo del reconocimiento de la mutabilidad de las necesidades de servicio público y mostrándose a favor de la posición del Estado por imponer una prestación mayor a la prevista por razones de interés público. Léon Blum se amparó en el Reglamento de ferrocarriles y en la doctrina de la Sección de Obras Públicas del Consejo de Estado para justificar la facultad de intervención en las tarifas de los trenes y el número de viajes por parte del Estado, siendo insuficiente la previsión hecha en los pliegos para entender que se había renunciado a ese poder. De esta forma, se reconoció el derecho del Estado no solo a aprobar el horario de los trenes, sino a realizar las modificaciones que fueran necesarias para garantizar el interés público general y el funcionamiento normal del servicio. Ahora bien, el reconocimiento de esta potestad de la Administración no implica dejar desprotegido al concesionario, sino que se debe

¹⁵ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., págs. 256 y 257.



compensar el aumento de los costes para restablecer el equilibrio financiero originariamente pactado por las partes¹⁶.

Aunque el *arrêt* anterior hace referencia exclusivamente a las concesiones de servicio, el Consejo de Estado francés extendió posteriormente su aplicación al resto de contratos administrativos. Como señala el VILLAR PALASÍ, se trata de una garantía para el contratista frente a los poderes desorbitados de la Administración que posibilita la igualdad entre las ventajas prometidas y las cargas impuestas, permitiendo la *equivalencia honesta* entre el beneficio del concesionario y sus responsabilidades, es una manifestación de justicia y equidad¹⁷.

El principio se fundamenta en el desequilibrio que implica la privilegiada posición de la Administración respecto al empresario, pudiendo esta incumplir el contrato sin que operen las consecuencias que recoge el artículo 1124 del Código Civil para las obligaciones sinalagmáticas. En este momento, donde se aprecia la desventaja del empresario, aparece el principio del equivalente económico para imponer una obligación a la Administración tendente a reequilibrar la ecuación financiera del contrato cuando se rompa su economía.

Según explica ARIÑO ORTIZ, la indemnización tiene carácter compensatorio por lo que no debemos aplicar las reglas de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 1101 y siguientes del CC, sino las reglas específicas de la legislación administrativa porque, no está incumpliendo con sus obligaciones como tal, sino que está cumpliendo con «*una cláusula implícita en todo contrato: la de que la Administración no puede ser obligada al facere y puede, en todo caso, cumplir por equivalente, sin que su cumplimiento en esta forma constituya un acto ilícito*»¹⁸.

¹⁶ DEVOLVÉ, P., LONG, M (coord.) *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, BOE, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid. 2015. Págs. 174 – 185.

¹⁷ VILLAR PALASÍ, J.L., *Apuntes de Derecho Administrativo*. II. Parte General, Marcial Pons, Madrid. 1977 y Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1986 FJ Cuarto.

¹⁸ ARIÑO ORTIZ, G., (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pág. 242 – 244.



La doctrina del Consejo de Estado sigue la línea del Tribunal Supremo, reconociendo que, aunque el criterio general es la obligatoriedad de los pactos, este cederá cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso y altere los presupuestos de negocio o sus condiciones. Esta onerosidad aparece cuando alguna de las partes causa un encarecimiento de lo pactado y desequilibra la ecuación financiera del contrato, provocando un perjuicio o enriquecimiento injusto a la otra parte, siendo imposible compensarlo a través de los mecanismos regulares, lo que desemboca en la frustración completa de los presupuestos contractuales¹⁹. Esta onerosidad sobrevinida debe ser imprevisible o injustificable, además de trastocar por completo la relación contractual y romper el equilibrio existente entre las prestaciones²⁰.

En la práctica, la jurisprudencia realza el carácter excepcional del principio del equivalente económico, esto significa que la Administración no siempre tendrá el deber de compensar económicamente al empresario por las circunstancias que ocasionalmente aparezcan y le impidan alcanzar sus objetivos económicos previstos. La admisión de esta posibilidad supondría convertir a la Administración en un “seguro gratuito” que garantice al concesionario todos los riesgos eventuales de la empresa trasladándolos a la Administración, desvirtuando con ello los límites naturales de la institución²¹.

En lo que respecta a las técnicas de equilibrio económico, la doctrina del Tribunal Supremo muestra una interpretación amplia que incluye no solo el *ius variandi* y la doctrina de la imprevisión, sino también *factum principis* o “hecho del príncipe”, de tal manera que cuando no haya previsión expresa en la documentación contractual, estas serán las únicas causas que permitirán reequilibrar económicamente el contrato²². Estas

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 14 de marzo. Fundamento jurídico 9 y Memoria del Consejo de Estado (2014-2015). Pág. 313

²⁰ ALBENDEA SOLIS, I., y LEON GONZALEZ, A., El reequilibrio económico de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGOS CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia. 2018. Pág. 2268.

²¹ Un análisis detallado de la jurisprudencia en HERNANDEZ GONZALEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., pág. 126.

²² HERNANDEZ GONZALEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., págs. 130 y 131.



técnicas pueden clasificarse según el origen de la mayor onerosidad, pudiendo imputarse a la Administración, como ocurre con el *ius variandi* o *factum principis*, o bien a circunstancias ajenas a la Administración, como el riesgo imprevisible o la fuerza mayor.

2.2 Las técnicas de equilibrio económico

La primera de las normas que saca a relucir el principio es el RCCL 1953, aunque en su artículo 51 comienza declarando el contrato inalterable desde su perfección y solo admite la modificación si se celebra una nueva licitación, el artículo 54 reconoce lo contrario cuando existan causas imprevisibles e inevitables (riesgo imprevisible) o bien, cuando razones de interés público motiven el cambio (*ius variandi*). A su vez, el artículo 57 reconoce el principio de riesgo y ventura, siendo obligatorio salvo en casos de fuerza mayor, esto es: incendios originados por electricidad, daños producidos por terremotos, daños derivados de movimientos de terreno, destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra o por sediciones populares o robos tumultuosos y por aumentos superiores al 10% del precio de los materiales o jornales.

Aunque desde 1953 ya podemos vislumbrar el riesgo imprevisible, el *ius variandi* y la fuerza mayor, la única de las causas que en este momento contempla expresamente la compensación es la fuerza mayor²³. Conviene destacar que, con anterioridad al RCCL, ya se había aludido al riesgo imprevisible en el famoso *arrêt Gaz de Bordeaux* del 30 de marzo de 1916 del Consejo de Estado Francés.

El RSCL 1955 contempla el *ius variandi* (126.2 b y 127.2. 2º a) y el riesgo imprevisible (127.2. 2º b y 128.1.1) para las concesiones. Al contrario que en el texto normativo anterior, aquí sí se reconoce el derecho a reclamar una compensación como consecuencia de las dos circunstancias mencionadas. Para algunos autores este texto

²³ Artículo 54 RCCL «Por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, podrán las corporaciones modificar las prestaciones de obra o servicio contratadas, previo informe de los Organismos técnicos de las mismas y de la Comisión provincial de Servicios técnicos, siempre que no altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte...». En este caso no se exige compensar al contratista, al contrario que en el caso de fuerza mayor.



normativo supone el primer paso en la configuración del principio del equivalente económico, probablemente por la exigencia de compensación de forma expresa²⁴.

La LCE 1965 prevé el *ius variandi* y la fuerza mayor. El *ius variandi* siempre ha contado con un reconocimiento amplio en nuestro derecho, aunque eso no quiere decir que la práctica realizada por las Administraciones Públicas haya sido correcta en todo momento, en muchos casos han recurrido a esta técnica en perjuicio de la libre competencia²⁵. El artículo 48 permite modificar los elementos del contrato dentro de los límites de la Ley y el Reglamento, a esto debemos sumar las previsiones del artículo 74.2 (contrato de gestión de servicios públicos) que faculta a la Administración para modificar por razones de interés público las características del servicio y las tarifas, debiendo compensar al empresario cuando estos cambios repercutan en el régimen financiero del contrato. Con respecto a la fuerza mayor, va a permanecer prácticamente inalterada a lo largo del tiempo, lo único que experimenta variaciones es el carácter cerrado de la lista de supuestos (46.6).

En la LCAP 1995 tan solo se contempla expresamente el *ius variandi* y la fuerza mayor, sin embargo, hay autores que comienzan a apreciar el *factum principis* en la causa de resolución del artículo 168 d) «*La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato*»²⁶. Esta valoración se complementa con el artículo 170.4 que prevé que, para determinados casos, entre los que se encuentra el 168 d), la Administración indemnizará

²⁴ ALBENDEA SOLIS, I., y LEON GONZALEZ, A., El reequilibrio económico de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGOS CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., pág. 2284-2289.

²⁵ ALBENDEA SOLIS, I., y LEON GONZALEZ, A., El reequilibrio económico de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGOS CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., pág. 2292.

²⁶ ALBENDEA SOLIS, I., y LEON GONZALEZ, A., El reequilibrio económico de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGOS CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., pág. 2297 y GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª ed., Civitas, Madrid. 2008. Pág. 754.



al contratista los daños y perjuicios causados incluyendo los beneficios futuros dejados de obtener.

La LCCOP del año 2003 es la primera norma en la que el legislador incorpora un precepto que hace referencia al mantenimiento del equilibrio económico en la concesión de obra pública y que, además, recoge de forma separada el *ius variandi* (art. 248 a) del *factum principis* (art. 248 b). Este precepto supone la primera manifestación legislativa del *factum principis*, tendencia que se va a reproducir en la LCSP 2007 (arts. 241.2 b) y 258.4 b) y el TRLCSP del 2011 (arts. 258.2 b y 282.4 b). Además, estas normas recogen expresamente el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión (228 b) LCSP 2007 y 245 b) TRLCP 2011) y la modificación del contrato como una prerrogativa de la Administración (art. 194 LCSP 2007 y 210 TRLCSP 2011).

Finalmente, la LCSP 2017 culmina con la regulación de todas las técnicas. Cabe insistir en las tres siguientes, dejando a un lado la fuerza mayor por su invariabilidad:

- a) *Ius variandi*: hay autores que consideran que se ha visto limitado considerablemente como consecuencia de las Directivas europeas, pero se plantea de forma más flexible que en el TRLCSP 2011²⁷.
- b) *Factum principis*: en el artículo 270.2 b) se reconoce esta figura, siendo la segunda vez que el legislador la contempla en un texto normativo. Posteriormente comprobaremos que esta regulación resulta más restrictiva no solo en comparación con la Ley del 2003, sino con la configuración tradicional que la doctrina y la jurisprudencia había hecho sobre esta técnica.
- c) Riesgo imprevisible: esta es la primera ley que se positiviza la teoría del riesgo imprevisible en una norma estatal (art. 205.2 b)²⁸.

²⁷ MANENT ALONSO, L., Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios. En MESTRE DELGADO, J. F., MANENT ALONSO, L., (dirs.) *La Ley de Contratos del Sector Público Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo blanch, Valencia. 2018. Pág. 175

²⁸ MANENT ALONSO, L., Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios. En MESTRE DELGADO, J. F., MANENT ALONSO, L., (dirs.)... *La Ley de Contratos del Sector*



CAPÍTULO SEGUNDO. EL EQUIVALENTE ECONÓMICO A TRAVÉS DE TÉCNICAS DISTINTAS DEL FACTUM PRINCIPIS

I. Ius variandi

1.1 Concepto y fundamento

El *ius variandi* consiste en el ejercicio de una potestad que permite a la Administración, por razones de interés público y con los límites contemplados en la ley, alterar el objeto del contrato durante su ejecución. Además, supone una excepción al principio de inmutabilidad del contrato y debe estar desprovisto de arbitrariedad, por eso el *ius variandi* es desarrollado por el legislador de forma restrictiva. La incidencia del derecho comunitario en este materia ha sido relevante porque ha desviado la atención de la consideración de esta figura como prerrogativa exorbitante para reducir su ámbito de actuación con unos límites más precisos, sobre todo para separarlo de las modificaciones que requerirían una nueva adjudicación²⁹.

Tradicionalmente, se ha caracterizado por ser una facultad exorbitante de la Administración que le permite modificar el contrato de forma unilateral. Según GARCÍA DE ENTERRÍA «*este poder administrativo de alterar los contratos, cuando no cabe por sí mismo... como un poder contractual estricto, aparece con toda claridad como manifestación o incidencia en el cuadro del contrato, o bien del genérico poder de sacrificio de situaciones patrimoniales de que la Administración es titular, de la potestad expropiatoria...o bien como como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa*». Es decir, el *ius variandi* es para este autor una manifestación de la potestad expropiatoria

Público...,ob. cit., Págs. 176-178: al igual que con el *factum principis*, el legislador se separa de la línea que hasta ahora había definido la jurisprudencia.

²⁹ HORGUÉ BAENA, C. Modificación de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*,ob. cit., págs. 2231-2237.



general de la Administración que exige una compensación justa que se liquidará en el ámbito contractual.³⁰

ARIÑO ORTIZ engloba en el *ius variandi* todas aquellas modificaciones internas al objeto de la prestación que se originan por actos dirigidos a esa relación, lo que encuentra su fundamento en la potestad de policía y control de obras y servicios públicos. Esto repercutirá en la forma de compensación que inevitablemente será de carácter integral porque se construye sobre el principio contractual del cumplimiento por equivalente³¹.

1.2 Régimen jurídico

En el ámbito local ha sido ampliamente reconocido en el artículo 127.2.2º a) RSCL al referirse a modificaciones en el servicio causadas por las Corporación Local como guardiana del interés público y que desequilibran las prestaciones:

«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»

Además, el artículo 126.2 b) contempla como contrapartida el deber de compensar estas alteraciones cubriendo no solo el daño emergente sino también el lucro cesante.

La LCSP actual regula exhaustivamente la potestad de la Administración para modificar unilateralmente los contratos administrativos durante su vigencia, recogiendo en los artículos 242 para el contrato de obras, 290 para la concesión de servicios y 261.1 b) y 262 para la concesión de obras. El artículo 261.1 b) recoge como prerrogativa del órgano de contratación la siguiente facultad:

³⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R... *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., págs. 699, 700 y 755

³¹ ARIÑO ORTIZ, G., (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pág. 263 y 264



«Modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en esta ley»³²

No obstante, LCSP 2017 que transpone la Directiva 2014/24 incorpora un concepto amplio de modificación que engloba, entre otras cosas, no solo el *ius variandi* sino también el riesgo imprevisible³³. Además, cabe tener en cuenta que el contenido del artículo 72 de la Directiva (modificación de los contratos) ha sido prácticamente reproducido en la nueva ley sin conciliarlo con los parámetros que tradicionalmente había fijado el legislador español en esta materia, por lo que se produce un cambio significativo en la regulación. Se distinguen dos tipos de modificaciones³⁴:

- a) Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas (art. 204)
- b) Modificaciones excepcionales no previstas en el pliego de cláusulas administrativas (art. 205)

La primera de ellas permite la modificación hasta un máximo del 20% del precio inicial, siempre que así se hubiera contemplado en los pliegos de forma clara, precisa e inequívoca. Además, no podrán incorporar cláusulas que alteren la naturaleza global del contrato inicial, lo que la propia ley identifica con la sustitución de las obras, los suministros o los servicios por otros distintos o con la modificación del tipo de contrato.

El artículo 205 hace referencia a aquellas modificaciones que no se encuentran previstas en el pliego y que, a su vez, deben cumplir dos requisitos:

³²Lo que se complementa con el artículo 262.1: *«El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en esta Ley, la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias»*

³³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., (dir.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016. Pág. 215 y 216.

³⁴ Artículo 203.2: *«En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso, previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública...»*



Primero. Poder englobarse en cualquiera de los supuestos del artículo 205.2, esto es: a) adición de obras, suministros o servicios adicionales; b) circunstancias sobrevenidas e imprevisibles; c) y modificaciones no sustanciales.

Segundo. Que la modificación tan solo introduzca las variaciones estrictamente indispensables para el cumplimiento de la causa objetiva que las justifica.

De las opciones que contempla el artículo 205.2 la única que permite reflejar claramente la figura del *ius variandi* es la que hace referencia a las modificaciones no sustanciales (letra c). La adición de obras, suministros o servicios adicionales es definida en el Considerando 108 de la Directiva 2014/24/UE como una modificación que se realiza al margen de un nuevo procedimiento de contratación y constituye una sustitución parcial, ampliación de servicios, de suministros o de instalaciones existentes³⁵.

En este caso hay que tener en cuenta dos requisitos:

- a) Que no se pudiera cambiar el contratista por razones económicas o técnicas y que, a su vez, el cambio de contratista generara inconvenientes o aumento sustancial de los costes. (art. 205.2 a) 1º).
- b) Que la alteración en la cuantía, aislada o conjuntamente, no suponga un exceso del 50% del precio inicial. (art. 205.2 a) 2º).

El segundo de ellos hace referencia al riesgo imprevisible (art. 205.2 b), que también se considera una técnica de restablecimiento del equilibrio económico y se comentará posteriormente.

En cuanto a los límites del *ius variandi*, tradicionalmente la Administración podía modificar de forma ilimitada los contratos administrativos por motivos de interés general

³⁵ El art. 174 TRLCSP exigía para la incorporación de prestaciones complementarios la tramitación del procedimiento negociado. En la LCSP 2017 no se prevé nada sobre las prestaciones complementarias, ni sobre el procedimiento negociado, lo que hace que cualquier prestación complementaria (con las características que preveía la ley anterior) tenga que sustanciarse a través de la modificación adicional del art. 205. 2 a).



para velar por la viabilidad de los servicios públicos, adaptándolos a las circunstancias que la realidad impusiera, sin que la existencia de un contrato en vigor pudiera obstaculizar esta misión. Ahora bien, esto nunca conllevó que el contratista debiera soportar de forma absoluta las consecuencias de las alteraciones que realizara la Administración, en determinados casos las modificaciones no eran obligatorias³⁶.

La legislación actual contempla varios límites en el artículo 205.2 c) en lo que respecta a las modificaciones *no sustanciales*. En primer lugar, son modificaciones sustanciales aquellas que implican una alteración de la naturaleza material del contrato originariamente celebrado. La ley establece una serie de condiciones que, en caso de que se cumplan una o varias, supondrán la existencia de una modificación sustancial:

- a) Introducción de condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido seleccionar candidatos distintos o la aceptación de una oferta distinta.
- b) Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.
- c) Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. Esto ocurre cuando la alteración de la cuantía supone un exceso del 15% del precio inicial en los contratos de obras y un 10% en el resto de los contratos, o bien, se superen los umbrales recogidos en los artículos 20 a 23 LCSP.

A las previsiones anteriores se une el límite recogido en el artículo 206, que prevé como obligatorias las modificaciones del artículo 205³⁷ que acuerde el órgano de contratación cuando supongan una alteración que, de forma aislada o conjunta, no superen el 20% del precio inicial del contrato. Cuando la modificación no fuera obligatoria para el contratista, tan solo podrá acordarse por el órgano de contratación previa conformidad por escrito, resolviéndose el contrato en caso contrario conforme al artículo 211.1 g) que

³⁶ ARIÑO ORTIZ, G., (dir.), *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pág. 229.

³⁷ Artículo 206 LCSP 2017: «1. En los supuestos de modificación del contrato recogidos en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias...».



permite abonar a favor del contratista una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (art. 213.4).

HORGUÉ BAENA entiende que el fundamento de la exclusión que hace el artículo 206 a las modificaciones previstas en los pliegos se encuentra en el hecho de que el contratista cuando concurre a la licitación anticipa su conformidad³⁸.

Como se ha indicado en los capítulos anteriores, las modificaciones que alteran sustancialmente la economía del contrato exigen el restablecimiento de la ecuación financiera y se materializarán en una compensación a favor del contratista. Así parece recogerlo el artículo 270, que exige el deber de conservar el equilibrio económico en los mismos términos que fueron tenidos en cuenta para su adjudicación, contemplando en el apartado dos a) las modificaciones causadas por el ejercicio del *ius variandi*: «*Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262*».

Sin embargo, aunque el artículo 262 establece que las modificaciones que acuerde el órgano de contratación por motivos de interés público podrán dar lugar a la revisión del plan económico-financiero para adecuarlo a las nuevas circunstancias, añade de forma separada lo siguiente: «*2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la presente ley*». Ambos preceptos se remiten el uno al otro y lo que podemos sacar en claro de la lectura del artículo 270 es que no se exige la ruptura sustancial de la economía del contrato para compensar los casos de *ius variandi* como sí ocurre en con el *factum principis* y la fuerza mayor³⁹.

³⁸ HORGUÉ BAENA, C., Modificación de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., págs. 2245 y 2246.

³⁹ Artículo 270.2 b) «*Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato*» y 270.2: «*...únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato*». STS de 11 de abril de 1984 (RJ 1984/1920) define el *ius variandi* de la siguiente forma: «*no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección*



En el marco de la compensación cabe hacer referencia a la posibilidad de satisfacer al contratista con la prórroga de la concesión cuando esta opción no está contemplada en el contrato. No ha existido paz en este punto, pudiendo encontrar decisiones en las que se ha admitido la prórroga como medida de compensación como ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005 y otros en los que no, la postura negativa es la que ha terminado consolidándose en la ley. En este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2006 que diferencia *compensación económica de prórroga temporal del contrato*, entendiéndose que la ampliación de un contrato que tiene una duración determinada y que así se proclama en los propios pliegos no es un mecanismo aceptable de compensación, porque implica una vulneración del principio de libre concurrencia⁴⁰. Desde la LCSP del 2007 se excluye la prórroga de la concesión como un método compensatorio válido en el caso del *ius variandi*, reproduciéndose esta decisión en el TRLCSP 2011 y en la LCSP actual⁴¹.

II. Riesgo imprevisible

2.1 Concepto y fundamento

El origen de la aplicación de la teoría de la imprevisión aparece en el *arrêt de Gaz de Bordeaux* del 30 de marzo de 1916. En el supuesto se perseguía reclamar a la Administración francesa el incremento de los costes de una concesión que había ocasionado la subida del precio del carbón, aumento que se produjo como consecuencia de la ocupación de la mayor parte de las regiones productoras de carbón de Europa Continental durante la 1ª Guerra Mundial. El Consejo de Estado francés entendió que el aumento de los costes de producción del gas era tan alto que superaba los límites máximos que pudieron ser tenidos en cuenta por las partes en el momento de firmar el contrato de

del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación».

⁴⁰ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., págs. 136-139.

⁴¹ Artículo 270.3: «Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado 2 anterior... podrá prorrogarse el plazo de la concesión...». El precepto excluye el apartado a) que hace referencia al *ius variandi* tal y como explicamos anteriormente.



concesión y que, al darse esas circunstancias extraordinarias, la economía del contrato se había visto totalmente trastocada sin que se le pudiera exigir a la Compañía que garantizara el funcionamiento del servicio en las mismas condiciones de origen.

En un primer momento se valoró que la variación de los precios de las materias primas era un riesgo más que debía recaer sobre el concesionario, pero posteriormente se observó que la subida del precio del carbón era desproporcionada e invalidaba las previsiones del pliego. Por este motivo, se decidió adoptar una solución que tuviera en cuenta el interés general, es decir, el mantenimiento del servicio y, además, las circunstancias excepcionales que obstaculizaban la ejecución normal del contrato. Finalmente, la Compañía tuvo que garantizar el servicio, pero tan solo asumió una parte de los costes, teniendo derecho a recibir una indemnización de la parte restante de la Administración francesa⁴².

Del *arrêt de Gaz de Bordeaux* se desprenden tres requisitos exigibles para la aplicación de la teoría de la imprevisión⁴³:

- a) Aplicación exclusiva a los contratos administrativos y de todos ellos, se desenvuelve principalmente en la concesión. Se excluye su aplicación de aquellos contratos que tienen un plazo breve de ejecución.
- b) Los acontecimientos deben ser imprevisibles y ajenos a las partes. Originariamente se exigía que fueran circunstancias de índole económica. En pronunciamientos posteriores se relacionó con los fenómenos naturales y finalmente, con medidas adoptadas con los poderes públicos.
- c) Debe provocar una alteración en la economía del contrato, sin llegar a impedir su ejecución porque entonces se trataría de un caso de fuerza mayor por añadir la nota de irresistibilidad. Además, la alteración de la economía implica superar el

⁴² DEVOLVÉ, P., LONG, M (coord.) *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts...* ob. cit., págs. 251-253.

⁴³ DEVOLVÉ, P., LONG, M (coord.) *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts...* ob. cit., págs. 254-256.



precio límite que se consideraba previsible dentro de la evolución de los costes y la aparición de un déficit realmente importante, lo que deberá valorarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias⁴⁴.

La teoría del riesgo imprevisible se incorporó a nuestro derecho positivo, pero limitándose al ámbito local, quedando recogido en el artículo 127.2 b) RSCL que exige el mantenimiento del equilibrio económico del contrato en el siguiente caso: «*cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión*». Previsión que se complementa con la exigencia de una compensación económica para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión (art. 128.3.2º RSCL).

La doctrina destaca el carácter autónomo e independiente de esta técnica frente al *ius variandi* o el *factum principis* por la expresión que utiliza el legislador en el artículo 127.2 b): “*aun sin mediar modificaciones*”. De la lectura del artículo anterior también se desprende el carácter bidireccional del riesgo imprevisible, cuando dice “*en cualquier sentido*”. Además, el reparto del riesgo puede compensarse de distintas maneras como a través la revisión de tarifas y subvención (127.2 b) o de cualquier otra compensación económica (128.2). También debe tratarse de circunstancias ajenas a la buena gestión del concesionario, que no dejará de prestar el servicio hasta que finalice el contrato (art. 128.1.1).⁴⁵

La doctrina se construye sobre la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público, lo que implica la posibilidad de pedir auxilio provisionalmente a la otra parte para soportar la agravación de los costes. El Dictamen 1030/2015, reitera esta idea,

⁴⁴ DEVOLVÉ, P., LONG, M (coord.) *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts...*, ob. cit., págs. 257- 259. Es posible que la circunstancia imprevisible y originariamente provisional devenga definitiva porque se convierta en un caso de fuerza mayor, en tal caso, quedará justificada la rescisión del contrato. Esta idea se consolidó con el *arrêt Commune de Staffelfelden*, de 14 de junio del 2000 cuando se rescindió un contrato de suministro de agua porque la fuente quedó totalmente inutilizada por estar contaminada, el Consejo consideró esto un impedimento insalvable.

⁴⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R... *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., págs. 758 y 759



localizando el fundamento en la protección o prevalencia de la finalidad del contrato (la realización de la obra o la ejecución del servicio) y el mantenimiento del vínculo entre el objeto del contrato y el cumplimiento del interés público.

2.2 Régimen jurídico

La LCSP actual no prevé una regulación general del riesgo imprevisible, sin embargo, sí se contempla como una causa que permite el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor de la entidad contratante o, al contrario⁴⁶. De esta forma, el artículo 205.2 b) recoge lo siguiente:

«Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan tres condiciones...»

Estas condiciones son:

- a) Que se trate de una circunstancia imposible de prever para una Administración diligente.
- b) Que no se altere la naturaleza global del contrato.
- c) Que la alteración de la cuantía no supere, aislada o conjuntamente con otras modificaciones, el 50% del precio inicial.

MANENT ALONSO considera esta manifestación legislativa como el primer intento de positivización que se hace en una ley estatal, sin embargo, entiende que no se ha hecho respetando los parámetros que hasta ahora había definido la jurisprudencia al recogerlo junto con el *ius variandi*⁴⁷. A pesar de esta confusa sistematización, la previsión conjunta

⁴⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII. Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid. 2018. Pág. 200.

⁴⁷ En contra de lo que dice MANENT ALONSO, hay una previsión similar en el artículo 107.1 b) del TRLCSP 2011: *<<Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo*



de ambas figuras simplemente reflejaría la aplicación de las mismas reglas de mantenimiento del equilibrio económico⁴⁸.

En conclusión, cabe resumir las características de la teoría de la imprevisión de la siguiente forma:

- a) Conducta ajena a las partes, tanto de la Administración como de la buena gestión empresarial
- b) Circunstancias imprevisibles. Tiene que ser objetiva y basada en criterios de racionalidad⁴⁹.
- c) Ruptura del equilibrio económico de las prestaciones de manera que trastoque por completo la relación contractual, sin que ello suponga la imposibilidad de ejecutar el contrato.
- d) Opera en ambos sentidos, tanto a favor de la Administración como del concesionario.⁵⁰

2.3 Compensación

GARCÍA DE ENTERRÍA señala que, al tratarse de actos ajenos a las partes, nada obliga a la Administración a compensar al concesionario, pudiendo aplicar la *lex contractus* y resolver el contrato, el problema es que quedaría comprometido el interés general subyacente al contrato administrativo en vigor. De este conflicto de intereses nace, precisamente, la teoría de la imprevisión, por la que la Administración compartirá

con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas>>

⁴⁸ MANENT ALONSO, L., Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios. En MESTRE DELGADO, J. F., MANENT ALONSO, L (dirs.)... *La Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., Págs. 176-178

⁴⁹ Dictamen del Consejo de Estado 1030/2015, de 21 de enero de 2016: «*Si tal hecho estaba previsto o resultaba previsible, se entiende que el contratista suscribió el contrato asumiendo ese riesgo... y si el acontecimiento dañoso era evitable, los riesgos habrán de ser imputados al contratista como debidos a su culpa o negligencia*».

⁵⁰ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., págs. 140-142



los gastos con la otra parte para evitar el colapso del servicio⁵¹. La Sentencia del Tribunal Supremo, del 14 de marzo de 1985 se pronuncia en el mismo sentido:

«Habrán de distribuirse de modo proporcional y razonable las pérdidas entre la Administración y el concesionario, de modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que no impida la ruina de la concesión, ni tan excesiva que desplace el riesgo de la actividad y su explotación a la Administración imponiendo a esta un seguro de beneficios mínimos a favor del concesionario o de resarcimiento de todos los perjuicios sufridos»

El concesionario no puede dejar de prestar el servicio escudándose en la aparición de esa circunstancia extraordinaria e imprevisible porque su incumplimiento le impediría acogerse a la propia teoría de la imprevisión. En segundo lugar, el concesionario tiene derecho a obtener auxilio de la Administración a través de una indemnización que tendrá carácter provisional porque la finalidad es apoyarle económicamente con los gastos extraordinarios que provoca la circunstancia imprevisible, sin que pueda durar hasta la finalización del contrato.

Como se deduce del artículo 127.2.2 b) RSCL el desequilibrio puede compensarse a través de la revisión de tarifas o bien, a través de una subvención. De ambas, el profesor HERNÁNDEZ GONZÁLEZ deduce del RSCL que la vía habitual es la revisión extraordinaria de tarifas, salvo que resulte insuficiente, en cuyo caso se podrá otorgar una subvención para completar la tarifa⁵².

⁵¹ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R... *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., pág. 755.

⁵² HERNANDEZ GONZALEZ F. L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., págs. 142 y 143. El profesor distingue, además, la revisión ordinaria (sistema permanente de mantenimiento de la equivalencia) y la extraordinaria (permite restablecer el equilibrio económico en el caso de circunstancias imprevisibles).



III. Fuerza mayor

3.1 Concepto y fundamento

El artículo 46 de la LCE contemplaba como causas que daban lugar a la indemnización por las pérdidas, averías o perjuicios ocasionadas por casos de fuerza mayor: incendios causados por electricidad atmosférica, daños por terremotos o maremotos, movimientos de terreno, destrozos causados en tiempo de guerra, sediciones o robos tumultuosos, inundaciones catastróficas y cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, siempre que existiera acuerdo del Consejo de Ministros.

GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que hay dos tesis en las que puede encuadrarse la fuerza mayor:

- a) Teoría del incumplimiento para aquellos casos en los que la prestación devenga imposible de cumplir. Se contrapone al incumplimiento culpable del contratista y supone la responsabilidad o la exoneración del mismo frente al incumplimiento.
- b) Teoría de los riesgos para aquellos casos en los que la causa imprevisible e irresistible tan solo produce pérdidas y desequilibra las prestaciones haciéndolas más onerosas. En este caso, se tendrá que determinar cuál de las dos partes tiene que soportar los daños causados⁵³.

El reconocimiento de la fuerza mayor como técnica de reequilibrio económico del contrato en el artículo 270.2 confirma su funcionamiento dentro de la teoría de los riesgos.

3.2 Régimen jurídico

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo del 2005 (RJ/2005/3194) destaca las siguientes notas definitorias de la fuerza mayor:

«factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», loc.cit, Pág. 101 y 102.



negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación»

En definitiva, la fuerza mayor se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Circunstancias provocadas por un hecho imprevisible.
- b) Aunque el hecho hubiera podido preverse, es inevitable⁵⁴.
- c) Causa ajena a las partes contractuales.
- d) Ruptura sustancial de la economía del contrato.
- e) Ausencia de actuación imprudente por parte del contratista.

La Ley es clara en limitar el reequilibrio económico a los casos de fuerza mayor tan solo cuando se produzcan los acontecimientos enumerados en el artículo 239. La jurisprudencia (STSS 15 de marzo del 2005 y 27 de octubre de 2009) mantiene una interpretación restrictiva de las causas, circunscribiéndolas a las expresamente previstas en la ley⁵⁵. Sin embargo, cuando GARCÍA DE ENTERRÍA analizó la LCSP 2007 (art. 214.2) entendió que la lista tenía carácter de *numerus apertus* y que, por tanto, cualquier caso que pudiera calificarse de fuerza mayor por contar con sus elementos definitorios darían lugar a la aplicación del precepto; la doctrina mayoritaria mantiene la misma postura⁵⁶.

⁵⁴ MANENT ALONSO, L., Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios. En MESTRE DELGADO, J. F., MANENT ALONSO, L... *La Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., Págs. 176 el autor considera que la nota más poderosa de la fuerza mayor es la irresistibilidad, en cambio la del caso fortuito es la imprevisibilidad. En el primer caso, aunque se hubiera previsto el hecho, no podría haberse evitado, al contrario que en el caso fortuito.

⁵⁵ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, ob.cit., pág. 192.

⁵⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R... *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., pág. 763.



La LCSP vigente recoge la fuerza mayor en el artículo 239 y reproduce la redacción heredada de la LCAP. De esta forma, reconoce el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios provocados al contratista, siempre y cuando no exista actuación imprudente por su parte en los siguientes supuestos:

- a) Incendios causados por electricidad atmosférica.
- b) Fenómenos naturales de efectos catastróficos, el legislador enumera una serie de ejemplos como maremotos, terremotos... y otros supuestos semejantes.
- c) Destrozos causados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves de orden público.

A lo anterior debemos añadir el artículo 270 LCSP 2017 que exige el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los casos de fuerza mayor:

«Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239»

En cuanto a la forma de compensación, el artículo 239 contempla el derecho del contratista a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido. Además, los métodos de compensación serán los mismos que en el resto de las técnicas de restablecimiento como la modificación de tarifas y específicamente en el caso de la concesión de obras (270.3) o servicios (290.5) se permite la reducción del plazo concesional o la prórroga de la concesión.



CAPÍTULO TERCERO. ESTUDIO ESPECIAL DEL *FACTUM PRINCIPIS*

I. Origen y evolución normativa

1.1 Origen histórico

ARIÑO ORTIZ sitúa el origen del *factum principis* en el arrendamiento de rentas. Originariamente se tendía a descartar la aplicación de esta técnica de reequilibrio económico por la fuerte implantación que tenía el principio de riesgo y ventura del empresario, lo que se pone de manifiesto en la Ley 2 del Cuaderno de las Alcabalas y Libro IX, Título IX, Ley 1ª de la Nueva Recopilación⁵⁷. El rechazo se fundamentaba en tres principios característicos de la época:

- Principio de *soluta potestas*: el príncipe nunca quedará obligado de forma absoluta por los contratos que realice.
- Principio de irresponsabilidad del príncipe: no responderá de las lesiones que cause a los súbditos, siempre que la causa de la lesión sea suficiente.
- Principio de seguridad y certidumbre de los ingresos fiscales: los arrendamientos de rentas eran el principal medio de recaudación del reino y no podían obstaculizarse.

Como consecuencia de lo anterior no había más remedio que rechazar la aplicación del *factum principis* porque cualquier actuación del Rey quedaría justificada en alguno de los principios anteriores. Sin embargo, siempre sería necesaria la presencia de un interés superior que motivara sus actos y que reflejaran el ejercicio de las facultades de “buen gobierno” que eliminaban la antijuridicidad de daño y con ello el deber de indemnizar.

⁵⁷ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 255.



La primera manifestación del *factum principis* a la que se refiere este autor es la orden de cierre de puertos que emite el Rey por motivos militares y que puede conllevar una disminución del precio de la renta por el tiempo en que se mantiene cerrado el puerto⁵⁸.

El precedente más inmediato de la aplicación del *factum principis* en la contratación administrativa lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1895 (asunto Compañía de Aguas Potables de Cádiz) sobre un contrato de obras de ampliación del puerto de Málaga cuyo precio había aumentado por la implantación de nuevos aranceles sobre la cal hidráulica que debía emplearse. El Tribunal Supremo se pronunció a favor del contratista, diciendo que se había impuesto un gravamen injustificado e imprevisible que generaba un enriquecimiento a favor de la Administración como consecuencia de un acto que emanaba de ella (y no de los cambios del mercado) y que, por tanto, debía indemnizarse⁵⁹.

A partir de este supuesto se inicia una tendencia favorable a aceptar la aplicación del *factum principis* en los casos en que medidas generales e imprevisibles de carácter tributario perjudicaran al contratista⁶⁰; si bien, hubo algunos supuestos en los que se rechazaba, por no especificarse en las cláusulas del contrato la acogida de esta técnica de reequilibrio económico o por no afectar al objeto del contrato de forma directa⁶¹.

1.2. Evolución normativa

La primera redacción del *factum principis* se encuentra recogida en la Ley de 17 de julio de 1945 sobre revisión de precios en los proyectos de obras adjudicados por subasta o concurso, con la que se persigue equilibrar la posición de los contratistas que

⁵⁸ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 256 y ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo...*, ob. cit., pág. 339.

⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 261 y ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo...*, ob. cit., págs. 339 y 340.

⁶⁰ ALBENDEA SOLIS, I., y LEON GONZALEZ, A., El reequilibrio económico de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGU CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., pág. 2295

⁶¹ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 258.



han sufrido un aumento del precio de la contrata como consecuencia de la guerra al haber perdido medios de ejecución, capital, personal... y, por tanto, han dejado de ejecutar las obras. Tal y como dice la exposición de motivos: «*Es inhumano rescindir las contratas con pérdida de fianza por una causa ajena a la voluntad del adjudicatario; pero como es conveniente que dejen el campo libre para el desarrollo de las obras en el ritmo debido, por equidad... la rescisión debe acordarse sin pérdida de fianza y sin indemnización para la contrata*». Desde este momento quedan dibujadas las líneas definitorias del *factum principis*, como son: el carácter general, la ajenidad al contrato y su imprevisibilidad⁶².

Con posterioridad a 1945 el legislador no vuelve a contemplar la figura hasta la Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obra pública, englobándolo de forma genérica en el artículo 248 d) cuando hace referencia a *actuaciones de la Administración* separándola de las que son consecuencia del ejercicio del *ius variandi*. Esta idea se va a reproducir en LCSP 2007 (arts. 241.2 b) y 258.4 b) y en el TRLCSP 2011 (arts. 258.2 b) y 282.4 b). Finalmente, la ley actual recoge el *factum principis* de forma específica para la concesión de obra pública en el artículo 270 y para la concesión de servicios en el 290; si bien su admisión se extiende a todos los contratos públicos⁶³.

II. Concepto y presupuestos

El *factum principis* es una técnica de equilibrio económico que aparece cuando intervenciones administrativas de carácter general alteran las condiciones externas de ejecución del contrato produciendo un desequilibrio económico de las prestaciones, en perjuicio del contratista.

Esta figura fue tipificada por el Consejo de Estado en su Dictamen 3725/1948, de 3 de noviembre exigiendo para su apreciación las siguientes condiciones:

⁶² ALBENDEA SOLIS, I., y LEON GONZALEZ, A., El reequilibrio económico de los contratos. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGOS CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., pág. 2296.

⁶³ HERNANDEZ GONZALEZ F. L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., págs. 146.



- a) Una medida económica de carácter general.
- b) Un acto de autoridad que nazca del poder general de *imperium*. No operará esta técnica cuando la actuación de la Administración se haya originado por circunstancias ajenas a su poder de decisión, en este caso tan solo estaremos ante una simple alteración del equilibrio económico del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes.
- c) El acto emanado de la Administración debe tener eficacia bastante para imponerse en la ejecución de los contratos, por lo que se exige una relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y la subida de los precios.
- d) Debe ser imprevisto y posterior a la adjudicación.
- e) El daño causado debe ser cierto y especial, sin que puedan quedar cubiertos por esta técnica los daños de carácter general que afectan a la colectividad como cargas públicas. Si se compensara al contratista en este caso se le estaría otorgando un privilegio frente al resto de agentes económicos privados.
- f) No debe haber culpa del contratista.

A los requisitos anteriores cabe añadir que para poder indemnizar la lesión causada la medida general de la Administración fruto del poder de *imperium* debe tener carácter imprevisible y extraordinario, por lo que debe tratarse de nuevos elementos de hecho extraños al contrato que alteran el curso normal de la relación contractual y, además, no deben existir otros mecanismos que permitan resarcir el daño en el seno de la relación contractual. También es importante tener en cuenta que no cabe invocar el *factum principis* cuando la actuación de los poderes públicos y las consecuencias estén expresamente previstas en el contrato.



III. Fundamento

La peculiaridad del *factum principis* frente a otras técnicas de equilibrio económico radica en su fundamento, que no es otro que el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración. En virtud de esta regla la Administración debe indemnizar a los ciudadanos por las lesiones que les cause como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ consideran que el *factum principis* opera en un plano superior a la relación contractual y constituye el ejercicio de poderes irrenunciables de la Administración como la potestad expropiatoria o la potestad reglamentaria. Por ello, estos autores situaban el fundamento en los artículos 106 de la Constitución, 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa. Esto significa que, cuando los pliegos prevean declaraciones sobre la imposibilidad de repercutir cargas, esta limitación no podrá extenderse a las que surjan en el período de ejecución del contrato como consecuencia del *factum principis*. En tal caso habrá que indemnizar, aunque no exista cláusula de revisión de precios⁶⁴.

Por otro lado, ARIÑO ORTIZ adopta una perspectiva más amplia, definiendo el *factum principis* como una manifestación de la potestad ordenatoria general de la economía del Estado⁶⁵.

En el Dictamen 31/1992 el interesado invoca el *factum principis* fundamentando la reclamación en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el 121 LEF y finalmente, en el artículo 106.2 CE. Ante esto el Consejo se pronuncia diciendo que estos artículos solo son de aplicación cuando no exista una relación típica entre la Administración y el afectado, es decir, cuando el sujeto que ha

⁶⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R... *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., pág. 754 y MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid. 1980.

⁶⁵ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pág. 263.



sufrido el daño sea un tercero frente a las actuaciones de aquella. Sin embargo, la concurrencia de una relación típica no impide sustanciar la reclamación a través de las normas reguladoras del contrato, siendo en determinados casos presupuesto *de facto* para la efectividad de una eventual responsabilidad extracontractual, este es el supuesto de responsabilidad por *factum principis*⁶⁶.

En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre, diferencia el fundamento de la reclamación de la compensación económica en casos de *ius variandi*, del *factum principis*. Siendo la primera de naturaleza y fundamento contractual y la segunda extracontractual, lo que implicaría la reclamación a través del mecanismo de responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque su liquidación se haga en el seno del contrato.

En contra de la doctrina mayoritaria ESTEVE PARDO considera que las decisiones de la Administración, especialmente aquellas que revistan carácter general, generan consecuencias más allá de los contratistas que tengan una relación con la Administración, afectando a otros sujetos privados que pueden sufrir las mismas consecuencias negativas y sobre los que no se plantea la compensación por *factum principis*. Por este motivo, considera que el auténtico fundamento se encuentra en la equidad que impregna el contrato y que es la que, en última instancia, justifica el deber de compensar al contratista⁶⁷.

Además, es necesario distinguir el *factum principis* de los supuestos de incumplimiento contractual por parte de la Administración contratante en los que se aplica la doctrina de la responsabilidad contractual. La jurisprudencia tradicional ha entendido que tanto el incumplimiento contractual como el *factum principis* son excepciones al principio de riesgo y ventura del empresario, pero la diferencia entre ellos

⁶⁶ Menciona Dictámenes del Consejo de Estado 46172, de 10 de mayo y 46886, de 4 de octubre

⁶⁷ ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo...*, ob. cit., págs. 339 y 340. Según este autor, si realmente operaran los mecanismos de la responsabilidad extracontractual se debería indemnizar a todos los sujetos privados que contrataran con particulares y hubieran sufrido perjuicios económicos como consecuencia del acto de autoridad que emana de la Administración.



radica en que, cuando una de las partes incumple, se produce un desequilibrio económico insustituible que impide que el contrato despliegue sus efectos en los términos inicialmente pactados, además, el desequilibrio no tiene su origen en circunstancias ajenas al contrato. La distinción entre uno y otro repercute en la compensación, puesto que en los casos de incumplimiento la indemnización debe ser integral, al contrario que en el *factum principis*, donde no podemos afirmarlo de forma absoluta⁶⁸.

En estos supuestos será de aplicación las reglas contenidas en la LCSP del 2017 sobre responsabilidad contractual. MENÉNDEZ SEBASTIÁN dice que el incumplimiento de la obligación de pago en plazo es la única causa de resolución contenida en el artículo 211 que es imputable de forma directa y exclusiva a la Administración, siendo de carácter indirecto las derivadas de la potestad de modificación⁶⁹. EL artículo 198 (obligación de pago) recoge las siguientes reglas:

- a) Cuando la demora en el pago supere los cuatro meses, el contratista puede suspender el cumplimiento del contrato (apartado 5).
- b) Cuando la demora en el pago supere los seis meses, el contratista tendrá derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios causados (apartado 6).

IV. Alcance del *factum principis*

Tradicionalmente, la doctrina planteó dos cuestiones polémicas en torno a la apreciación del *factum principis*:

- a) Actos de autoridad que emanan de una Administración distinta de la concedente

El artículo 248.2 b) de la Ley 13/2003 exigía el restablecimiento económico de la concesión cuando « ...actuaciones de la Administración determinaran de forma directa

⁶⁸ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pág. 266.

⁶⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., La extinción del contrato: la resolución. En GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CORCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., pág. 2351.



la ruptura sustancial de la economía de la concesión » lo que permitía englobar tanto actuaciones de la Administración concedente como de otras distintas a esta.

Un ejemplo a favor de esta consideración viene recogido en el Informe 61/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado del 31 de marzo de 2009⁷⁰ en el que la JCCA identifica como *factum principis* una alteración impuesta por una autoridad ajena a la relación concesional. En el supuesto, el Ayuntamiento de Mijas suscribió una concesión desde el año 1996 hasta el 2010, pero en 2006 el concesionario solicita al Ayuntamiento la ampliación del plazo concesional y el incremento del canon como consecuencia de nuevas exigencias ambientales. El origen del desequilibrio que la propia JCCA califica posteriormente de *factum principis* radica en un acto administrativo de la Junta de Andalucía que, a su vez, se dictó como consecuencia de las previsiones contenidas en la Ley 16/2002 de Prevención y Control de la Contaminación.

Además, la identificación del fundamento de esta técnica en el principio de responsabilidad objetiva de la Administración permite entender que cualquier medida imperativa y obligatoria que reúna los requisitos anteriormente expuestos podría generar el derecho a la indemnización, pudiendo extender su apreciación a todos los contratos públicos e, incluso, a aquellos actos de autoridad que emanen de Administraciones distintas de la concedente⁷¹.

Sin embargo, en sentido opuesto se ha manifestado el Consejo de Estado en el Dictamen número 1030/2015, de 21 de enero donde ha valorado esta cuestión cautelosamente por el riesgo que supone para la Administración contratante poder convertirse en garante frente a terceros de la posición jurídica inicial del concesionario, especialmente si los actos son realizados por otras Administraciones públicas que actúan amparadas por sus propias competencias:

⁷⁰ Mencionado en HERNANDEZ GONZALEZ F. L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., págs. 150. Otro ejemplo es el contenido en la STS 2 diciembre de 1985 (RJ/1985/6511).

⁷¹ HERNANDEZ GONZALEZ F. L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., pág. 147.



«La aplicación de esta teoría únicamente resulta viable cuando la medida que da lugar al desequilibrio contractual procede de la Administración concedente y que reconducen los desequilibrios generados como consecuencia de la adopción de la medida en cuestión por una administración distinta a la doctrina del riesgo imprevisible...»⁷².

En consecuencia, el Consejo de Estado considera que los actos de autoridad que emanen de la Administración contratante, siempre que reúnan el resto de los requisitos exigibles, tendrán la consideración de *factum principis*. Sin embargo, las actuaciones que emanen de Administraciones distintas a la concedente y desequilibren las prestaciones contractuales, tan solo podrán encauzarse por la teoría del riesgo imprevisible.

b) Actos de autoridad que emanan del Poder Legislativo

El profesor ARIÑO ORTIZ se pronunció, en un primer momento, en contra de esta posibilidad por la inmunidad natural que caracteriza a la ley, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época que defendía la inexigibilidad de resarcimiento por el cumplimiento de las leyes. No obstante, en contra de su posición inicial, el autor terminó asumiendo que los principios de nuestro ordenamiento animan a resolver que no se debe excluir la indemnización salvo que una ley así lo establezca. Esta interpretación la realizaron a la luz de los principios inspiradores de la Ley de Expropiación Forzosa, según los cuales toda privación singular permite exigir responsabilidad, aunque esta sea creada por ley⁷³.

El informe de la JCCA 61/08 anteriormente mencionado reconoce la existencia de *factum principis* porque existe una medida administrativa de carácter obligatorio y general adoptada fuera del ámbito contractual que perjudica al contratista. Además, el

⁷² El propio Dictamen menciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo del 2011 que afirma que la Administración competente no es responsable del desequilibrio económico que hayan podido causar otras Administraciones Públicas.

⁷³ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 269. Destaca las SSTS 25 de julio de 1917 y 12 de febrero de 1909.



origen se encuentra en una norma jurídica que entra en vigor durante la concesión (la Ley 16/2002, de 1 de julio) y de la que se deriva la obligación de realizar determinadas obras de adaptación de las instalaciones⁷⁴.

VAZQUEZ LACUNZA mantiene una postura favorable porque entiende que cualquier medida que cumpla con las condiciones para apreciar el *factum principis*, con independencia de su origen legal o administrativo, dará lugar a la compensación del adjudicatario. La justificación de esta postura radica en el propio fundamento del *factum principis*, al considerarla al igual que ARIÑO ORTIZ, una manifestación de la potestad ordenatoria general de la economía del Estado que puede sustanciarse por vía legislativa. La autora no excluye la consideración de esta técnica como una manifestación del principio de responsabilidad objetiva de la Administración, de hecho, se refiere a ambas tesis conjuntamente. La responsabilidad objetiva permite admitir la indemnización cuando el origen del perjuicio radique en medidas legislativas, salvo que la propia ley lo excluya expresamente⁷⁵.

Finalmente, el tratamiento que debe darse a ambas cuestiones queda resuelto en los artículos 270 y 290 de la LCSP 2017, cuya redacción es idéntica. El artículo 270 contempla el deber de mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras en los mismos términos que en el momento de adjudicación, recogiendo en la letra a) y b) las dos técnicas que, junto con la fuerza mayor permitirán en exclusiva el restablecimiento de la ecuación financiera.

La primera de estas técnicas no ofrece dudas: «a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262» es decir, cuando se trate de una manifestación del *ius variandi*. Separadamente a la opción anterior se contempla en la

⁷⁴«En el presente caso, podemos considerar que existe una medida de carácter general cual es la exigencia de una autorización para la actividad cuya obtención es exigida “ex novo” en virtud de lo dispuesto en una nueva norma jurídica (la Ley 16/2002, de 1 de julio), y de la que se deriva obligatoriamente la realización de determinadas obras de adaptación de las instalaciones»

⁷⁵ VÁZQUEZ LACUNZA, E., *El equilibrio en los contratos de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016. Pág. 266.



letra «b)...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». De esta manera, el legislador separa ambas figuras cuyo vínculo es la imputación a la Administración del aumento de la onerosidad y, además, exige para la apreciación del *factum principis* que el acto de autoridad emane de la Administración concedente, excluyendo de igual manera los actos de autoridad que emanen de otros poderes públicos.

Si todavía existiera alguna duda sobre esto, el mismo artículo 270 contempla en el apartado cuarto letra a) y b) un derecho de desistimiento a favor del contratista en los casos en que el cumplimiento resulte extraordinariamente oneroso⁷⁶ para el concesionario por la aprobación de una disposición general con posterioridad a la formalización del contrato por parte de una Administración distinta de la concedente⁷⁷; y «*Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos...*», lo que permite englobar todos aquellos casos en los que una medida de carácter general que emane del Poder Legislativo obligue a adaptar las obras del concesionario.

A pesar de que el legislador incorpora una de las definiciones más completas del *factum principis* al englobar los distintos elementos que, tradicionalmente han dado origen a la aplicación de esta técnica, excluye la posibilidad de aplicarla en los casos en que las actuaciones emanen de Administraciones distintas de la concedente. Además, el uso de esta facultad de resolución elimina el derecho a percibir una indemnización a favor del concesionario.

⁷⁶ Art. 270.4: «*Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma...*».

⁷⁷ Art. 270.4 a) «*La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato*».



V. Compensación

5.1 Sistema de compensación

Uno de los grandes problemas que gira en torno a la figura del *factum principis* es la compensación, siendo complicado determinar si debe abordarse a través del sistema de compensación integral o de la compartición del gasto. La primera implica, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, el abono de todos los perjuicios causados, es decir, el daño emergente y lucro cesante, hasta el restablecimiento total de la ecuación financiera del contrato, tal y como ocurre en los casos de *ius variandi*⁷⁸. Por otro lado, la compartición del gasto supone el reparto proporcional y razonable de las pérdidas entre Administración y contratista, este sistema es de aplicación tanto a los casos de riesgo imprevisible como de *factum principis*⁷⁹

Tradicionalmente, la doctrina mayoritaria ha considerado que la compensación económica derivada del *factum principis* no tiene el mismo carácter que la derivada del *ius variandi*, es decir, no tiene carácter integral. ARIÑO ORTIZ justificó esta diferencia en que, en el caso del *factum principis* hablamos de una *indemnización*, lo que significa que el daño que genera la responsabilidad es *quod injuste fit*. Al contrario que en el *ius variandi* donde nos referimos a una *compensación* y esto implica que el daño es *quod iure fit* donde el particular tiene derecho a un equivalente económico. Según el autor, la indemnización no lleva implícita la idea de compensación total, pudiendo incluir el pago de un precio superior o inferior al valor de la prestación en función del daño causado, en

⁷⁸ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pág. 245 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R... *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., pág. 753.

⁷⁹ ARIÑO ORTIZ, G. (dir.) *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 267 y 268 y VILLAR PALASÍ, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo...* págs. 405 y 406: *Los profesores sostuvieron originariamente dos posiciones contrapuestas: a) En un primer momento y a partir de la interpretación del artículo 57 RCCL y la Ley de Revisión de Precios de 1945 consideraron dudoso el carácter integral de la indemnización por factum principis, contemplando la posibilidad de que Administración y contratista compartieran el daño. b) Posteriormente cambiaron de postura, el artículo 80 LCAP contemplaba como causa de resolución aquellos casos en los que la explotación del servicio fuera imposible por acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, concediéndose en tal caso una indemnización que abarcaba tanto el daño emergente como el lucro cesante.*



cambio, en la compensación integral se hace referencia a la idea de precio y la cuantía a pagar será exactamente la correspondiente a la prestación⁸⁰.

En la práctica esta cuestión ha sido conflictiva, teniendo en cuenta las dificultades que han presidido la determinación de los elementos definitorios del *factum principis* al compartir características con el *ius variandi* y el riesgo imprevisible que, además, representan los dos sistemas de compensación contrapuestos sobre los que versa el debate. Esto es así porque, al igual que el *ius variandi*, la actuación que ocasiona la mayor onerosidad emana de una Administración (lo que implicaría la compensación integral), pero no deja de ser una actuación de carácter imprevisible e inevitable al tratarse de una manifestación de la potestad de ordenación de la economía del Estado que opera con independencia de la relación contractual a la que indirectamente afecta (lo que haría aplicable el sistema de compartición de pérdidas entre Administración y contratista)⁸¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es un fiel reflejo de este debate, existiendo pronunciamientos en los que ha equiparado el *factum principis* al riesgo imprevisible, con las consecuencias que ello conlleva con respecto a la compensación⁸² y otros que representan una línea jurisprudencial mayoritaria que distingue el sistema de

⁸⁰ ARIÑO ORTIZ, G. *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., págs. 267 y 268 y VILLAR PALASÍ, J. *Apuntes de Derecho Administrativo...* págs. 245, nota núm. 9.

⁸¹ En algunos casos se ha identificado el *factum principis* con la teoría del riesgo imprevisible como en la STJ País Vasco núm. 599/2000, 17 de noviembre (RJC 2001/327): «La otra se refiere indistintamente a la emergencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que determinen la ruptura de la economía de la concesión, –artículo 127.2.2.b) RSCL–, que, como hemos anticipado, se produce por la acción de fuerzas económicas independientes de la voluntad de las partes contratantes o en su caso del denominado «*factum principis*»...el restablecimiento del equilibrio económico no se traduciría tampoco en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario como en el caso del «*ius variandi*», sino en un reparto entre concedente y concesionario de los perjuicios imprevisible...». En otros se ha considerado afín al *ius variandi* como en la STS 11 de mayo de 2011 (RJ 2011/4122).

⁸² STS 9 de octubre de 1987 (RJ 1987/8326): «la teoría del equilibrio o ecuación financiera de la concesión administrativa, fundamentada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas de la concesión... dio lugar a dos distintas concepciones acerca del alcance cualitativo de la teoría, una estricta, en la que se limita su ámbito de aplicación al “hecho del príncipe” ... y otra amplia que añade al “hecho del príncipe” la doctrina de la imprevisión...».



compensación aplicable en función de la naturaleza de las circunstancias que agravan la onerosidad, asemejándolo al *ius variandi*⁸³:

- a) En los casos en los que la alteración sea consecuencia de modificaciones directas (*ius variandi*) o indirectas (*factum principis*) provocadas por la Administración se deberá devolver al concesionario a las condiciones inicialmente pactadas, indemnizando tanto el daño emergente como el lucro cesante⁸⁴. Además, la LCSP 2017 refuerza esta posición al limitar las actuaciones que provocan el *factum principis* a la Administración contratante, aproximándolo al *ius variandi*.
- b) En los casos en que el desequilibrio sea ocasionado por causas sobrevenidas e imprevisibles que, siendo ajenas a la conducta de las partes, comprometen el servicio público se procederá a la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos⁸⁵.

5.2 Formas de compensación

En cuanto a la forma de compensar, el artículo 127.2.2º RSCL contempla dos manifestaciones en función del origen de la mayor onerosidad:

- Compensación económica por las modificaciones que la Administración ordenare introducir al concesionario en el servicio y que aumentaran los costos o disminuyeran la retribución.

⁸³ STS 2081/1986, de 25 de mayo de 1986: «alteración concesional por modificaciones introducidas por el ejercicio del «ius variandi» de la Administración, o «factum principis» a que también se refiere la de 24 de abril del mismo año, -en cuyo caso, debe ésta indemnizar al contratista el daño emergente como el lucro cesante, lo cual supone restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas en atención al coste del establecimiento, los gastos de explotación y el beneficio industrial-, y el desequilibrio producido por causas sobrevenidas e imprevisibles ajenas a la conducta de las partes, que ponen en peligro la supervivencia del servicio público por ruptura de la economía de la concesión, en cuyo caso la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes».

⁸⁴ El artículo 126.2 RSCL prevé el cálculo de la compensación en atención al coste del establecimiento, los gastos de explotación y el beneficio industrial.

⁸⁵ HERNANDEZ GONZALEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., pág. 152.



- Revisión de tarifas y subvenciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles rompieran la economía de la concesión.

A su vez el artículo 270 y 290 LCSP 2017 incorpora como medidas generales de restablecimiento del equilibrio económico las siguientes:

- Modificación de las tarifas por la utilización de las obras
- Modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente
- Reducción del plazo concesional
- Cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato

Además, tenemos que añadir la posibilidad de compensar a través de la prórroga de la concesión (ampliación del plazo concesional) en los casos de *factum principis* y fuerza mayor, siempre y cuando la prórroga no supere el 15% de la duración inicial del contrato. El límite cuantitativo coincide tanto para la concesión de obra pública (art. 270.3), como para la concesión de servicios (art. 290.5), sin embargo, en la concesión de obra pública se exige un requisito adicional: «*que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios*»⁸⁶.

La LCSP reconoce formas de compensación distintas de la económica, permitiendo un amplio abanico de posibilidades para el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato. Sin embargo, en el caso del *factum principis* la compensación de carácter económico cobra una relevancia especial por fundamentarse en el principio de responsabilidad objetiva de la Administración. En aplicación de este principio, la LRJSP exige que la indemnización se calcule conforme a los criterios de valoración de la legislación fiscal, expropiación forzosa y otras reglas del mercado, lo que hace que la indemnización sea de carácter económico. La presencia tan marcada de este principio en

⁸⁶ Este régimen se incorporó con la LCSP 2007 (art. 258.5), pero limitaba la duración de la prórroga a un máximo del 10% del período inicial. El TRLCSP 2011 estableció la redacción que actualmente contiene la LCSP 2017.



la configuración del *factum principis* es lo que permitiría justificar algunos de los pronunciamientos originarios del Tribunal Supremo, que en vez de equipararlo al *ius variandi* a efectos de la compensación, exigían la indemnización económica apoyándose en los principios de responsabilidad objetiva de la Administración⁸⁷.

⁸⁷ STS 2 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6511): «*las consecuencias del citado “factum principis” con clara repercusión en el artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales han de tener también acogida en el ámbito de la contratación del Estado, no solo por el paralelismo entre ambas... sino porque como hiciera la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 1981, son incluibles en la responsabilidad objetiva de la Administración... aunque se liquide en el seno del contrato... procede reconocer el derecho a una indemnización que atienda al daño individualizado económicamente evaluable...».*



CONCLUSIÓN

El *factum principis* se ha caracterizado desde sus orígenes por ser una actuación que emana de la autoridad dirigida a la generalidad, de carácter imprevisible y ajena a las partes de la relación contractual.

En la actualidad se trata de un acto que emana de la Administración Pública contratante, lo que ha sido afirmado por la LCSP 2017 en contra del régimen tradicional que reconducía la aplicación del *factum principis* a las actuaciones que emanaban de Administraciones distintas de la contratante y que constituía una de las principales distinciones con el *ius variandi*. Por otro lado, comparte la nota de imprevisibilidad con el riesgo imprevisible, lo que ha provocado que el *factum principis* haya quedado absorbido en muchos casos por aquella.

Esta posición intermedia entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible ha provocado la incertidumbre sobre su autonomía, a pesar de que cuenta con un sólido fundamento basado en el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y con notas definitorias que, aunque compartidas con las dos técnicas anteriores, configuran en su conjunto una figura independiente. Esto es así, porque a diferencia del *ius variandi*, la incidencia de la alteración provocada por el *factum principis* afecta de forma indirecta y ajena a una relación contractual. Además, no puede subsumirse en el *factum principis* cualquier actuación de la Administración de carácter imprevisible, sino que debe tratarse de medidas económicas de carácter general que son fruto del poder general de autoridad que ostenta la Administración contratante, a diferencia del riesgo imprevisible cuya operatividad es más amplia.

El principal problema que ha generado la conflictividad sobre esta figura se proyecta sobre la compensación. La jurisprudencia actual ha resuelto la controversia a partir de una interpretación que determina el sistema de compensación en función del origen de la mayor onerosidad. Las alteraciones que sean consecuencia de actuaciones que emanan de la Administración contratante, esto es *ius variandi* y *factum principis*, se



sustanciarán a través del modelo de compensación integral. En cambio, las alteraciones que traigan causa de actuaciones ajenas a la Administración, como es el riesgo imprevisible, requerirán la compartición de las pérdidas entre ambos sujetos.

A pesar de la posibilidad de identificar esta figura de forma autónoma y de la novedosa redacción que incorpora la LCSP 2017 que permite equiparar el *ius variandi* a los efectos de la compensación, en la práctica se encuentra totalmente ensombrecida por el resto de técnicas de equilibrio económico. Su reconocimiento no solo es excepcional, sino que en los pocos casos en los que se aprecia se compensa económicamente, en aplicación del principio de responsabilidad objetiva de la Administración.



BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, G. (dir.), *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968.

ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid. 2018

GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES I. (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia. 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo» en *RAP*, nº. 2, 1950. Págs. 83-108.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª ed., Civitas, Madrid. 2008.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F.L., *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., (dir.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016. Págs. 191-257.

DEVOLVÉ, P., LONG, M (coord.) *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, BOE, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid. 2015.

MESTRE DELGADO, J. F., MANENT ALONSO, L., (dirs.) *La Ley de Contratos del Sector Público Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo blanch, Valencia. 2018.

MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid. 1980.



MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII. Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid. 2018. Pág. 200.

VÁZQUEZ LACUNZA, E., *El equilibrio en los contratos de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

VILLAR PALASÍ, J.L., *Apuntes de Derecho Administrativo. II. Parte General*, Marcial Pons, Madrid. 1977