

Equilibrio económico de las concesiones administrativas¹

FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS
Magistrado del Tribunal Supremo

- 1. Aleatoriedad del contrato y equilibrio concesional**
 - 1.1. Concepto y evolución normativa
 - 1.2. Excepciones a la aleatoriedad del contrato
 - 1.3. Técnicas y medidas de equilibrio económico
- 2. La revisión de precios**
- 3. *Factum principis* y *ius variandi***
 - 3.1. Actuaciones propias de la Administración concedente
 - 3.2. Disposiciones generales y cambios legislativos
 - 3.3. Modificaciones unilaterales
- 4. Fuerza mayor y riesgo imprevisible**
 - 4.1. La fuerza mayor
 - 4.2. El riesgo imprevisible
- 5. Equilibrio económico en el periodo de prolongación forzosa del contrato y órdenes de continuidad**
- 6. Bibliografía**

Resumen

En el presente trabajo se ofrece una exposición de la cuestión relativa al mantenimiento del equilibrio económico en las concesiones administrativas de obras y servicios. A tal fin, se examinan las diferentes técnicas articuladas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente al respecto.

Palabras clave: *concesiones administrativas; contratos del sector público; equilibrio económico; revisión de precios; ius variandi; fuerza mayor; riesgo imprevisible.*

1. El presente texto trae causa de la ponencia presentada, el 14 de marzo de 2025, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2025, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

Equilibrium in administrative concessions

Abstract

This article explores the matter of maintaining economic equilibrium in administrative concessions for works and services. To this end, it examines the different techniques articulated in Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, with special attention to the most recent Supreme Court jurisprudence on the matter.

Keywords: administrative concessions; public sector contracts; economic equilibrium; price review; *ius variandi*; force majeure; unforeseeable risk.

1

Aleatoriedad del contrato y equilibrio concesional

1.1

Concepto y evolución normativa

Los contratos administrativos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, lo cual no obsta para que se reconozcan excepciones a dicho principio. En nuestro ordenamiento jurídico, ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a la aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*), o por hechos que se consideran “extramuros” del normal “alea” del contrato, por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible².

En el ámbito de las concesiones administrativas, el equilibrio económico se configura como un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario privado, asegurando la conmutatividad de las prestaciones y la igualdad de las partes, y que se justifica en el interés público a que atiende el objeto de la concesión³.

La construcción doctrinal del concepto de equilibrio concesional procede del Consejo de Estado francés, que puso el acento en la existencia de un

2. STS de 28 de enero de 2015 (RC 499/2012), y STS núm. 3839/2016, de 20 de julio de 2016 (RC 339/2015).

3. Barrio Andrés (2017).

principio de igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas en consonancia con la “honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige”, en expresión del *Arrêt* de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés⁴.

La compatibilidad del equilibrio económico y el principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos de concesión está plasmada en la Directiva 2014/23/UE (en adelante, la Directiva de concesiones), que re-define el contrato de concesión, cuya diferenciación pivota alrededor del elemento nuclear de “transferencia del riesgo” recogido en la Directiva de concesiones, y plasmado en el art. 14.4 de la LCSP. De ahí surge el concepto de “riesgo operacional”, que caracteriza a la concesión y que supone un plus respecto del principio de riesgo y ventura, en cuanto que se le añade el riesgo operacional o de explotación⁵, pero que en todo caso es compatible con la institución del equilibrio concesional, si se dan los requisitos para que el restablecimiento de la economía del contrato.

La Directiva de concesiones de 2014 no incidió sustancialmente en la concesión de obras públicas, tal como estaba tradicionalmente configurada en nuestro derecho, si bien introdujo de forma novedosa el tipo contractual de concesión de servicios. La configuración del riesgo como elemento nuclear y fundamental de la concesión ha sido incorporada en la evolución normativa, lo que determina una regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Así, en línea evolutiva y en el ámbito de las concesiones de obras públicas, la regulación inicial de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 evolucionó hacia un régimen jurídico de mayor seguridad y eficacia en la legislación sectorial, debiendo citarse la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas, como norma que dotó al sector de autopistas de un régimen jurídico específico, y que a la postre inspiraría la regulación de la Ley 13/2003, a la que siguieron otras normas sectoriales como la Ley 16/1987, de 30 de julio, de los Transportes Terrestres, que contiene la regulación para las concesiones de ferrocarriles; la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; el art. 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, para el sector hidráulico; la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; la

4. *Arrêt* de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés (*Compagnie Générale Française des Tramways –arrêt Blum*).

5. Existe una amplia controversia doctrinal sobre el alcance de los conceptos “riesgo y ventura” y “riesgo operacional”, con diferentes posturas sobre su homogeneidad y alcance. El art. 254.1 de la LCSP configura el riesgo operacional como un añadido al riesgo y ventura, al transferirse al concesionario el riesgo de demanda y/o suministro. Esta posición la mantienen algunos autores como Gimeno Feliu (2018: 102) y Sahún Pacheco (2019: 245).

Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y la Ley de Aguas aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

La regulación horizontal antecedente de la concesión de obras públicas procede de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que la configura como un contrato típico, el cual resulta caracterizado por cuatro notas fundamentales como son el concepto de obra pública susceptible de explotación, el riesgo concesional, el equilibrio económico de la concesión y la diversificación de la financiación. Esta ley articula un marco regulador para la gestión y financiación privada de las obras públicas, donde la carga económica de la construcción y conservación de la obra es asumida por el concesionario, quien a cambio percibe la tarifa que pagan los usuarios por la utilización de la obra o servicio.

La Ley de 2003 introdujo elementos novedosos en el régimen concesional tradicional, como la posibilidad de que exista financiación pública o ayudas de la Administración en la ejecución de la obra, y la existencia de excepciones al principio de riesgo y ventura por causa de fuerza mayor, y así, el art. 248.2 del TRLCAP de 2000, introducido por la Ley 13/2003, refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato en los supuestos de *ius variandi*, fuerza mayor, *factum principis* y de acuerdo a las previsiones del propio contrato; precepto que se reproduciría posteriormente en el art. 258.2 del TRLCSP de 2011.

En la vigente regulación de la LCSP de 2017, se regulan las concesiones de obras y de servicios, desapareciendo el contrato de gestión de servicios. La regulación del mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones se recoge en el art. 270 de la LCSP, para las concesiones de obras, y en el art. 290 de la LCSP, para las concesiones de servicios.

1.2

Excepciones a la aleatoriedad del contrato

La problemática sobre la distribución de riesgos en la ejecución de los contratos es de gran importancia, especialmente en los contratos concesionales, puesto que se trata por lo general de contratos de larga duración, en los que los desequilibrios económicos pueden ser más frecuentes a lo largo de la ejecución del contrato⁶.

La vigencia del principio de riesgo y ventura, o el de riesgo operacional, determina que existan tasadas excepciones a la aleatoriedad de los contra-

6. Tornos Mas (2024).

tos administrativos. Ello significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato dé derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a los tasados supuestos de *ius variandi*, *factum principis*, y fuerza mayor o riesgo imprevisible⁷.

En las normas de contratación pública están contemplados expresamente los casos de reequilibrio concesional por modificación unilateral, actuaciones de la Administración contratante y fuerza mayor, pero no así el riesgo imprevisible, que es una construcción jurisprudencial, con origen en el *Arrêt* de 30 de marzo de 1916 del Consejo de Estado francés⁸, que desarrolla dicha teoría del riesgo imprevisible, en el marco de la ruptura de la economía del contrato por causa sobrevenida de desajuste de costes derivado del incremento de los precios del carbón por la Primera Guerra Mundial, reconociendo la obligación de la Administración contratante de compensar al contratista, indemnizándolo por el incremento del precio del carbón.

La STS de 20 de diciembre de 1990⁹, con cita del mencionado *Arrêt Gaz de Bordeaux* como precedente de derecho comparado, expresa que la doctrina del riesgo imprevisible tiene la finalidad de corregir el desequilibrio producido en el contrato como consecuencia de la “mayor onerosidad sobrevenida”, con el consecuente deber de la Administración concedente de “restaurar el equilibrio mediante las compensaciones correspondientes, ya que, en todo caso, ese deber resulta del hecho mismo del ejercicio de los poderes de sacrificio de los derechos e intereses particulares de que dispone la Administración en aras del interés general. Este interés general está constituido por la realización de las obras contratadas y la conveniente colaboración entre la Administración y los concesionarios”.

En el plano normativo, la doctrina del riesgo imprevisible fue introducida en el ámbito de la normativa local en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (arts. 126 y siguientes), en el que expresamente se estableció que la Administración concedente debía revisar las tarifas y la subvención “cuando, aún sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión” (art. 127.2 del citado reglamento). El mantenimiento del equilibrio económico de la concesión no desplaza el principio de riesgo y ventura del contratista, sino que mitiga el riesgo económico que es consustancial a la explotación del servicio, pues se

7. Por todas, STS de 4 de febrero de 2014 (RC 486/2011).

8. *Arrêt Gaz de Bordeaux*.

9. STS, Sala Tercera, núm. 2173/1990, de 20 de diciembre de 1990.

trata de una institución que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas (*cf.* art. 129.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)¹⁰.

También se contempla el riesgo imprevisible en sede de modificación del contrato, en el art. 205.2.b) de la LCSP de 2017¹¹, autorizando la modificación de un contrato vigente por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación de este. Del mismo modo, la adaptación del contrato en caso de circunstancias imprevisibles se recoge en el considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE (Directiva de contratos), así como en el considerando 76 de la Directiva de concesiones.

Fuera de esta regulación, no se reconoce a nivel normativo el derecho del concesionario al resarcimiento ante desequilibrios debidos a hechos imprevisibles, por lo que se trata de un supuesto de construcción jurisprudencial, con base en la ruptura de la economía concesional debida a un hecho sobrevenido e imprevisto, que queda fuera del normal riesgo del contrato.

1.3

Técnicas y medidas de equilibrio económico

La conformación de los presupuestos y efectos del equilibrio económico del contrato puede tener su fuente en la voluntad de las partes, en la ley, o bien en las excepciones al principio de aleatoriedad a que se ha hecho referencia anteriormente.

El equilibrio convencional puede tener su fuente en las cláusulas del contrato, o en un pacto posterior en función de las vicisitudes, amparado en el principio de autonomía de la voluntad o libertad de pactos en los términos establecidos en el art. 34 de la LCSP.

Las medidas legales de equilibrio pueden desplegar eficacia general, o dictarse en función de determinadas situaciones o para un tiempo determinado. De estas medidas legales destaca especialmente la técnica de la

10. *Vid.* SSTSJ Cataluña, Sección 5.ª, núm. 661/2008, de 16 de julio de 2008 (recurso núm. 174/2005) y 15 de mayo de 2009 (recurso núm. 287/2006).

11. El art. 205.2.b) establece como supuesto de modificación del contrato: "b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes: 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido".

revisión de precios como mecanismo típico de restablecimiento de la economía de determinados contratos, la cual será analizada a continuación.

Las medidas para el restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones administrativas pueden ser de diferente naturaleza, tales como incremento de tarifas, revisión de precios, otorgamiento de una subvención o cualquier otra compensación económica, o prórroga de la duración del contrato. Habrá de estarse a lo pactado, a la regulación legal y sus límites, así como a las causas que determinan el restablecimiento del equilibrio de la economía de la concesión, debiendo significarse que, así como el *ius variandi*, el *factum principis* o la fuerza mayor buscan en principio una compensación integral, en el caso del riesgo imprevisible se trata de un reparto de cargas entre la Administración y la concesionaria, mediante una distribución proporcional y razonable que permita la continuidad del contrato.

Analizaremos en primer lugar las medidas legales sobre revisión de precios, como técnica de equilibrio concesional, para posteriormente examinar, de forma separada, las causas tasadas que pueden determinar la institución del reequilibrio, distinguiendo entre las actuaciones unilaterales de la Administración y los casos de fuerza mayor y riesgo imprevisible. Finalmente, se hará una referencia al equilibrio concesional en los periodos de prolongación forzosa o de órdenes de continuidad.

2

La revisión de precios

La revisión de precios es una técnica tradicional de equilibrio económico de los contratos, la cual puede ser compatible con otras causas de restablecimiento del equilibrio económico, como puede ser el riesgo imprevisible¹².

El art. 102.5 de la LCSP contempla la revisión de precios, al alza o a la baja, como un mecanismo para garantizar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, desarrollándola en los arts. 103 a 105.

La revisión de precios es un supuesto específico de modificación contractual que afecta a uno de sus elementos esenciales, el precio, con un régimen jurídico propio. La revisión de precios es una excepción al principio de riesgo y ventura, concebida como una cláusula de estabilidad del contrato¹³.

En la regulación legal, se trata de un mecanismo de limitado alcance, previsto inicialmente para los contratos de obra, los contratos de suminis-

12. STS de 19 de enero de 1999 (RC 1290/1990).

13. Carrillo *et al.* (2023).

tros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas, los contratos de suministro de energía y aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, si bien las posteriores reformas legislativas de la revisión de precios han ampliado su ámbito objetivo y han flexibilizado los requisitos para su constitución. Así, la reforma operada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, introduce la posibilidad de que los pliegos contemplen la revisión de precios en contratos de suministro y servicios no contemplados anteriormente, siempre que el incremento del coste de las materias primas, de los bienes intermedios o de la energía haya sido significativo.

Tras la reforma operada por la Ley 11/2023, el apartado 2 del art. 103 de la LCSP establece que, previa justificación en el expediente, puede admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años, siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto. Por su parte, el art. 103.5 de la LCSP, en cuanto al momento en que puede realizarse la revisión, establece que, salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe, y hubiese transcurrido un año desde su formalización, con lo que se anticipa la revisión, al reducirse el periodo anterior de dos años.

Como medidas excepcionales de revisión de precios, se han promulgado recientemente medidas específicas para hacer frente al imprevisto incremento de costes de determinadas materias primas, debiendo citarse las establecidas en los arts. 6 a 10 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo (modificados por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo), y en el Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, respecto de los contratos de obra. Asimismo, y respecto del material ferroviario, debe destacarse la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, cuya disposición adicional segunda establece un régimen excepcional de revisión de precios para los contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento.

En el ámbito de la revisión de precios, la problemática que se plantea deriva de la insuficiencia de los mecanismos para mitigar los efectos del incremento de precios en la ejecución de los contratos. La jurisprudencia se ha mostrado restrictiva a aplicar la teoría del riesgo imprevisible en el caso

de incremento de precios de las materias primas, con el fundamento de que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no puede trasladarse sin más a otra construcción jurídica, la de la excesiva onerosidad, si bien ello está en función de las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso¹⁴. Así, la STS de 23 de abril de 2022¹⁵ admite la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible en un caso de incremento de los precios de los productos ligantes asfálticos y de la energía en un contrato de obras, en función de las circunstancias concurrentes en el caso. No obstante, la tendencia de la jurisprudencia es considerar de manera restrictiva el riesgo imprevisible¹⁶.

Se ha planteado la posibilidad de utilizar la vía de la modificación del contrato por riesgo imprevisible para revisar el precio, con base a lo dispuesto en el art. 205.2.b) de la LCSP, lo cual genera controversia por la consideración del precio como elemento esencial del contrato, de manera que, en esta interpretación, no sería posible alterar el precio del contrato a través del ejercicio del *ius variandi*, tal como se viene interpretando mayoritariamente. No obstante, la utilización de este mecanismo ha sido acogida por algunos órganos de contratación, e incluso ha sido plasmada normativamente en el art. 17.1.b) del Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, de Baleares¹⁷.

En la interpretación de los tribunales, la SAN de 10 de octubre de 2022¹⁸ ha aplicado el citado art. 205.2.b) de la LCSP para revisar a la baja el precio de un contrato de suministro de mascarillas, al apreciar una circunstancia sobrevenida no previsible, al haber bajado significativamente el precio por circunstancias de mercado transcurridos los primeros meses de la pandemia, con fundamento en que la Administración tenía la potestad y el deber de ajustar los precios a la baja, en observancia del principio de integridad y de una eficiente utilización de los fondos, que se recoge en el art. 1 de la LCSP.

Esta posición de acudir a la vía de la modificación del contrato por circunstancias imprevisibles para la revisión excepcional de precios por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles es defendida por un sector de la doctrina, con apoyo en los arts. 72.1.c) de la Directiva de contratos y 43.1.c) de la Directiva de concesiones, y en los arts. 203 y siguientes de la LCSP, como medio de remediar la ruptura de la economía del contrato¹⁹.

14. STS núm. 1143/2020, de 9 de septiembre de 2020.

15. RC 373/2009.

16. *Vid.* el exhaustivo análisis sobre la evolución jurisprudencial de Fernández Farreres (2021: 72-73).

17. Carrillo *et al.* (2023: 208).

18. SAN, Sección 8.ª, de 10 de octubre de 2022 (recurso de apelación núm. 19/2022).

19. El art. 43.1.c) de la Directiva de concesiones establece como supuesto de modificación de la concesión que se cumplan todas las condiciones siguientes: 'i) que la necesidad de modifica-

La vía de la modificación de la concesión para adaptar el contrato a circunstancias imprevistas puede tener encaje en el marco de adaptación de la concesión a que se refiere el considerando 76 de la Directiva de concesiones²⁰. El citado considerando, y en el mismo sentido el considerando 109 de la Directiva de contratos, tras indicar que el límite de la modificación es la alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, describe como ejemplos de alteración los de sustitución de las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse por otros diferentes, o la modificación del tipo de la concesión, lo que concuerda con el límite normativo establecido en el art. 43.1.c) de la Directiva de concesiones en el sentido de “que la modificación no altere el carácter global de la concesión”.

En estos mismos términos, el art. 204.2 de la LCSP establece que se entienden como modificaciones que pueden alterar la naturaleza global del contrato inicial las de sustitución de obras, suministros o servicios que se vayan a adquirir por otros diferentes, o la modificación del tipo de contrato, a la vez que se excluye del supuesto de hecho de alteración de la naturaleza global del contrato el de sustitución de alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual. Este es el límite que se establece para la modificación del contrato en el art. 205.2.b) de la LCSP (*v. gr.*: “Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato”).

ción se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever, ii) que la modificación no altere el carácter global de la concesión, iii) en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva”.

20. El considerando 76 tiene el siguiente tenor literal: “Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Ahora bien, esto no puede aplicarse en los casos en que la modificación acarrea una alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, por ejemplo si se sustituyen las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse por otros diferentes o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión ya que, en ese caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados. En el caso de las concesiones adjudicadas a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor que no resulte en un nuevo procedimiento de adjudicación no debe superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no deben tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva”.

En este marco normativo, podría sostenerse que los límites del ejercicio del *ius variandi* son más amplios en caso de riesgo imprevisible y sobrevenido, de modo que determinados supuestos de revisión extraordinaria de precios por circunstancias imprevisibles que rompa sustancialmente la economía del contrato podrían articularse por vía de la modificación de la concesión, puesto que la adaptación del precio no debe producir necesariamente una alteración del conjunto de la concesión, que es el límite establecido para el ejercicio del *ius variandi*. En todo caso, deberían cumplirse los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y respetarse los límites legales establecidos en los arts. 205 y 206 de la LCSP.

3

Factum principis y ius variandi

En el ámbito del restablecimiento de la economía del contrato, existen una serie de supuestos que tienen como denominador común el que se trata de actuaciones unilaterales de la Administración concedente, ya sea imponiendo obligaciones o cargas al concesionario, ya sea modificando las condiciones del contrato.

En un sentido amplio, podríamos incluir en este apartado la actividad de preparación del contrato por parte de la Administración contratante, con la redacción de las cláusulas de los pliegos que se dirigen a reglar la economía del contrato y a mantener su equilibrio, y que, una vez aceptadas por los licitadores, se convierten en vinculantes para ambas partes.

La jurisprudencia sobre el equilibrio económico de las concesiones sigue una línea uniforme que parte del principio *pacta sunt servanda*, con la concurrencia de un elemento de aleatoriedad, que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no lo libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, lo faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La propia eficacia vinculante del contrato permite acudir a las cláusulas que hayan dispuesto las partes sobre la economía del contrato a fin de garantizar su equilibrio. Asimismo, y por la prelación de fuentes, la ley especial puede incidir en el marco contractual, en los términos establecidos por la misma.

Por excepción, en palabras de la STS de 11 de julio de 2023²¹, la jurisprudencia uniforme admite salvedades a esa aleatoriedad de los contratos ad-

21. STS núm. 954/2023, de 11 de julio.

ministrativos, que permiten reequilibrar la ecuación financiera del contrato en los casos en que se ha producido una ruptura de la misma, entre las que se encuentran el *ius variandi* o el *factum principis*, que se producen por causas imputables a la Administración contratante.

3.1

Actuaciones propias de la Administración concedente

La jurisprudencia expresa que el *factum principis* implica 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 contratista. Debe subrayarse que el supuesto es distinto al de “riesgo imprevisible”, pues en este último caso ese desequilibrio se produce por circunstancias excepcionales e imprevisibles, ajenas a la intervención administrativa.

La STS de 19 de diciembre de 2019²² expresa que el hecho del príncipe debe producir un daño cierto y especial al contratista (nexo de causalidad) imputable al mismo, de modo que es necesario que exista una conexión directa e inmediata entre “el hecho del príncipe” y el perjuicio del contratista. Por este motivo, la jurisprudencia ha limitado los supuestos en que puede acudir al reequilibrio económico del contrato a los casos en que los perjuicios procedan de la actuación de la misma Administración contratante, y no de otra distinta.

Esta interpretación se recoge en la STS de 11 de julio de 2023²³, que afirma la improcedencia de declarar el derecho al reequilibrio económico de la concesión por actuaciones de una Administración diferente, puesto que únicamente es la Administración adjudicataria de la concesión la que puede variar el contenido del contrato, afectando al equilibrio económico financiero del mismo.

En el caso examinado en dicha sentencia, la concesionaria de un aparcamiento municipal se había visto afectada por el cierre de uno de sus accesos como consecuencia de las obras de prolongación de la línea de ferrocarriles que estaba ejecutando la Administración autonómica. En segunda instancia, la STSJ Cataluña de 21 de diciembre de 2020²⁴ había desestimado el

22. STS núm. 1875/2019, de 19 de diciembre (RC 2390/2016).

23. STS núm. 954/2023, de 11 de julio.

24. STSJ Cataluña, Sección 5.ª, núm. 5327/2020, de 21 de diciembre (JUR 2021, 113116).

recurso de apelación, en aplicación del criterio jurisprudencial de que la Administración concedente debe responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, pero no así de las decisiones adoptadas por una Administración distinta en el ejercicio de sus competencias.

Este criterio se había expresado anteriormente por la Sala Tercera, en la STS de 16 de mayo de 2011²⁵, desestimatoria de la reclamación de la concesionaria de reequilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo (AP-41), adjudicada por acuerdo del Consejo de Ministros, como consecuencia del impacto sobre los tráficos de la concesión derivado del desdoblamiento y la transformación en autovía de la carretera autonómica madrileña M-407, en un tramo que discurre paralelo a la AP-41. En el mismo sentido, la STS de 19 de diciembre de 2019²⁶, que rechazó la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión para la construcción y explotación de la Autovía del Pirineo A-21, deducida frente al Gobierno de Navarra, a consecuencia del menor tráfico debido a la no construcción de otros tramos del Corredor Pirenaico, del que aquella formaba parte, situados fuera de Navarra y cuya contratación correspondía al Ministerio de Fomento.

En la citada STS de 11 de julio de 2023 se refrenda esta línea jurisprudencial, expresando que el deber general del Ayuntamiento, de protección del contratista, no puede impedir el ejercicio legítimo por otra Administración de sus competencias. En este sentido, la Generalitat ejecutó las obras de prolongación del ferrocarril a Sabadell, en ejercicio legítimo de sus competencias de desarrollo de la red de ferrocarriles en Cataluña, y es claro que el Ayuntamiento carecía de prerrogativas frente a la Generalitat para impedir la ejecución de esas obras de competencia de esta última.

Esta vinculación del *factum principis* a las actuaciones de la Administración contratante resulta del tenor literal de los arts. 270.2.b) y 290.4.b) de la LCSP, que contemplan el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión por la ruptura sustancial derivada de “actuaciones de la Administración Pública concedente”.

No obstante, debe subrayarse que la legislación especial de medidas para la contratación pública por causa del COVID admite el restablecimiento de equilibrio económico, aunque las medidas hayan sido adoptadas por una Administración distinta a la concedente, y, así, el art. 34.4 del Real De-

25. RJ 2011, 4351.

26. RJ 2019, 5474.

creto-ley 8/2020 reconoce el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando la ruptura proceda de las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatir la situación de hecho creada por el COVID-19.

3.2

Disposiciones generales y cambios legislativos

Un supuesto que suscita controversia es el de aquellos casos en que se aprueba una disposición general con posterioridad a la formalización del contrato, o se produce un cambio legislativo que afecta a la economía de la concesión.

Tratándose de disposiciones generales de carácter reglamentario, debe distinguirse el supuesto en que la aprueba la Administración concedente, donde no hay óbice para apreciar un caso de *factum principis*, de aquellos otros en que el exceso de onerosidad deriva de una disposición general aprobada por una Administración distinta. En este último caso, la LCSP no configura una situación de reequilibrio económico, sino que es un supuesto que entraría dentro del riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de su facultad de desistimiento²⁷.

En los supuestos de cambio legislativo, la jurisprudencia ha venido rechazando la posibilidad de que puedan incluirse en el *factum principis*. En este extremo, debe destacarse la interpretación recogida en la STS de 4 de julio de 2023²⁸ respecto de los supuestos en que la ruptura del equilibrio trae causa de un cambio legislativo.

El recurso tenía por objeto la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico-financiero por la concesionaria con origen en la modificación del régimen legal de sujeción al impuesto de contribución territorial de las autovías en la Comunidad Autónoma de Navarra, al incluirse las autovías con peaje en la sombra.

En la Sentencia se expresa que el cambio legislativo en la regulación de un impuesto durante la ejecución del contrato no tiene cabida en los supuestos de carácter excepcional y, por tanto, de interpretación restringida,

27. Fonseca-Herrero Raimundo (2021: 29), que indica que esta misma consecuencia se regula en las denominadas "cláusulas de progreso", con cita de la STS de 20 de diciembre de 1986, que consideró como una aplicación concreta de la cláusula de progreso la sustitución de los trolebuses por autobuses impuesta por una norma técnica, en una concesión de servicio público de transporte urbano.

28. STS núm. 912/2023, de 4 de julio.

en los que es posible el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, considerando que queda fuera del ejercicio por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra del *ius variandi* o prerrogativa de modificación unilateral, por razones de interés público, del contrato administrativo, pues la Administración no ha llevado a efecto ninguna modificación de las condiciones de explotación de la obra.

Del mismo modo, en la Sentencia se descarta que se esté ante un supuesto de *factum principis*, pues, por muy amplia que sea la interpretación de la expresión de “actuaciones de la Administración” en el art. 270.2 de la LCSP, no cabe incluir entre las mismas los cambios normativos llevados a cabo por el legislador autonómico.

3.3 Modificaciones unilaterales

La jurisprudencia ha venido reconociendo el privilegio de modificación unilateral de las concesiones cuando así lo exija el interés público, lo cual se plasma en los arts. 261 y siguientes de la LCSP, para la concesión de obras, y en el art. 290 de la LCSP, para la concesión de servicios.

Desde el punto de vista cualitativo, los límites del ejercicio de la potestad de modificación se encuentran en que las modificaciones no pueden afectar a elementos esenciales del contrato, entre los cuales se encuentra el precio. Así, la STS de 19 de febrero de 2020²⁹ anula una modificación que afecta al régimen retributivo del contratista, al modificar las bases de su régimen retributivo; o la STS de 30 de octubre de 2019³⁰ anula una reducción de precios en los conciertos sanitarios, al no estar previsto en los pliegos que los precios se rebajen sin ninguna compensación.

En orden a la delimitación del ejercicio del *ius variandi* y sus efectos, la STS de 16 de noviembre de 2023³¹ se pronuncia sobre la cuestión de interés casacional cuando se produce la modificación unilateral de una concesión por el *ius variandi* de la Administración local, donde se plantea la disyuntiva de: (i) si el examen de una posible compensación debe analizarse en virtud del principio de equilibrio económico, teniendo en cuenta los efectos en la globalidad del contrato; (ii) o bien si la indemnización es automática, siendo suficiente el hecho de haberse generado un aumento de costes o una dis-

29. STS de 19 de febrero de 2020 (RC 626/2017).

30. STS de 30 de octubre de 2019 (RC 2717/2016).

31. STS núm. 1452/2023, de 16 de noviembre (JUR 2023, 419587).

minución de ingresos en la concesión, según el tenor literal del art. 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

En la citada sentencia se considera que no es necesario acudir a la teoría de la ruptura del equilibrio financiero por la aplicación de la doctrina de la imprevisión o riesgo imprevisible, cuando la modificación es consecuencia del ejercicio del *ius variandi*, entendido como una de las típicas potestades exorbitantes de la Administración en materia contractual, que puede ejercitarse por esta siempre que, en el curso del contrato administrativo, surjan necesidades nuevas o causas imprevistas, siendo el único requisito necesario para la modificación del contrato la existencia de razones de interés público. En tales casos, la Sentencia indica que el contratista está obligado a soportar la modificación del contrato impuesta por la Administración, si bien esta potestad que la ley concede a la Administración por razón del interés público, por el que aquella tiene que velar, tiene su contrapartida en el derecho del concesionario a ser indemnizado por el desequilibrio económico que esa modificación le ocasione.

En el caso examinado en dicha STS de 16 de noviembre de 2023, el Ayuntamiento decidió no reclamar las facturas de consumo a una junta vecinal, por el edificio polideportivo, lo cual constituía un significativo ingreso que la contratista tuvo en consideración a la hora de formular su oferta, y del que se vio privada por decisión de la Administración, en el ejercicio del *ius variandi*.

En la sentencia se considera que se trata de una alteración que, por su naturaleza y relevancia, queda comprendida en los supuestos que obligan a la Administración a indemnizar al concesionario y restablecer con ello el equilibrio concesional, sin necesidad de cuantificar la pérdida ocasionada y hacer un balance para comprobar si se ha roto dicho equilibrio. En efecto, la privación al concesionario de un consumidor cualificado, que se supone que habría de proporcionar una mayor rentabilidad por su elevado consumo y con el que contaba la recurrente al concursar para prestar el servicio, cabe con toda lógica en el supuesto previsto legalmente de restablecimiento del equilibrio concesional cuando se modifica por razones de interés público, pues la supresión de un consumidor cualificado supone una alteración relevante del servicio a prestar.

Por ello, esa decisión del Ayuntamiento, que adopta por estimarla más conveniente para el interés público, implica una modificación del equilibrio concesional que ha de ser indemnizada al margen de las concretas cuentas de la gestión de la concesión y del riesgo y ventura del concesionario, sin que sea procedente examinar si se produce una ruptura sustancial del equilibrio en el global del contrato, a diferencia de los casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

4

Fuerza mayor y riesgo imprevisible

El tratamiento del restablecimiento de la economía de la concesión en el caso de fuerza mayor y riesgo imprevisible difiere de los casos anteriores por cuanto que se trata de hechos que quedan fuera de la actuación de la Administración concedente, de modo que lo que se produce realmente es un reparto de riesgos cuando hay una ruptura sustancial de la economía del contrato.

El concepto de ruptura sustancial ha sido analizado jurisprudencialmente, expresando que debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual. La STS de 4 de junio de 2008³² afirma que, ante la inexistencia de umbrales fijados para la entrada en juego del riesgo imprevisible, ha de estarse a la incidencia del perjuicio derivado sobre la globalidad del contrato, pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo. En aplicación de este criterio, la STS de 22 de mayo de 2019³³ entiende que no se desbarata el equilibrio económico cuando el perjuicio tiene una incidencia porcentual escasa sobre el global del volumen de negocio, aunque se trate de una cantidad considerable.

Por tanto, la ruptura sustancial de la economía del contrato no puede contemplarse aisladamente, sino que han de ponderarse elementos tales como la duración del contrato, o el periodo de merma de ingresos o pérdidas, con la finalidad de constatar si existe una alteración sustancial de la economía de la concesión, que comprometa seriamente la continuidad del contrato.

4.1

La fuerza mayor

Los supuestos de fuerza mayor que determinan el restablecimiento del equilibrio económico del contrato están tasados en las causas enumeradas en el art. 239 de la LCSP, de modo que el equilibrio deberá restablecerse

32. STS de 4 de junio de 2008 (RC 5093/2006).

33. STS núm. 201/2019, de 22 de mayo de 2019 (RC 904/2015).

cuando estas causas de fuerza mayor determinen, de forma directa, la ruptura sustancial de la economía del contrato³⁴.

La jurisprudencia ha interpretado que la fuerza mayor es una excepción al principio de riesgo y ventura, y como toda excepción no puede recibir una interpretación extensiva ni analógica, sino ajustada a los supuestos contemplados en la norma y restrictiva³⁵.

En aplicación de esta doctrina, la STS de 31 de mayo de 2022³⁶ interpreta el art. 239.2.b) de la LCSP cuando, tras la enumeración ejemplificativa de los fenómenos naturales, añade “u otros semejantes”, considerando que están excluidos los desastres medioambientales en cuya causación y con una conexión directa y relevante intervenga la acción del hombre, si bien no descarta que puedan existir casos en los que la acción del hombre influya de forma meramente circunstancial en los acontecimientos naturales, como sería el caso de los fenómenos atmosféricos catastróficos producidos por el calentamiento global derivado de la acción humana.

En estos casos de concurrencia de causas de fuerza mayor que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el cual tiende al principio de compensación íntegra de los daños y perjuicios sufridos por el concesionario.

4.2

El riesgo imprevisible

La doctrina del riesgo imprevisible guarda analogía con la doctrina civil sobre la cláusula *rebus sic stantibus*³⁷, la cual se considera como cláusula

34. Cfr. arts. 270.4 y 290.4 de la LCSP, que se remiten al art. 239. El art. 239.2 establece que tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) los incendios causados por la electricidad atmosférica; b) los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; c) los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

35. STS de 12 de julio de 2005 (RC 2125/2002).

36. STS núm. 644/2022, de 31 de mayo de 2022 (RC 2809/2020). Esta sentencia no considera como caso de fuerza mayor el desastre ecológico del Mar Menor, con fundamento en que dicha catástrofe ecológica tuvo en su origen una conexión directa y relevante con la acción del hombre, debido al vertido de nutrientes al Mar Menor a lo largo de años, lo que, a la postre, desencadenó esta reacción y el desastre ecológico consiguiente, concluyendo que no se está ante un “fenómeno natural”, sino ante una catástrofe medioambiental desencadenada por la acción del hombre, y que no puede considerarse un suceso ni imprevisible ni inevitable.

37. La cláusula *rebus sic stantibus* se viene aplicando sin restricciones por la Sala Primera del Tribunal Supremo, especialmente a partir de las SSTS núm. 333/2014, de 30 de junio, y núm. 591/2014, de 15 de octubre, en las cuales se aplicó debido a la situación de crisis, considerándola como un fenómeno capaz de alterar las relaciones contractuales.

implícita de los contratos, por aplicación de los principios de buena fe y de justo equilibrio de las prestaciones, para el caso en que se produzca una alteración de la base del negocio, siendo requisito imprescindible para su aplicación una alteración de las circunstancias al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración, así como una desproporción entre las prestaciones de las partes contratantes que produzca el derrumbe del contrato por el aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, siendo la alteración que se requiere como premisa de la excepción al principio *pacta sunt servanda* que implica la cláusula *rebus sic stantibus* de la base del negocio.

La STS de 9 de septiembre de 2020³⁸ afirma que la doctrina del riesgo imprevisible enlaza con la cláusula *rebus sic stantibus*, por lo que exige la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto. Por tanto, a la hora de delimitar el riesgo imprevisible, debe subrayarse que quedan fuera de su ámbito los supuestos en que el desequilibrio en las obligaciones de las partes trae causa del momento en que se licita el contrato, cuando existen errores en los pliegos que pueden incidir en la economía del contrato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene excluyendo reiteradamente del ámbito del riesgo imprevisible los supuestos en que existe un error en las previsiones o estudios previos, ya sean de la Administración asumidos por el contratista, ya sean específicos del propio contratista: lo relevante para equilibrar el contrato es que se produzca un acontecimiento extraordinario que rompa la ecuación financiera, quedando fuera del ámbito del riesgo imprevisible el desequilibrio consecuencia de una deficiente fijación de las tarifas en base a previsiones erróneas.

Un ejemplo significativo es el caso planteado en la STSJ Cataluña de 19 de julio de 2017³⁹, donde los estudios de viabilidad realizados por la Administración contenían graves errores de estimación en la ocupación y permanencia de vehículos en el *parking*.

En dicha sentencia se considera que no se está ante un supuesto en el que proceda restablecer el equilibrio económico-financiero de la concesión, con sustento en la doctrina del riesgo imprevisible, puesto que la fluctuación del número de usuarios del aparcamiento no es un riesgo imprevisible para el contratista, que no solo asumió el estudio de viabilidad de la Administración, sino que presentó un informe económico contemplando un escenario muy superior al inicialmente previsto por la propia Administración.

38. STS de 9 de septiembre de 2020 (RC 2394/2016).

39. STSJ Cataluña, Sección 5.ª, núm. 602/2017, de 19 de julio.

En este punto, debe tenerse en cuenta que estos defectos que traen causa del procedimiento de licitación, ya sea por falta de documentos preceptivos, ya sea porque puedan producir error en el consentimiento, tendrían un encaje más adecuado en las causas de nulidad o anulabilidad del contrato, y no tanto en los supuestos de equilibrio económico del mismo⁴⁰.

La regulación de los arts. 270.2, último párrafo, y 290.4, también último párrafo, de la LCSP, contempla el supuesto de hecho, al establecer que, “en todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”.

La aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible es casuística, pudiendo destacarse algunos supuestos en que se han pronunciado los diferentes tribunales. Así, por regla general, no se consideran riesgo imprevisible las fluctuaciones derivadas de las crisis económicas⁴¹, o el incremento de los costes de los productos o materiales⁴².

En este ámbito, se ha producido una conflictividad considerable derivada de los supuestos de reequilibrio económico por la pandemia de la COVID-19, los cuales están regulados en la legislación especial, que recoge las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de dicha enfermedad, establecidas con carácter general en el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y con carácter especial en los arts. 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, para determinadas concesiones recogidas en su ámbito de aplicación⁴³.

En la interpretación de los tribunales, se viene considerando que el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020 establece un amplio abanico de derechos para el contratista afectado por la COVID-19, que va desde el derecho a suspender el contrato cuya ejecución haya devenido imposible a la ampliación del plazo de ejecución, pasando por el derecho a pedir la indemnización de los gastos a que dicho precepto se refiere. En este sentido, la COVID-19 y las

40. *Vid.*, en esta línea, STSJ La Rioja núm. 209/2023, de 19 de julio.

41. STS de 14 de febrero de 2020 (RC 2947/2016).

42. STSJ Madrid, Sección 3.ª, núm. 140/2025, de 29 de enero de 2025.

43. El art. 24 del RDL 26/2020 regula el reequilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general, en tanto que el art. 25.1 del RDL 26/2020 define su ámbito de aplicación en los siguientes términos: “1. Este artículo regirá para los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; siempre que hayan sido adjudicados por el Estado y que se trate de: a) Concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje. b) Concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación. c) Concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado”.

medidas motivadas por la pandemia son un elemento imprevisible, pero su calificación como tal ha sido excluida por la legislación especial de aplicación a tal situación de crisis sanitaria y restricciones normativas, no obstante sus indiscutidos efectos en la economía de la concesión; esto es, la normativa especial plasma la opción del legislador respecto al reparto de riesgos entre Administraciones y concesionarios⁴⁴.

El art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020 desplaza la legislación ordinaria e impone una regulación de emergencia, reconociendo el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mediante, en su caso, la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el mismo, para compensar la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato. A la luz de esta normativa, la COVID-19 permite solicitar una reparación parcial de los daños soportados, pero no permite el ejercicio de la acción indemnizatoria, ni por enriquecimiento injusto, ni por reequilibrio económico derivado de un hipotético *factum principis*, al no darse los requisitos de esas instituciones⁴⁵.

La STS de 18 de diciembre de 2023⁴⁶ expresa que, en el ámbito de las concesiones de obras y de servicios, la posibilidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato se vincula con la “imposibilidad de ejecución del mismo”, y que las medidas compensatorias adoptadas por estos reales decretos leyes son limitadas y no abarcan la totalidad de los perjuicios sufridos, sino solo aquellos que el legislador consideró imprescindibles para permitir la continuidad de la ejecución del contrato, atendiendo al tipo de contrato de que se trataba y a la incidencia que la situación creada por la pandemia tuvo sobre ellos.

En la interpretación de la Sala Tercera, la solución de la ley especial trata de conciliar la situación planteada por un fenómeno singular, como es una pandemia, con la necesidad de mantener activa la economía y la ejecución de los contratos públicos, por lo que estableció una compensación que consideró proporcionada a las circunstancias, aunque no incluyera la totalidad de los costes. Por ello, con independencia de otras consideraciones, no puede entenderse que la limitación de los costes susceptibles de compensación sea exclusiva ni discriminatoria respecto de las restantes medidas adoptadas para otros contratos públicos distintos de las concesiones.

44. SSTSJ Asturias de 25 de marzo de 2022 (JUR 145663); La Rioja, de 11 de noviembre de 2022 (JUR 372554), y País Vasco, de 30 de septiembre de 2021 (JUR 2022, 25817), entre otras.

45. En este sentido, SSTSJ Extremadura de 1 de junio de 2022 (JUR 237123) y Navarra de 11 de marzo de 2022 (JUR 202588).

46. STS núm. 1719/2023, de 18 de diciembre de 2023 (recurso número 99/2022).

En el ámbito concesional, el supuesto de hecho que contempla el art. 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 no impide que puedan surgir situaciones pospandemia, en el marco de determinadas concesiones y ya desligadas de las medidas adoptadas para la pandemia, que den lugar al restablecimiento del equilibrio económico, derivadas del impacto de la COVID-19 en la economía del contrato.

Así, la STSJ de Madrid de fecha 15 de noviembre de 2023⁴⁷ se pronuncia respecto de una resolución del Ayuntamiento que había anulado parcialmente las rutas del bus turístico que gestionaba la concesionaria, en fechas posteriores al confinamiento (11 de diciembre de 2020), con fundamento en la disminución del turismo como consecuencia de la pandemia.

Esta sentencia considera que la suspensión contemplada en el pliego de prescripciones técnicas no es base suficiente para acordar la anulación temporal de las rutas, pues en él se contempla la posibilidad de que se anulen los itinerarios, sin derecho a indemnización, por actos públicos en la vía, obras o cualquier otra circunstancia que impida la normal prestación del servicio, lo que, en buena lógica jurídica, los reconduce a alteraciones de orden material o físico que impacten y se hagan ver negativamente en el uso normal y pacífico de las rutas de servicio por la concesionaria. Por tanto, se trata de una situación no contemplada al tiempo de la redacción del pliego —por imprevisible— de pandemia posconfinamiento, en cuyo ámbito el ordenamiento contempla mecanismos resarcitorios del desequilibrio provocado por una situación como la COVID-19, por lo que el recurso al pliego para cercenar las posibilidades resarcitorias es un abuso y fraude de ley.

Al respecto, el art. 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 contempla la situación derivada de la pandemia, de modo que el reequilibrio surge por la incidencia de las medidas adoptadas por las Administraciones para combatirla en la economía del contrato. Sin embargo, determinados sectores se han visto afectados, en la época posterior al confinamiento, de una disminución significativa de la demanda, por lo que se han adoptado medidas legales específicas para reequilibrar los contratos, como en el caso del sector del transporte⁴⁸.

Fuera de los supuestos reglados, en determinadas concesiones o contratos, la economía del vínculo puede haberse visto afectada por la situación posterior a la pandemia, no necesariamente ligada a medidas determinadas adoptadas por las Administraciones sanitarias, lo cual no obsta al res-

47. STSJ Madrid núm. 755/2023, de 15 de noviembre de 2023 (JUR 2023, 43570015).

48. Arts. 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

tablecimiento del equilibrio económico siempre que se den los requisitos legalmente establecidos.

5

Equilibrio económico en el periodo de prolongación forzosa del contrato y órdenes de continuidad

En la práctica, es frecuente que se produzcan supuestos de falta de adjudicación del contrato al finalizar el contrato anterior y sus prórrogas, generalmente por causas no imputables al contratista o concesionario, que concurren con necesidades de interés público en orden a la continuación de la prestación, lo que determina que el concesionario o contratista se vea obligado a seguir prestando el servicio por estas razones de interés público. El supuesto de hecho está contemplado en el art. 288 de la LCSP, para la concesión de servicios, donde se establece la obligación del concesionario de seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato, así como en el art. 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en lo que se denomina órdenes de continuidad en la prestación del servicio.

En estos casos, y en términos económicos, se viene aplicando analógicamente la solución normativa prevista para los supuestos de nulidad del contrato, donde se limita sustancialmente el *ius variandi* de la Administración, que no puede modificar las condiciones económicas en este periodo de prolongación forzosa en perjuicio del contratista, ni puede reglar aspectos relativos a la reversión de bienes o a la liquidación del contrato extinguido.

Desde el punto de vista del equilibrio económico del contrato, el problema se plantea cuando se prolongan forzosamente contratos o concesiones antieconómicas, que no generan beneficios para el contratista, e incluso generan pérdidas.

Este supuesto es examinado en la STSJ Cataluña de 28 de junio de 2023⁴⁹, donde se subraya que el principio de riesgo y ventura no puede operar de la misma forma en el caso de que el contrato esté vigente que en el supuesto de prolongación forzosa, sin base convencional, puesto que se trata de una situación excepcional en que, denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración, por razones de interés público, unidas a la necesidad de continuidad del servicio y mientras no se seleccione al nuevo contratista, impone coactivamente la permanencia del

49. STSJ Cataluña, Sección 5.ª, núm. 2470/2023, de 28 de junio.

anterior, lo cual puede considerarse como un *factum principis*, o una situación análoga al *ius variandi*.

En estas condiciones, es ineludible la contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario del servicio público, considerando, en este caso, que la obtención del beneficio industrial reclamado constituye una compensación razonable en la situación de prórroga forzosa por causa imputable a la Administración contratante, sin que el hecho de que, durante la vigencia del contrato, no se alcanzara el beneficio industrial, pueda justificar que durante la prórroga forzosa siga sin obtenerse dicho beneficio.

La sentencia resalta que esta doctrina es de aplicación cuando la situación de prórroga es completamente ajena a la voluntad de la concesionaria, que no tiene la obligación de seguir prestando el servicio sin obtener un beneficio industrial razonable, que fue el ofertado en su día, de modo que la obtención de este beneficio industrial constituye una compensación razonable en la situación de prórroga forzosa por causa imputable a la Administración.

En la misma línea, la STSJ Extremadura de 8 de febrero de 2023⁵⁰, en un supuesto de prolongación forzosa del contrato, admite el reequilibrio a través de la revisión de precios, distinguiendo, entre los poderes de modificación del objeto del contrato, el *factum principis*, el *ius variandi* y la doctrina del riesgo imprevisible.

La naturaleza de estas tres prerrogativas es común, ya que se trata de técnicas que pretenden combinar, en la célebre expresión de un clásico del derecho administrativo francés, la rigidez del servicio público con la flexibilidad del contrato. Ahora bien, si bien su naturaleza es común, su estructura es muy distinta.

En relación con el *ius variandi*, se modifica el objeto del contrato para lo sucesivo, pero continuando este en vigor, con la adecuada compensación al contratista, que a partir de una cierta cuantía de la modificación goza de la posibilidad de desvincularse del contrato; sin embargo, el *factum principis* viene referido a medidas administrativas que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista, incluso sin culpa de este. Por su parte, la revisión de precios por apariciones de riesgos imprevisibles supone la aparición de circunstancias sobrevenidas que puedan ser así calificadas.

La sentencia encuadra la prórroga forzosa en el *factum principis*, al tratarse de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnen las características de generalidad e imprevisibilidad y que producen un daño

50. STSJ Extremadura núm. 57/2023, de 8 de febrero (JUR 2023, 82042).

especial al contratista cuando la ejecución del contrato es antieconómica, lo cual debe dar lugar a la correspondiente compensación, con cita del antecedente jurisprudencial recogido en la STS de 18 de noviembre de 1986⁵¹, que declaró el derecho de una empresa encargada de la limpieza de un hospital a que se le abonase el importe correspondiente a la revisión del precio del contrato durante el período relativo a la prórroga forzosa.

Esta solución interpretativa se deriva de la falta de compatibilidad entre el principio de riesgo y ventura aplicable a la concesionaria y el periodo de prórroga forzosa decretado por razones de interés público por la Administración contratante, sin base convencional, lo que nos sitúa en la órbita del *factum principis* a efectos del restablecimiento de la economía del contrato⁵².

6 Bibliografía

- Barrio Andrés, M. (2017). Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *DA. Nueva Época*, 4, 114-118.
- Carrillo Donaire, J. A., Álvarez Medina, L., Tarancón Babío, J. y Borja Carmona, F. (2023). Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 1, 195-229.
- Fernández Farreres, G. (2021). La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos. *Revista de Administración Pública*, 216, 47-90.
- Fonseca-Herrero Raimundo, A. J. (2021). La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones. *Revista de Administración Pública*, 216, 11-46.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 47-132). Pamplona: Aranzadi.
- Sahún Pacheco, R. (2019). *Riesgo operacional y servicio público*. Madrid: BOE.
- Tornos Mas, J. (2024). Contratos concesionales y equilibrio económico. El riesgo imprevisible. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 2, 241-252.

51. RJ 1987, 410.

52. Puede verse, en el mismo sentido, la STSJ Murcia, Sección 1.ª, núm. 562/2024, de 10 de diciembre de 2024 (recurso núm. 60/2023).