

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

María Matute Botella

Investigadora del Área de Derecho Administrativo, ULL

RESUMEN

El *factum principis* o «hecho del príncipe» es una técnica de equilibrio económico consolidada en nuestro ordenamiento jurídico que, desde sus orígenes, se ha visto amenazada por el fortalecimiento de otras técnicas que lo han ido ensombreciendo. La nueva Ley de Contratos del Sector Público circunscribe su ámbito de actuación a unos límites más precisos que en su concepción tradicional, pero que permiten disipar las dudas sobre su utilidad y funcionamiento, dándole la oportunidad de convertirse en una opción real para la solución de problemas en la contratación administrativa.

PALABRAS CLAVE: *factum principis*, contratación administrativa, Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

THE *FACTUM PRINCIPIS* AS A TECHNIQUE OF ECONOMIC EQUILIBRIUM OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT

ABSTRACT

The *factum principis* or «act of the prince» is a technique of economic equilibrium consolidated in our legal system. Since its origins it has been threatened by the strengthening of other techniques that have overshadowed it. The new Law on Public Sector Contracts circumscribes its scope of action to more precise limits than in its traditional conception but which allow doubts about its usefulness and operation to be eliminated. This figure has the opportunity to become a real option for solving problems in administrative contracting.

KEYWORDS: *factum principis*, administrative contracting, 2017 Public Sector Contract Law.



1. NACIMIENTO Y POSITIVACIÓN DE LA TEORÍA DEL *FACTUM PRINCIPIS*

El *factum principis* o «hecho del príncipe» es un producto de la doctrina y jurisprudencia que posteriormente se incorporó al ordenamiento jurídico positivo. Con esta expresión se alude a la obligación que tiene la Administración de compensar al contratista cuando, por actuaciones propias –generales y obligatorias– que se mueven en un plano superior a la relación contractual, se provoque (de forma indirecta) un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del contratista¹. Es una técnica de equilibrio económico del contrato administrativo que coexiste con la compensación por el ejercicio del *ius variandi*, el *riesgo imprevisible* y la *fuerza mayor*.

El precedente más inmediato del reconocimiento del *factum principis* en la contratación administrativa se encuentra 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 emplearse². El Tribunal Supremo se pronunció a favor del contratista, al considerar que se había impuesto un gravamen injustificado e imprevisible que generaba un enriquecimiento en beneficio de la Administración como consecuencia de un acto propio alejado de los cambios de mercado y que, por tanto, debía indemnizarse. A raíz de esto empieza a surgir una tendencia favorable a aplicar el *factum principis* cuando medidas generales e imprevisibles de índole económica perjudicaran al contratista y generaran un enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

Sin embargo, este principio no se plasma en los textos legales hasta la Ley de 17 de julio de 1945 sobre revisión de precios en los proyectos de obras adjudicados por subasta o concurso, tal y como dice su exposición de motivos: «Los aumentos en el coste de los elementos de los precios unitarios a tener en cuenta en las revisiones de los mismos no pueden ser otros que los autorizados por disposiciones de la Administración pública con eficacia bastante para ser impuestos en la ejecución de las obras contratadas por el Estado». Desde este momento quedan dibujadas las

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 709.

² ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, pp. 255, 256 y 261: este autor lo localizó en el arrendamiento de rentas del Antiguo Régimen. Sin embargo, no se solía aplicar por la fuerte implantación que tenía el principio de riesgo y ventura del empresario sobre esta figura y, además, por tres principios característicos de la época: principio de *soluta potestas*, por el que el príncipe nunca quedaba completamente obligado por los contratos que suscribía; principio de irresponsabilidad del príncipe, por el que no respondía de las lesiones que causaba a los súbditos, siempre que la causa de la lesión fuera suficiente; y principio de seguridad y certidumbre de los ingresos fiscales, por el que no se podía obstaculizar el arrendamiento de rentas por ser el principal medio de recaudación del reino. De esta forma, prácticamente todas las actuaciones que realizaba el rey en perjuicio de los súbditos quedaban justificadas en alguno de los principios anteriores, siempre y cuando fueran un reflejo de las facultades de «buen gobierno». Por tanto, no surgía ningún derecho de compensación por tales circunstancias a favor de los lesionados.



líneas definitorias del *factum principis*, como son el carácter general, la ajenidad al contrato y su imprevisibilidad³.

En la Ley de Contratos del Estado de 1965 no se recoge de forma expresa el *factum principis*, aunque hay autores que lo sitúan en la causa de resolución recogida en el artículo 80⁴. El primero de estos preceptos establece: «Cuando la explotación del servicio se haga imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, el empresario podrá pedir la resolución...». La misma redacción encontramos en el artículo 168 d) de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995⁵. En ambos supuestos, la causa de resolución va acompañada del derecho del empresario a percibir una indemnización por los daños y perjuicios causados por la circunstancia que da lugar a la resolución del contrato, lo que abarcará tanto el daño emergente como el lucro cesante⁶.

Posteriormente, la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obra pública, es la primera norma en la que el legislador incorpora de forma inequívoca el *factum principis* en el marco del mantenimiento del equilibrio económico, en el artículo 248.2, d) cuando hace referencia a *actuaciones de la Administración*, contraponiéndolo al *ius variandi*⁷: «Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión».

A partir de este momento el *factum principis* se consolida en la contratación administrativa reproduciéndose la redacción heredada de la Ley 13/2003, quedando circunscrita a las concesiones de obras y a los contratos de gestión de servicios públicos. Así sucede en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (arts. 241.2 b y 258.4 b) y en el Texto Refundido de 2011 (arts. 258.2 b y 282.4 b). Finalmente, la Ley actual lo contempla de forma específica para la concesión de obra pública en el artículo 270.2 b) y para la concesión de servicios en el 290.4 b)⁸: «Cuando actua-

³ ALBENDEA SOLÍS, I. y LEÓN GONZÁLEZ, A., «El reequilibrio económico de los contratos», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 2296.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14.ª ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 754 y ALBENDEA SOLÍS, I. y LEÓN GONZÁLEZ, A., «El reequilibrio económico de los contratos», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., p. 2297.

⁵ Art. 168 d) LCAP 1995: «La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato».

⁶ Art. 80 LCE: «La indemnización al empresario se sujetará a lo dispuesto en el artículo anterior»; lo que se complementa con el art. 79 LCE, que establece: «... habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen así como los beneficios futuros que deje aquel de percibir...»; y art. 170.4: «En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 168, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir...».

⁷ Art. 248.2 a) «Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra».

⁸ Si bien la doctrina lo sigue considerando aplicable a todos los contratos públicos. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII. Contratos*



ciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaren de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato».

Esta Ley incorpora un nuevo concepto del *factum principis* que contrasta con la configuración tradicional que había fijado la doctrina y la jurisprudencia, confirmando su reconocimiento excepcional en la práctica. Sin embargo, la limitación del concepto también implica el establecimiento de un espacio específico donde esta figura puede funcionar de forma autónoma y con total separación del resto de técnicas que hasta ahora la habían ensombrecido.

2. CONFIGURACIÓN TRADICIONAL

2.1. PRESUPUESTO DEL *FACTUM PRINCIPIS*: LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL EMPRESARIO Y EL PRINCIPIO DEL EQUIVALENTE ECONÓMICO

Para adentrarnos en el estudio del *factum principis* debemos partir de una cuestión previa, que es la relación existente entre el *principio de riesgo y ventura* del empresario y el equivalente económico en la contratación administrativa. Al tratarse, como todas las técnicas de equilibrio, de una manifestación del *principio de equivalente económico* su apreciación estará condicionada por la inoperatividad del *principio de riesgo y ventura* del empresario, existiendo entre ambos una relación de tensión y alternancia que hace que se contrapesen mutuamente.

En cualquier actuación que plantee dudas sobre la aplicación de una técnica de equilibrio económico lo primero que hay que comprobar es si ese riesgo queda cubierto por el *principio de riesgo y ventura*, si así fuera quedaría excluido el *principio del equivalente económico* de forma automática. La regla general es el *principio de riesgo y ventura*, según el cual, el empresario asume los riesgos derivados de la ejecución del contrato sin que la Administración quede obligada a compensarle por la mayor onerosidad sobrevenida⁹. De acuerdo con Muñoz Machado, el *principio de riesgo y ventura* es una expresión de la inmutabilidad del contrato, en cuya virtud el contratista se obliga a entregar una obra determinada asumiendo necesariamente los imprevistos que puedan ocurrir antes de su entrega definitiva a la Administración¹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo nos ofrece la siguiente definición: «La configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia

del Sector Público, BOE, Madrid, 2018, p. 189: «La obligación de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los supuestos de *factum principis*, está expresamente consignada en diversos preceptos de nuestro Derecho positivo que, aunque referidos a concretos contratos nominados, se han considerado extensibles por la doctrina a la totalidad de la contratación administrativa».

⁹ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., p. 123.

¹⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 182.

de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados...»¹¹. Esto implica que, con carácter general, los riesgos que amenacen las expectativas económicas del contratista serán insuficientes para provocar la modificación del contrato, excluyendo cualquier posibilidad de compensación a su favor¹².

El límite del «*riesgo y ventura*» es el mantenimiento de la ecuación económico-financiera pactada al comienzo de la relación contractual. Aquí es donde entra en juego el *principio del equivalente económico*. Como señala Ariño Ortiz, se trata de una garantía del contratista frente a los poderes desorbitados de la Administración que permite la *equivalencia honesta* entre el beneficio del concesionario y sus responsabilidades¹³. Si no existiera este principio, la Administración podría incumplir sus obligaciones cuando una circunstancia imprevista o injustificada amenazara el contrato, dejando desprotegida a la otra parte contratante, que debería cumplir en todo caso. De acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la obligatoriedad de los pactos decaerá cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso y altere los presupuestos del negocio o sus condiciones, provocando un perjuicio o enriquecimiento injusto a la otra parte, siendo imposible compensarlo por los mecanismos regulares¹⁴.

En consecuencia, como destaca la doctrina, dos son las premisas a tener en cuenta¹⁵:

Primera. La excepcionalidad de la compensación por desequilibrio económico, es decir, no siempre surgirá a cargo de la Administración el deber de compensar al empresario por las circunstancias que ocasionalmente aparezcan y le impidan alcanzar sus objetivos económicos. Si se admitiera de forma ilimitada la Administración podría convertirse en un seguro gratuito que garantizara al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, desnaturalizando la institución.

¹¹ STSS 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/3194), 14 de mayo (2001/4478) y 22 noviembre (2001/9727), entre otras.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», RAP, n.º 2, 1950, p. 88: «La consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual, es que la suerte de la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato».

¹³ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., p. 241.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 14 de marzo, y Memorias del Consejo de Estado de los años 2014-2015, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 313.

¹⁵ Un análisis detallado de la jurisprudencia en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 125.



Segunda. El carácter tasado de las técnicas de equilibrio económico, es decir, tan solo cabrá el restablecimiento del equilibrio económico cuando estemos ante un supuesto de compensación por *ius variandi*, *factum principis*, *riesgo imprevisible* y *fuerza mayor*. Las dos primeras son imputables a la Administración, mientras que las restantes son consecuencia de circunstancias ajenas a esta. Tan solo los riesgos ordinarios o inherentes al negocio, incluido el caso fortuito, son de cuenta del contratista y son abarcados por el «riesgo y ventura del empresario»¹⁶.

2.2. CARACTERÍSTICAS

El Dictamen 3725/1948, de 3 de noviembre, del Consejo de Estado exige los siguientes requisitos para apreciar un caso de *factum principis*:

- a) Una medida de carácter general.
- b) Un acto de autoridad que nazca del poder general de *imperium*. Esta técnica no funcionará cuando la actuación de la Administración se haya originado por circunstancias ajenas a su poder de decisión.
- c) El acto que nazca de la Administración debe tener eficacia bastante para imponerse en la ejecución de los contratos, por lo que exige relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y la subida del precio.
- d) Debe ser imprevisto y posterior a la adjudicación.
- e) Debe ser cierto y especial, no quedarán cubiertos los daños que afecten a la colectividad y constituyan cargas públicas.
- f) No debe haber culpa del contratista.

A los presupuestos anteriores es necesario añadir que, para que surja el deber de indemnizar la lesión, la medida general de la Administración debe ser de carácter imprevisible y extraordinario, incorporando nuevos elementos de hecho extraños al contrato que alteren su curso normal. Además, no deben existir otros mecanismos que permitan el resarcimiento del daño en el seno de la relación contractual¹⁷.

2.3. DELIMITACIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES

Como hemos indicado, el *factum principis* coexiste con otras técnicas de equilibrio económico como son el *ius variandi*, la *fuerza mayor* y el *riesgo imprevisible*. Estas tres técnicas son autónomas y cuentan con un desarrollo técnico-jurídico

¹⁶ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pp. 162-164.

¹⁷ ARIÑO ORTIZ, G. *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pp. 261 y 262 y Dictamen del Consejo de Estado núm. 1598/2002, del 31 de octubre.

profundo que contrasta con el *factum principis*, que, por el contrario, se encuentra en una posición especialmente vulnerable al compartir notas definitorias con las otras técnicas que ha dado lugar a dudas sobre su utilidad, así como al sistema de compensación aplicable. En efecto, el *factum principis* comparte con el *ius variandi* la necesidad de una actuación que emana de la Administración; mientras que comparte con la *fuerza mayor* y el *riesgo imprevisible* la nota de la imprevisibilidad.

En primer lugar, el *ius variandi* requiere una actuación de la Administración que es fruto de la potestad de modificación directa del contrato. Tradicionalmente, lo que ha permitido distinguir el *factum principis* del *ius variandi* ha sido el sujeto, es decir, la Administración que da origen a la actuación: si el acto emanaba de la Administración contratante estábamos ante un caso *ius variandi*; pero si provenía de una Administración distinta sería encuadrable en el *factum principis*. Las características del *ius variandi* pueden agruparse de la siguiente forma: a) se trata de una actuación que emana de la Administración Pública contratante; b) se basa en motivos de interés público; y c) afecta de forma directa a una concreta relación contractual.

En segundo lugar, la *fuerza mayor* constituye un supuesto claramente diferenciable y sobre el que no ha habido discusiones doctrinales más allá del carácter de *numerus apertus* o *numerus clausus* de los supuestos que contempla la ley¹⁸. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/3194) destaca las siguientes notas definitorias: a) se refiere a factores de carácter imprevisible y anormales en el desarrollo de las obras; b) imprevisible e inevitable; c) ajenos a la voluntad de las partes y, especialmente, a la conducta del contratista (no puede haber una actuación imprudente por su parte); y d) incidencia negativa en la ejecución contrato provocando la ruptura sustancial del equilibrio económico del contrato.

Finalmente, el *riesgo imprevisible* es una de las técnicas que más dificultades presenta para distinguirla del *factum principis*, puesto que la línea divisoria entre una y otra resulta, en ocasiones, difusa. El origen del *riesgo imprevisible* se encuentra en el *arrêt de Gaz de Bordeaux* de 30 de marzo de 1916, en el que se pretendía 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 1.ª Guerra Mundial. El Consejo de Estado francés consideró 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 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.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 763; GARCÍA DE ENTERRÍA analizó el art. 214.2 LCSP 2007 y se inclinó a favor de su consideración como una lista abierta de supuestos; sin embargo, la jurisprudencia sostiene la posición contraria (STSS 15 de marzo del 2005 y 27 de octubre de 2009) y la Ley actual es claramente restrictiva al reducir su apreciación a los supuestos enumerados en el artículo 239 LCSP 2017.



Las características del *riesgo imprevisible* son a) acontecimientos de carácter imprevisible (en sus orígenes se limitaba a las circunstancias de carácter económico, pero con posterioridad se extendió a fenómenos naturales y medidas adoptadas por los poderes públicos); b) el acontecimiento que lo causa debe tener carácter objetivo y tiene que basarse en criterios de racionalidad; c) ajeno a las partes; d) debe provocar la ruptura sustancial de la economía del contrato; y e) opera en ambas direcciones, tanto a favor del contratista como de la Administración¹⁹.

El hecho de que se trate de acontecimientos imprevisibles y ajenos a las partes, además de que originariamente el *riesgo imprevisible* exigiera que las circunstancias que provocaran la alteración fueran de índole económica, ha favorecido la confusión entre esta figura y el *factum principis*²⁰.

A pesar de esto, la doctrina ha defendido la autonomía del *riesgo imprevisible* frente al *ius variandi* y el *factum principis* apoyándose en la literalidad del artículo 127.2 b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, cuando dice: «Revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio...»²¹, entendiendo que tales modificaciones pueden ser como consecuencia del *ius variandi* o del *factum principis*; como categorías diferenciadas del *riesgo imprevisible*.

3. FUNDAMENTO

En un primer momento, la jurisprudencia clásica no acoge el *factum principis* porque no se podía justificar en un incumplimiento contractual y, por tanto, no cabía una indemnización. La doctrina de la responsabilidad se construía sobre la culpa y la Administración no podía responder de una lesión que se producía en la ejecución del contrato por una medida que no solo se encontraba dentro de sus competencias, sino que había sido acordada de forma legítima y que no contenía

¹⁹ DEVOLVÉ, P. y LONG, M. (coord.), *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, BOE, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, pp. 251-256 y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., pp. 140-142.

²⁰ La STSJ País Vasco núm. 599/2000, 17 de noviembre (RJC 2001/327), es un fiel reflejo de la confusión existente entre ambas figuras: «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...».

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., pp. 758 y 759.

reflejo alguno de antijuridicidad. Con posterioridad a la Ley de Revisión de Precios de 1945 se reconoce su naturaleza extracontractual²².

En la doctrina, cabe destacar dos tesis sobre el fundamento del *factum principis*: en primer lugar, desde su análisis histórico, Ariño Ortiz lo sitúa en la potestad ordenatoria general de la economía del Estado²³.

Sin embargo, se debe a los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez la tesis mayoritaria, que parte del reconocimiento de un ámbito de actuación del *factum principis* que opera en un plano superior a la relación contractual, como manifestación del ejercicio de poderes irrenunciables de la Administración, como pueden ser la potestad expropiatoria o la potestad reglamentaria²⁴. Así, la fundamentación del *factum principis* se apoya en los artículos que regulan la *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones Públicas. De esta forma, 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 será necesario indemnizar, aunque no exista cláusula de revisión de precios.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 31/1992, de 13 de febrero, contempla un supuesto en el que el interesado invoca el *factum principis* apoyándose en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y, finalmente, en el 106.2 de la Constitución. El Consejo señaló que estos artículos solo serían de aplicación cuando no existiera una relación típica entre la Administración y el afectado que pudiera abarcar el daño, es decir, cuando el sujeto que sufriera el daño fuera un tercero frente a las actuaciones de aquella. Sin embargo, la existencia de una relación típica entre Administración y reclamante no excluiría sin más la facultad de reclamar el daño causado, puesto que podría obtenerse a través de las normas reguladoras de la relación entre ambos sujetos. Esto es así porque, en determinados casos, la

²² ALBENDEA SOLÍS, I. y LEÓN GONZÁLEZ, A., «El reequilibrio económico de los contratos», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector...*, ob. cit., pp. 2295 y 2296.

²³ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., p. 263: «Las segundas son manifestación de la potestad ordenatoria general de la economía, de que goza el Estado interventor; son las medidas à la grande orchéstre, tales como devaluaciones monetarias, manejo del tipo de interés, medidas de variación del arancel, cargas sociales y, en general, todas las que supongan alteración directa de las condiciones económicas en que los contratos se ejecutan».

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 5.ª ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 663 y 664: «... este poder administrativo de alterar contratos, cuando no cabe por sí mismo, como un poder contractual estricto, aparece con toda claridad como la 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, aunque esta pueda presentarse aquí y liquidarse al margen del procedimiento expropiatorio ordinario... o bien como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las relaciones jurídicas existentes por vía normativa...».



existencia de una previa relación jurídica es presupuesto *de facto* para la efectividad de la *responsabilidad extracontractual* por *factum principis*.

De acuerdo con el Consejo de Estado, existe *factum principis* cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la economía sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio que tiene su origen en el poder de *imperium*. Por tanto, el fundamento de la indemnización por *factum principis* es la *responsabilidad extracontractual* o *responsabilidad patrimonial* de la Administración²⁵.

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, aunque esta se liquide en el seno del contrato. Tal y como se desprende del Dictamen: «La figura del *factum principis* entraña un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato administrativo precisamente aseguraba» y ello es lo que da origen al deber de compensar.

Por otro lado, la consideración autónoma de la *responsabilidad patrimonial* como institución aplicable en todos los ámbitos del Derecho, con un régimen jurídico propio y fácilmente comprensible, se convierte en una alternativa que rivaliza con el *factum principis* para la solución de problemas. Sin embargo, la esencia de esta técnica radica precisamente en su fundamento, que es lo que, paradójicamente, ha garantizado su supervivencia hasta la actualidad. La *responsabilidad patrimonial*, más allá de desbancar al *factum principis*, ha sido el recurso por excelencia para resolver los problemas prácticos a los que se refiere esta técnica, lo que se va a ver reflejado en la jurisprudencia. En efecto, en los escasos supuestos en los que se ha aplicado ha sido en base al *principio de responsabilidad patrimonial*, con la consiguiente indemnización económica propia de esta institución.

En este sentido, tiene especial relevancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5566)²⁶, que resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres. En un primer momento se impugnó la resolución desestimatoria de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Salud de Badajoz sobre la procedencia del incremento de las tarifas del contrato de gestión de servicio público para la prestación del servicio de ambulancia por el aumento del precio de la gasolina, que era consecuencia de varias órdenes del Ministerio de Hacienda de 1980 y 1981. La sentencia de instancia consideró este supuesto un caso de *factum principis* por tratarse de medidas administrativas ajenas al contrato, pero que repercutían indirectamente sobre la relación contractual, provocando un aumento de la onerosidad en perjuicio del contratista. La Audiencia Territorial justificó las consecuencias del *factum principis* en la *responsabilidad objetiva* de la Administración, aunque se liquide en el seno del contrato. Y, por su parte, el Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Audiencia y,

²⁵ Dictámenes núm. 46172, de 10 de mayo, y 46886, de 4 de octubre de 1984.

²⁶ En el mismo sentido destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6511).

finalmente, el derecho del prestatario del servicio a percibir una indemnización que atendiera al daño individualizado, con independencia de la existencia o no de una cláusula de revisión de precios.

De esta manera, cuando el Tribunal Supremo ha acudido al *principio de responsabilidad patrimonial* para solventar las controversias ha dado lugar a una indemnización económica. Esta modalidad de resarcimiento es característica de esta institución en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, aunque excepcionalmente se permitan compensaciones en especie (art. 34.4). Todo lo anterior contrasta con la diversidad de mecanismos de compensación que reconoce la Ley de Contratos del Sector Público actual para todas las técnicas de equilibrio económico, como se verá más adelante.

4. EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público transpone las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y regula el mantenimiento del equilibrio económico para la concesión de obras y de servicios públicos en los artículos 270 y 290 respectivamente, manteniendo prácticamente la misma redacción en ambos preceptos.

Previamente, cabe destacar que el legislador reconoce en el artículo 257 b) el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión conforme a las reglas contenidas en el artículo 270. En el mencionado precepto se desarrolla el deber de mantener la ecuación financiera de la concesión en los términos originariamente pactados para su adjudicación, para lo que habrá que tener en cuenta el interés general y el interés del concesionario. A continuación, se prevén los supuestos en los que es obligatorio el restablecimiento del equilibrio, es decir, las cuatro técnicas de equilibrio económico que abordaremos inmediatamente.

En primer lugar, el artículo 270.2, a) prevé el equilibrio económico del contrato «cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262», en clara alusión al *ius variandi*²⁷. No obstante, las circunstancias que permiten la modificación de los contratos están reguladas en los artículos 203 y ss. de la Ley, que transponen los arts. 72 de la Directiva 2014/24 y 43 de la Directiva 2014/23. Sucede, sin embargo, que estas últimas incorporan un con-

²⁷ El art. 262.1 dispone que «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». En la misma línea, el art. 261.1 recoge, entre las prerrogativas y derechos de la Administración, en la letra b): «Modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley»; y d) «Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 279 y 280».



cepto amplio, comprensible tanto del *ius variandi* como del *riesgo imprevisible* (lo mismo hace el art. 290 para las concesiones de servicios)²⁸. Es así como la letra b) del artículo 205.2 dispone que se podrá modificar el contrato cuando «se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato...»²⁹. Para su apreciación son exigibles tres condiciones: a) que se trate de una circunstancia imposible de prever para una Administración diligente; b) que no se altere la naturaleza global del contrato; y c) que la alteración de la cuantía no supere, aislada o conjuntamente con otras modificaciones, el 50% del precio inicial.

En segundo lugar, los artículos 270.2, b) y 290.4, b) contemplan el *factum principis* como una figura independiente del *ius variandi* y del *riesgo imprevisible*. Esta apreciación es relevante porque, aunque la configuración actual tiende a asimilarlo al *ius variandi* al equipararlas en función del origen de la mayor onerosidad por ser actuaciones que emanan de la Administración, la redacción no genera confusión sobre la autonomía de cada una de ellas. También es llamativo que se contemple el *factum principis* y la *fuerza mayor* en apartados distintos, dado que en las dos legislaciones anteriores se recogían conjuntamente. Esta nueva configuración del *factum principis* será analizada con detenimiento en el epígrafe siguiente, si bien cabe anticipar de conformidad con los artículos mencionados que se configura como una actuación de carácter obligatorio que emana de la Administración Pública contratante y que conlleva la ruptura sustancial de la economía del contrato.

En cuanto a la *fuerza mayor*, tan solo se admitirá en los casos contemplados en el artículo 239³⁰ de la Ley, cuando se produzca la ruptura sustancial de la ecuación financiera de la relación contractual. Esta es la única técnica que ha permane-

²⁸ MANENT ALONSO, L., «Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios», en MESTRE DELGADO, J.F. y 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, p. 174 y nota núm. 79: la doctrina pone de manifiesto la sorpresa que causó el hecho de la que la Directiva 2014/23 no regulara en lo más mínimo el mantenimiento del equilibrio de la concesión, quedando en manos de la LCSP 2017 despejar las dudas sobre esta materia. Como señala el autor, el Consejo Europeo decidió no incorporar el mantenimiento del equilibrio financiero en su orientación general de 26 de noviembre de 2012 a la propuesta de Directiva en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión porque consideró que esta finalidad podía lograrse a través del régimen de modificaciones previsto en el artículo 43 de la Directiva 2014/23.

²⁹ MANENT ALONSO, L., «Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios», en MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L. (dirs.), *La Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 176-178: El autor considera esta previsión del legislador como el primer intento de positivación que se hace en una ley estatal, aunque entiende que se ha realizado sin respetar los márgenes que la jurisprudencia había definido hasta ahora por recogerlo junto con el *ius variandi*. La previsión de ambas figuras conjuntamente implicaría la aplicación de las mismas reglas sobre equilibrio económico.

³⁰ Art. 239.2: «Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos... c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves de orden público».

cido prácticamente inalterada desde la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1965. Los problemas que tradicionalmente se planteaban en torno al carácter abierto o cerrado de la lista de supuestos son resueltos por la jurisprudencia, que sostiene una interpretación restrictiva sobre esta posibilidad en coherencia con la propia redacción del texto legal³¹.

Por otro lado, los artículos 270.3 y 290.5 recogen diversas formas de compensación³², que van más allá de la mera indemnización, propia del *principio de responsabilidad patrimonial*, como pueden ser la modificación de tarifas, la modificación de la retribución a abonar por la Administración, la reducción del plazo concesional, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico, así como la ampliación del plazo. Cabe tener en cuenta que la ampliación del plazo concesional o prórroga de la concesión es un mecanismo que se reconoce exclusivamente para los casos de *factum principis y fuerza mayor*³³.

Aunque la ley se dedica a establecer las diversas modalidades de compensación, en ningún momento determina cuál es el sistema de compensación aplicable a cada técnica de equilibrio económico. La legislación se limita a precisar *cómo pagar al contratista* (lo que es común a todas las técnicas), en vez de determinar *cómo se restablece el equilibrio del contrato*, lo que es imprescindible para que el *principio de equilibrio económico* se desenvuelva adecuadamente y que cobra aún más relevancia si tenemos en cuenta que no todas las técnicas se compensan de la misma forma. Sin perjuicio del análisis que se hace sobre esta cuestión, cabe destacar que existen dos sistemas de compensación: uno que persigue la reposición del contratista a la posición inicialmente pactada con la *compensación integral* del daño; y otra que, por el contrario, exige la compartición del daño entre las partes del contrato.

A pesar de las novedades que incorporan las Directivas sobre contratación, no se incluye ninguna especialidad relativa al mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Esto no quiere decir que los cambios comentados anteriormente no influyan sobre el ejercicio del *principio de equilibrio económico*; de hecho, la redacción actual adolece de una falta de armonización que despierta dudas sobre el funcionamiento de las técnicas, especialmente sobre el *ius variandi* y el *riesgo imprevisible*.

³¹ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 184.

³² Esta previsión se complementa con el artículo 127.2.2.º RSCL: «a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones... b) revisará las tarifas y subvención...».

³³ El art. 270.3 requiere para prorrogar la concesión que «la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial», el 290. 5 tan solo exige que el plazo no supere el 15% de su duración inicial.



5. LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL *FACTUM PRINCIPIS*: EXCLUSIÓN DE LOS ACTOS DE UNA ADMINISTRACIÓN DISTINTA DE LA CONCEDENTE Y DEL PODER LEGISLATIVO

La nueva Ley resuelve dos cuestiones polémicas que tradicionalmente habían caracterizado el *factum principis*. La primera de estas cuestiones tiene que ver con el origen del acto de *imperium*, mientras que la segunda tiene que ver con la naturaleza del acto.

5.1. ACTUACIONES DE UNA ADMINISTRACIÓN DISTINTA DE LA CONCEDENTE

El artículo 248.2, b) de la Ley 13/2003 exigía el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión cuando «... actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión»; la expresión «Administración» permitía englobar tanto actuaciones de la Administración concedente como de otras distintas.

Un ejemplo a favor de esta consideración viene recogido en el Informe 61/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 31 de marzo de 2009³⁴, en el que la JCCA identifica como *factum principis* una alteración impuesta por una autoridad ajena a la relación contractual. En el supuesto, el Ayuntamiento de Mijas suscribió una concesión desde el año 1996 hasta 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.

La posibilidad de extender el *factum principis* a cualquier Administración no solo se justificaba en la redacción prevista en la Ley 13/2003, sino en el propio fundamento de esta técnica. El *principio de responsabilidad objetiva* de la Administración permite entender que cualquier medida imperativa y obligatoria que reúna los requisitos propios del *factum principis* podría dar lugar a una indemnización³⁵.

En sentido opuesto se manifestó el Consejo de Estado en el Dictamen número 1030/2015, de 21 de enero, donde valoró cautelosamente esta cuestión 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.

³⁴ Otro ejemplo es el contenido en la STS 2 diciembre de 1985 (RJ 1985/6511).

³⁵ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., p. 147.

En dicho Dictamen, el Consejo de Estado trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (RJ 2011/4351), en la que la demandante pretende el restablecimiento del equilibrio económico por concurrir circunstancias imprevisibles en el momento en que presentó la oferta y que le impidieron que la ejecución del contrato se desarrollara con normalidad. Tal y como explica el Consejo de Estado, la concesionaria construyó una autopista de peaje (AP-41), pero esta vio limitada sus funciones por dos motivos:

- a) Porque se produjo un desdoblamiento de una autopista autonómica con la intención de mejorarla que redujo el tráfico de la AP-41.
- b) Porque en el momento en que se construyó la AP-41 estaba previsto construir otra autopista de forma simultánea que se encargaría de desviar el tráfico y garantizar su funcionamiento, pero nunca se construyó por no cumplir los requisitos medioambientales.

La concesionaria invoca el *factum principis* y considera que no ha habido una coordinación entre Administraciones, por lo que finalmente la Administración General del Estado debe responder por los daños ocasionados. El Tribunal Supremo negó el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión en el primer caso porque no puede responsabilizarse a la Administración del desequilibrio que pudieran causar las actuaciones de otras Administraciones en el ejercicio de sus competencias. En cambio, en el segundo supuesto, el Tribunal resolvió acordando el reequilibrio económico al considerar que la entrada en servicio de la otra autopista era fundamental para el planteamiento de la AP-41, siendo su construcción un evento hipotético y futuro que rompió la ecuación financiera del contrato.

Cobra especial relevancia de cara a la cuestión que tratamos una de las conclusiones a las que llega el Consejo de Estado, en cuya virtud los actos de autoridad que emanen de la Administración contratante, siempre que reúnan los presupuestos necesarios para ello, consistirán un supuesto de *factum principis*. En cambio, las actuaciones que provengan de Administraciones distintas de la concedente y desequilibren las prestaciones contractuales se encauzarán por la *teoría de la imprevisión*³⁶.

³⁶ «En el caso presente, se puede avanzar que no existen fundamentos jurídicos suficientes para sostener que la reducción del volumen del tráfico [...] puede ser considerada un supuesto de responsabilidad administrativa por *factum principis*. La aplicación de esta teoría únicamente resulta viable cuando la medida que da lugar al desequilibrio contractual procede de la Administración concedente y que reconducen los desequilibrios generados como consecuencia de la adopción de la medida en cuestión por una administración distinta a la doctrina del riesgo imprevisible...».



5.2. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO PRODUCIDA POR UNA DECISIÓN DEL LEGISLADOR

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 realizó a la luz de los principios inspiradores de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuya virtud toda privación singular permite exigir responsabilidad, aunque esta sea creada por ley³⁷.

En este sentido, cabe destacar nuevamente el informe de la JCCA 61/08 en el que se reconoce la existencia del *factum principis* porque existe una medida de carácter obligatorio y general adoptada fuera del ámbito contractual que perjudica al contratista. Además, el origen se encuentra en una norma jurídica que entra en vigor durante la concesión (Ley 16/2002, de 1 de julio) y de la que se deriva la obligación de realizar determinadas obras de adaptación de las instalaciones³⁸.

Por su parte, el Dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, mencionado anteriormente, contempla un supuesto en el que Telefónica reclama una compensación por ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia, entre otras cosas, de la supresión de su derecho a la prestación del servicio en régimen de monopolio. Esta restricción tuvo su origen en la aprobación de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Telefónica no fundó la reclamación en un supuesto de *factum principis*, pero el Consejo de Estado lo valoró igualmente porque consideró que la aprobación de la norma podía dar lugar a la aparición de esta figura, bien por la aplicación del principio de responsabilidad del Estado legislador, o bien por constituir una expropiación legislativa. Finalmente, rechazó esta posibilidad por entender que la liberalización no era consecuencia del ejercicio de una potestad de *imperium* de la Administración española, sino de las exigencias de Derecho comunitario, que, al fin y al cabo, son una proyección de la condición de España como Estado miembro de la Unión Europea. En ningún momento se deduce del Dictamen que la imposibilidad de apreciar el *factum principis* dependa del carácter legislativo del acto que origina el desequilibrio contractual.

³⁷ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., p. 269. Destaca las SSTs 25 de julio de 1917 y 12 de febrero de 1909.

³⁸ En el citado Dictamen se establece lo siguiente: «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».

Una posición favorable es la que mantiene también, en la doctrina más reciente, Vázquez Lacunza, al afirmar 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. Para ello, se apoya nuevamente en la *responsabilidad patrimonial*, salvo que la propia ley lo excluya expresamente³⁹.

5.3. LA SOLUCIÓN DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS

En cuanto a las dos cuestiones expuestas anteriormente, la LCSP 2017 disipa cualquier duda al respecto cuando circunscribe las actuaciones que pueden dar lugar al *factum principis* exclusivamente a aquellas que provengan de la Administración Pública concedente, excluyendo cualquier actuación no solo de otras Administraciones Públicas ajenas a la relación contractual, sino de otros poderes públicos en general.

Los artículos 270.4 y 290.6 establecen un *derecho de desistimiento* a favor del contratista cuando el cumplimiento resulte extraordinariamente oneroso para el concesionario por alguna de estas circunstancias:

- a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- b) Cuando el concesionario deba incorporar a las obras o explotación, como consecuencia de una obligación legal o contractual, avances técnicos que la mejoren notoriamente y cuya disponibilidad se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Como se puede comprobar, el legislador ha limitado el concepto que tradicionalmente había establecido la doctrina y la jurisprudencia, incorporando así las tendencias jurisprudenciales más actuales a la ley. De esta forma, la actuación de una Administración distinta de la concedente no podrá dar lugar a una compensación por *factum principis*; y tampoco como consecuencia de la aplicación legal o contractual de la denominada *cláusula de progreso*⁴⁰.

Ambas cuestiones se dilucidan al margen del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. En este sentido, el art. 270.2, tras reconocer el *ius variandi*, el *riesgo imprevisible* y el *factum principis*, establece lo siguiente: «Fuera de los casos previstos en los casos anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma

³⁹ VÁZQUEZ LACUNZA, E., *El equilibrio en los contratos de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 266.

⁴⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., pp. 337 y 338; y MANENT ALONSO, L., «Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios», en MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L. (dirs.), *La Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 176. Menciona la STS 11 de mayo de 2011.



directa la ruptura sustancial de la economía del contrato...». Los supuestos mencionados en el apartado cuatro del mismo artículo no dan lugar a una compensación porque no provocan la ruptura de la ecuación financiera del contrato; además, en el caso de que el concesionario decida desistir el contrato amparándose en alguna de tales circunstancias no tendrá derecho a indemnización alguna.

6. COMPENSACIÓN

Otro de los problemas al que se enfrenta el *factum principis* desde sus orígenes es el relativo al sistema de compensación, precisamente, por la posición intermedia que ha mantenido entre el *ius variandi* y el *riesgo imprevisible*. La importancia de esta cuestión se justifica en la finalidad misma del mantenimiento del equilibrio económico, que persigue el restablecimiento de la ecuación financiera cuando esta se rompe de forma sustancial. El restablecimiento solo puede lograrse a través de la compensación adecuada; por ello, la claridad sobre el sistema aplicable determinará la capacidad de la técnica para cumplir con el cometido que se le encomienda.

La primera de estas fórmulas se conoce como *compensación integral* e implica, como dice García de Enterría, el abono de los perjuicios causados, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, hasta el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, tal y como ocurre con el *ius variandi*⁴¹. El segundo sistema es propio del riesgo imprevisible e implica la compartición del gasto, esto es, el reparto proporcional y razonable de las pérdidas entre Administración y contratista.

Tradicionalmente, la doctrina mayoritaria ha considerado que la compensación derivada del *factum principis* no tiene el mismo carácter que la del *ius variandi*, por lo que no tiene carácter integral. Ariño Ortiz justificó esa diferencia en que, en el caso del *factum principis* hablamos de *indemnización*, lo que supone que el daño causado es antijurídico y debe repararse. Ocurre lo contrario con el *ius variandi*, donde hablamos de *compensación* y esto implica que el daño está justificado, pero genera al favor del contratista el derecho a percibir el equivalente.

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 cambio, en la compensación integral se hace referencia a la idea de precio y la cuantía a pagar será exactamente la correspondiente a la prestación⁴².

⁴¹ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., p. 245; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 753.

⁴² ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico...*, ob. cit., pp. 267 y 268: el autor sostuvo originariamente dos posiciones contrapuestas, en un primer momento y a partir de la interpretación del artículo 57 del Reglamento de las Corporaciones Locales de 1953 y la Ley de Revisión de Precios de 1945 consideró dudoso el carácter integral de la indemnización por *factum principis*, viendo razonable la posibilidad de que Administración y contratista compartieran el daño. Posteriormente cambió de postura, apoyándose en el artículo 80 LCAP, que contemplaba como causa de



La jurisprudencia del Tribunal Supremo es un fiel reflejo de esta controversia, existiendo pronunciamientos en los que se ha equiparado el *factum principis* al *ius variandi* y otros casos en los que se ha asemejado al *riesgo imprevisible*, con las consecuencias que ello conlleva en el ámbito de la compensación.

Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1986 (RJ 2081/1986), que en su tercer fundamento jurídico marca una separación entre las consecuencias que conlleva el *ius variandi* y el *factum principis* de los casos de *riesgo imprevisible*. En las primeras dos figuras la Administración tiene el deber de indemnizar al contratista el daño emergente y el lucro cesante para restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas, al contrario que en el *riesgo imprevisible*, cuya compensación persigue el mantenimiento del servicio a través de la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambas partes contratantes.

En sentido contrario, se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987 (RJ 1987/8326), que confirma que la teoría del equilibrio económico de la concesión administrativa que se fundamenta sobre el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas de la concesión tiene un doble alcance, uno más limitado que abarca exclusivamente el *factum principis* y otro más amplio que incluye, además, el *riesgo imprevisible*.

La posición jurisprudencial mayoritaria determina el sistema de compensación en función del origen de la mayor onerosidad, partiendo de la lectura del artículo 127.2,2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955⁴³:

- 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 cesante. Esta tendencia encuentra su apoyo en la LCSP 2017, puesto que, aunque la configuración del *factum principis* encuentra más limitaciones que en legislaciones anteriores, no deja de perfilar un concepto más preciso y cercano al *ius variandi* que al *riesgo imprevisible*, inclinándose hacia el sistema de *compensación integral*.
- 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

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.

⁴³ Art. 127.2: «La Corporación concedente deberá: 2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión».



el servicio público se distribuirán las pérdidas entre ambos de forma proporcional y razonable⁴⁴.

7. CONCLUSIÓN

La nueva Ley de contratos del sector público consagra expresamente la figura del *factum principis* como técnica de equilibrio económico del contrato, diferenciada del *ius variandi*, del *riesgo imprevisible* y de la *fuerza mayor*. No obstante, se reduce su tradicional ámbito de aplicación, al restringirla exclusivamente a las actuaciones derivadas de la Administración contratante, lo que no deja de ser cuestionable.

Si bien el texto legal viene a reforzar su consolidada posición en el ordenamiento jurídico como técnica autónoma de equilibrio económico de las concesiones, la regulación vigente sigue siendo insuficiente en muchos aspectos (como el relativo al sistema de compensación). Los estrictos límites a los que se ve constreñida y la falta de precisión pueden perpetuar que el *factum principis* siga estando a la sombra de otras técnicas, especialmente del *riesgo imprevisible*, como ha sucedido hasta ahora; y que su aplicación práctica siga siendo algo meramente testimonial.

RECIBIDO: 06-01-2020; ACEPTADO: 14-02-2020



⁴⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La Nueva Concesión de Servicios...*, ob. cit., p. 151.