



Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica. Nueva época

ISSN: 1989-8975

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Cano Campos, Tomás

Los costes excepcionales de ejecución de los contratos
públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible 1

Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica. Nueva época, núm. 19, 2023, pp. 100-124
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11184>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576475121006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
 Sección: ARTÍCULOS
 Recibido: 10-02-2023
 Modificado: 06-03-2023
 Aceptado: 12-03-2023
 Prepublicado: 16-03-2023
 Publicado: 26-04-2023
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11184>
 Páginas: 100-124

Referencia: Cano Campos, T. (2023). Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 100-124. <https://doi.org/10.24965/reala.11184>

Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible¹

Exceptional cost in the implementation of public procurement contracts: between the ius variandi and unforeseeable risk

Cano Campos, Tomás

Universidad Complutense de Madrid (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2268-9681>

tcano@der.ucm.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Sus líneas de investigación se centran en la invalidez de los actos y de las normas, las sanciones administrativas, los contratos públicos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el tráfico, los transportes y la movilidad. Es también consejero académico en Tornos Abogados.

RESUMEN

El incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos públicos está revelando las graves deficiencias que aquejan a la regulación de esta fase de la contratación pública. A la tradicional confusión entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible, se ha unido ahora la delimitación entre éste y el *ius variandi*, potestad que, en contra de su entendimiento tradicional, pretende ser utilizada como técnica de restablecimiento del equilibrio contractual cuando se rompe por circunstancias imprevisibles. Esto plantea la cuestión de si la forma más adecuada de hacer frente al referido incremento es la modificación del precio sin más o la compensación por riesgo imprevisible y, en último término, si tales técnicas son las más idóneas para hacer frente a situaciones de crisis como la actual o resulta más apropiado acudir a la legislación de urgencia. El presente estudio, tras recordar algunos de los principios y conceptos capitales de la contratación pública, trata de responder a estos interrogantes.

PALABRAS CLAVE

Riesgo y ventura; equilibrio económico; *ius variandi*; riesgo imprevisible; revisión de precios.

ABSTRACT

The exceptional increase in the costs of executing public procurement contracts is revealing the serious deficiencies that affect the regulation of this stage of public procurement. To the traditional confusion between the *factum principis* and unforeseeable risk, the delimitation between the latter and the *ius variandi* has now been added, due to the fact that the *ius variandi* in contrary to its traditional understanding, is intended to be used as a technique for restoring the contractual balance when it breaks due to unforeseeable circumstances. This raises the question of whether the most appropriate way to deal

¹ Grupo de Investigación “Las transformaciones del Estado y la autonomía Local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, de la Universidad Complutense de Madrid; Proyecto de investigación “Contratación pública y competencia: nuevos retos ante el plan de recuperación, transformación y resiliencia (CONRESI), Ref. V-1157”.

with the aforementioned increase is simply changing the price or compensating for unforeseeable risk and, ultimately, whether such techniques are the most suitable to deal with crisis situations such as the current one or it is more appropriate to resort to emergency legislation. This paper, after recalling some of the key principles and concepts of public procurement, tries to answer these questions.

KEYWORDS

Risk and fortune; economic balance; ius variandi; unforeseen circumstances; price revision.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA *LEX CONTRACTUS* Y EL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA. 3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. 4. LAS EXCEPCIONES AL RIESGO Y VENTURA. 5. ¿SE PUEDE MODIFICAR EL PRECIO DE LOS CONTRATOS POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES? 6. EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO POR RIESGO IMPREVISIBLE. 7. LOS REQUISITOS DEL RIESGO IMPREVISIBLE. 8. RIESGO IMPREVISIBLE, SITUACIONES DE CRISIS Y LEGISLACIÓN DE URGENCIA: EL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO, SOBRE REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS. 9. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El aumento de la actividad económica que ha tenido lugar tras la pandemia y las fuertes tensiones comerciales que se han producido tras la invasión de Ucrania han provocado un incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos públicos que está perturbando seriamente las relaciones contractuales entre la Administración pública y sus contratistas.

La situación afecta a todos los tipos contractuales (obras, servicios, suministros y concesiones de obras y de servicios), pues el extraordinario incremento de los precios no sólo aqueja a las materias primas necesarias para la ejecución de las obras o a la energía eléctrica (que, por cierto, constituye la partida más importante en algunos contratos de servicios como los de saneamiento y depuración de aguas residuales), sino también a los costes laborales (que son los más importantes en muchos contratos de servicios, como los de limpieza y recogida de residuos) y a los alimentos básicos necesarios en muchos contratos de servicios y de suministros a la Administración (servicios y concesiones a cafeterías, servicios de comidas y asistencia a personas mayores, suministro para la alimentación de los internos en centros penitenciarios, etc.).

Este aumento excepcional de los precios no sólo está poniendo en peligro la correcta ejecución de muchos contratos públicos, sino que también está provocando que los contratistas se opongan a las prórrogas, valoren seriamente la posibilidad de resolver los contratos ante la imposibilidad de cumplirlos y, en fin, dejen desiertas más licitaciones que nunca.

La situación generada ha puesto en el centro del debate, como suele ocurrir en situaciones de crisis, a principios esenciales de la contratación, como la *lex contractus* y el principio del riesgo y ventura del contratista, a la cuestión del equilibrio económico de los contratos o a la técnica del riesgo imprevisible para garantizarlo, que ha adquirido un considerable interés práctico. Pero, sobre todo, lo que la actual situación ha puesto de manifiesto son las graves deficiencias que aquejan a la regulación de los contratos públicos en lo que se refiere a su cumplimiento y a las incidencias en su ejecución, tal y como ha denunciado la doctrina más autorizada recientemente².

Estas deficiencias afectan, especialmente, a las denominadas técnicas de garantía del equilibrio económico del contrato o situaciones de anomalía contractual, cuya regulación en la LCSP es imprecisa, deficiente y parcial. A la confusión tradicional existente entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible, se ha unido ahora la confusión entre éste y el *ius variandi*, potestad que, en contra de su entendimiento tradicional, pretende ser utilizada como una técnica de restablecimiento del equilibrio contractual cuando se rompe por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Este problema a su vez plantea la cuestión de si, en tales casos, la mejor forma de hacer frente al excepcional incremento de los costes de los contratos es la modificación del precio sin más o la tradicional compensación por riesgo imprevisible. Además, la actual situación también plantea un problema recurrente y general: el de si tales técnicas son las más idóneas para hacer frente a situaciones de crisis como las actuales o resulta más adecuado acudir a la legislación de urgencia.

² Santamaría Pastor (2021a, pp. 135-164; 2021b, pp. 91-98); Fernández Farreres (2021, pp. 47-90).

El presente estudio, tras recordar algunos de los principios y conceptos capitales de la contratación pública, trata de responder a esos interrogantes.

2. LA *LEX CONTRACTUS* Y EL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA

Los contratos son acuerdos jurídicamente vinculantes, pues, como dispone el art. 1091 del Código Civil, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. Ello no quiere decir, como es lógico, que el contrato sea ley, sino que las obligaciones que de él nacen vinculan a su cumplimiento como la ley misma. El contrato no tiene la generalidad y abstracción de la ley, pero *inter partes* tiene su misma autoridad, aunque no como una ley heterónoma, sino autónoma³. Es lo que se denomina *lex contractus*. Y eso es lo que en la contratación pública significa que los pliegos son la «ley del contrato». Los pliegos constituyen el documento base del contrato con arreglo al cual éste ha de ser cumplido, pues incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumen las partes.

Por eso, el principio básico que rige las relaciones entre las partes en la ejecución de los contratos es el del cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*)⁴. Así lo establece, para los contratos públicos, el actual art. 189 LCSP: «Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación a favor de las Administraciones públicas». De ello deriva la inmutabilidad inicial de las obligaciones acordadas y la regla de que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, esto es, que la mayor o menor onerosidad en el cumplimiento del contrato corresponde al contratista, que no puede desligarse de lo pactado (arts. 197 y 254 LCSP)⁵.

El Tribunal Supremo ha señalado en este sentido que la contratación administrativa, al igual que la privada, se caracteriza, también, por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato ya que la ley proclama el principio del riesgo y ventura del contratista, elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, por tanto, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación⁶.

La jurisprudencia viene destacando desde hace tiempo, en una fórmula ya clásica y muchas veces repetida, que:

«el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general de la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado»⁷.

El riesgo y ventura, como se infiere ya del párrafo transcrito, también puede tener consecuencias positivas para el contratista, de modo que puede patrimonializar los beneficios (ventura) derivados de la ejecución del contrato, aunque excedan de los que implícitamente se previeron cuando se celebró, por lo que, del mismo modo que habrá de soportar la mayor onerosidad que la ejecución del contrato le pueda deparar, también se beneficiará de las mayores ventajas de su ejecución⁸.

³ Lacruz Berdejo et al. (1987, p. 317).

⁴ Carrasco Perera (2017, p. 69); Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, p. 508). Para los contratos públicos, por todos, Santamaría Pastor (2021a, p. 141).

⁵ Santamaría Pastor (2021a, p. 141); Fonseca-Herrero Raimundo (2021, p. 16). En la jurisprudencia, entre otras, SSTs de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5401) (FD 6), de 17 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3962) (FD 6), de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2589) (FD 4) o de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:269) (FD 3). Los contratos civiles, lógicamente, también se celebran a riesgo y ventura del contratista, tal y como destaca, por ejemplo, Carrasco Perera (2017, p. 59, por nota).

⁶ SSTs de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5401) (FD 6) o de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2589) (FD 4), entre otras muchas.

⁷ STS de 18 de junio de 1947, recordada posteriormente por otras muchas, como, por ejemplo, la de 22 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:9121) (FD 7), la de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531) (FD 4), la de 2 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2936) o la de 13 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:438) (FD 1). Sobre el tema, véase el trabajo clásico de García de Enterría (1950, p. 83-108); así como Villar Palasí y Villar Ezcurra (2004, pp. 525-559).

⁸ Así lo señalan, entre otras, las SSTs de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531) (FD 4) y de 20 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3839) (FD 7), o el dictamen Consejo de Estado 1030/2015, de 21 de enero de 2016. En la doctrina, por todos, Santamaría Pastor (2021a, p. 143).

El riesgo y ventura rige durante la ejecución del contrato, pero no resulta aplicable cuando el contratista continúa realizando las prestaciones una vez concluido el plazo fijado en el contrato, pues, en tal caso, la Administración debe compensarle por la totalidad de los gastos en que haya incurrido para asegurar la continuidad de las prestaciones⁹. Por ejemplo, cuando la Administración, en virtud del actual art. 29.4 LCSP, impone al contratista la continuación forzosa de la prestación¹⁰.

El riesgo y ventura tampoco incluye, lógicamente, los incumplimientos contractuales por causas imputables a cualquiera de las partes, ni tiene tampoco un carácter absoluto. El art. 189 LCSP salva de la inmutabilidad del contenido obligacional del contrato las prerrogativas de la Administración (por todas, el *ius variandi*) y el propio art. 197 LCSP excluye del riesgo y ventura los casos de fuerza mayor. Pero estas no son las únicas excepciones, pues el principio de riesgo y ventura no impide que la Administración deba compensar también al contratista en los supuestos de *factum principis* o cuando sobrevengan circunstancias imprevisibles que alteren por completo la base de lo pactado (riesgo imprevisible).

Al *factum principis* se refieren los arts. 270.2.b) y 290.4.b) de la LCSP, a tenor de los cuales se debe restablecer el equilibrio económico del contrato «cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato». Mientras que el riesgo imprevisible, como se verá, está reconocido en la LCSP como causa que habilita el ejercicio del *ius variandi* y ha sido admitido por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado como excepción al riesgo y ventura del contratista.

En todos estos supuestos la *lex contractus*, suele afirmarse, entra en tensión con otro principio que también se considera básico en la contratación: el principio del equilibrio económico-financiero del contrato, que modula o excepciona el riesgo y ventura del contratista. Así, el Consejo de Estado, en su dictamen núm. 1030/2015, de 21 de enero de 2016, entre otros, señala que el principio de riesgo y ventura se matiza, cohonstando su vigor, con el necesario respeto al equilibrio económico financiero del contrato administrativo, de modo que aquel principio decae frente al mantenimiento del equilibrio económico-financiero en determinados supuestos muy singulares como los indicados. El Tribunal Supremo también ha destacado en repetidas ocasiones que:

«en nuestro ordenamiento ha sido tradicional establecer unas excepciones –tasadas– a esa aleatoriedad de los contratos administrativos que permiten reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables o a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*) o por hechos que se consideran “extramuros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible»¹¹.

Conviene, por ello, que nos refiramos al equilibrio económico del contrato que se rompe en estos supuestos para concretar, después, cuál o cuáles de estas excepciones podrían resultar de aplicación a aquellos contratos que han sufrido un aumento desproporcionado de los costes necesarios para su ejecución.

3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La existencia de un equilibrio entre las prestaciones o intereses recíprocos de las partes es esencial a la idea misma de contrato¹². Tales prestaciones suponen una valoración económica, razón por la que también se habla del equilibrio económico (o económico-financiero) del contrato. El equilibrio económico

⁹ La reciente STS de 2 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4068) fija como doctrina general que si las causas del aumento del plazo de ejecución de un obra no resultan imputables al contratista sino a la Administración no quedan comprendidas en el riesgo y ventura del contratista (FD 5).

¹⁰ Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 9 de mayo de 2019 (expediente 31/2017). Sobre el tema, con cita de numerosas sentencias que equiparan esta denominada «prórroga forzosa» al *ius variandi*, Bouso Darriba (2021: 125-168). La STS de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2399) precisa que el derecho a la compensación económica por la prórroga forzosa (en el caso analizado, la prevista en el art. 85 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres) no requiere que el contratista impugne la resolución que le impone la prórroga (FD 6).

¹¹ Entre las más recientes, SSTs de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2589) (FD 4) y de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:269) (FD 5).

¹² Martín-Retortillo (1996, pp. 112-113): «No la igualdad estática como se ha pretendido al referirse al Derecho Administrativo, sino una proporcionalidad, una adecuación en la prestación –proyección del sujeto en la concreta relación contractual–, es lo que se perfila como necesario en el contrato. Prestación que ha de referirse y supone una valoración económica».

del contrato alude a la situación de equivalencia o proporcionalidad de las prestaciones que las partes consideran justa y adecuada en el momento de su celebración. En los contratos sinalagmáticos, bilaterales o de intercambio (en los cuales cada parte recibe un contravalor de su prestación), como son los públicos, también se suele hablar de conmutabilidad de las prestaciones contractuales o de reciprocidad de los intereses del contrato¹³.

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

En la actual legislación de contratos, el principio del equilibrio económico se contempla expresamente en el art. 270.1 LCSP para el contrato de concesión de obras y en el art. 290.2 para la concesión de servicios públicos. El primero de ellos dispone que: «El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente», mientras que el art. 257.b) consagra el derecho del contratista «al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión» de obras. El segundo establece que «cuando las modificaciones del contrato de concesión de servicios afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato». También se alude implícitamente al restablecimiento económico cuando se reconoce el derecho del contratista a la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren producido en la ejecución del contrato en los supuestos de fuerza mayor (art. 239).

Pero ello no quiere decir, como a veces se afirma erróneamente, que el equilibrio económico financiero sea exclusivo de los contratos de concesión. Tanto las Directivas europeas como la propia LCSP predicán el equilibrio económico-financiero de todos los contratos públicos¹⁴.

El art. 72.1.e) de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública [al igual que el art. 43.4.b) de la Directiva 2014/23, de 26 de febrero, de concesiones], dispone que los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor, «no sean sustanciales a los efectos del apartado 4», apartado éste cuya letra b) precisa que, en cualquier caso, una modificación se considerará sustancial «cuando altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial».

Por su parte, el art. 205 de la LCSP, relativo a las modificaciones de los contratos no previstas en los pliegos, dispone en su apartado 2 que, además de por prestaciones adicionales y por circunstancias imprevisibles, cabe la modificación del contrato cuando no sea sustancial, y precisa de inmediato que «una modificación se considerará sustancial» cuando «altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco esencial» [letra c) apartado 2.º].

¹³ Aunque algunos autores lo han cuestionado, Larenz (1993, p. 76) señala categóricamente que «es inmanente al contrato sinalagmático como tipo la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación, de modo que cada uno pueda encontrar una ventaja».

¹⁴ La razón de que en la LCSP sólo se hable expresamente de desequilibrio en las concesiones quizá se deba a que la doctrina surgió originariamente en su seno, a que adquiere su verdadero sentido en los contratos de larga duración (como las concesiones) y a que, en la actualidad, en las concesiones el contratista asume más riesgos que en el resto de contratos, pues asume el riesgo operacional, que es un riesgo específico que no está presente en otros contratos. Sahún Pacheco (2019, p. 245) ha señalado que, como el riesgo operacional prohíbe la recuperación de la inversión y los costes en condiciones normales de funcionamiento (arts. 14.4 y 15.2 LCSP), el contrato de concesión es ahora un contrato con más riesgos que antes y, por tanto, menos seguro para el contratista. Esto plantea el problema de su compatibilidad con el derecho del concesionario al reequilibrio económico del contrato, en particular si se tiene en cuenta que la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, no dice nada al respecto. Es decir, en la medida en que el equilibrio económico de los contratos modula el riesgo que asume el contratista, es preciso saber hasta qué punto ello sigue siendo así sin comprometer la transferencia del riesgo operacional. Al punto que, el propio Consejo de Estado, en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de la LCSP, sostiene que «la existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español [...] choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional [y por eso, añade] la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales».

Lo que de ello cabe inferir, en lo que ahora interesa, es que el equilibrio económico constituye una parte o elemento sustancial del contrato, de todos los contratos. La idea de equilibrio económico también subyace en la exigencia de que el precio de los contratos, además de cierto, sea adecuado al mercado (art. 102.3 LCSP).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara. En algunas de sus resoluciones afirma que el equilibrio económico constituye un principio sustancial, básico o esencial en materia de contratación y en otras lo predica claramente de todos los contratos públicos¹⁵. Por su parte, los Dictámenes del Consejo de Estado núms. 92/2019, de 28 de febrero, y 242/2019, de 11 de abril, relativos a dos contratos de obras sobre la conservación del firme de una carretera, señalan que el equilibrio económico-financiero «constituye un principio general del derecho de los contratos públicos». También la doctrina científica se ha referido al equilibrio económico de todos los contratos y no sólo de las concesiones¹⁶.

El momento al que hay que estar para apreciar la ruptura del equilibrio de las prestaciones es el que las partes tuvieron en cuenta en el momento de la adjudicación del contrato, no cualquier otra situación existente con posterioridad. Por eso, el art. 290.2 LCSP habla de compensar a la otra parte «de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato». En consecuencia, la correcta ejecución de los contratos públicos, y el servicio a los intereses generales que con ellos se realiza, requiere asegurar al contratista una mínima estabilidad del esquema económico que se tuvo en cuenta en el momento de la celebración del contrato.

La existencia de este equilibrio económico inicial no quiere decir, lógicamente, que cualquier ruptura del mismo exija su restablecimiento o restauración, pues eso eliminaría el riesgo y ventura. El restablecimiento sólo procede cuando la causa de la ruptura sea imputable a la Administración (*ius variandi*, *factum principis*, que, por eso, se consideran generalmente supuestos de responsabilidad) o cuando, sin serlo, la sujeción estricta a lo pactado puede resultar contraria a la buena fe contractual y, sobre todo, al interés general que con todo contrato público trata de realizarse (fuerza mayor y riesgo imprevisible), pues, en estos dos últimos casos, el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones (al menos hasta lo que constituye el alea normal del contrato y, por eso, basta con una compensación parcial) es la mejor forma de garantizar la ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación el servicio¹⁷.

Se trata de las denominadas excepciones al riesgo y ventura, que paso a analizar, aunque hay autores que han considerado que algunas de ellas no son tales porque nunca fueron incorporadas en su totalidad al ámbito de aplicación del principio del riesgo y ventura¹⁸.

4. LAS EXCEPCIONES AL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA

La primera de las excepciones que suele citarse es la modificación del contrato por la Administración contratante o ejercicio del *ius variandi*¹⁹. Como se trata de una de las posibles soluciones al problema del fuerte incremento de los costes de ejecución de los contratos, será analizado en el apartado siguiente.

La segunda de las excepciones es el denominado *factum principis* o hecho del príncipe, expresión que alude a las decisiones generales imputables a la Administración que no van dirigidas de forma explícita al contrato, pero alteran sus presupuestos económicos. Se trata de intervenciones (o incluso omisiones) admi-

¹⁵ SSTs de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:653) (FD 2), STS de 28 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:956), SSTs de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5401) y de 12 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3974) (FD 4.6). La STS de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809) (FD 4) lo predica claramente de todos los contratos (en el caso concreto se trataba de un contrato de obras del refuerzo del firme de una carretera). La SAN de 16 de julio de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:3422) (FD 3) también lo aplica a un contrato de obras y considera que en el caso el equilibrio se ha roto como consecuencia de un riesgo imprevisible.

¹⁶ A tal efecto bastará con citar a algunos de los autores más autorizados en la materia: Albi Cholí (1960, p. 568); Ariño Ortiz (1968, pp. 346-347); Rebollo Puig (1995, pp. 85-87); Villar Palasí y Villar Ezcurra (2004, p. 542); Gimeno Feliu (2014, p. 147); Gallego Córcoles (2015, p. 151). Entre los Tratados y Manuales, García de Enterría y Fernández Rodríguez (2020, pp. 781-782); Muñoz Machado (2018, p. 181 y ss.); Santamaría Pastor (2018, p. 211); Fernández Farreres (2022, 160-161).

¹⁷ Fernández Farreres (2022, p. 168) señala, por ello, que el equilibrio económico-financiero no pasa de ser en su formulación legal sino la suma de una cuantas excepciones heterogéneas a la regla del riesgo y ventura del contratista, mientras que para J. A. Santamaría Pastor (2021b, pp. 97-98) se trata de una noción perturbadora, pues si la Administración modifica el contrato, tanto mediante medidas directas (*ius variandi*) como mediante regulaciones generales (*factum principis*), debe indemnizar íntegramente su coste, mientras que si las alteraciones viene provocadas por supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible, el deber de la Administración ha de limitarse a realizar las aportaciones necesarias para la finalización de la obra o la continuidad el servicio.

¹⁸ Villar Palasí y Villar Ezcurra (1993, p. 92).

¹⁹ El estudio más agudo y exhaustivo sobre tales excepciones en la LCSP, es el de Fernández Farreres (2021, pp. 47-90).

nistrativas de carácter general, derivadas del poder general de *imperium* (en la terminología del Consejo de Estado), que no modifican directamente, ni lo pretenden, el objeto contractual, pero que inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso y alterando el equilibrio económico.

La regulación del *factum principis* en la LCSP es confusa y parcial²⁰. Se contempla en los arts. 270.2.b) y 290.4.b) LCSP; por tanto, sólo para las concesiones de obras y de servicios, lo cual carece de toda justificación. Además, solo se predica de la Administración contratante, a pesar de que tradicionalmente se refería a la actuación de cualquier Administración o incluso de otros poderes públicos, como el legislativo²¹. Ahora, según tales preceptos, se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando «actuaciones directas de la Administración contratante, que tienen carácter obligatorio para el contratista, determinan directamente la ruptura sustancial de la economía del contrato», mientras que si el contrato resulta extraordinariamente oneroso para el contratista como consecuencia «de la aprobación de una disposición general de una Administración distinta a la contratante» tendrá derecho a desistir del contrato [arts. 270.4.a) y 290.6.a)]²². El Consejo de Estado, y algunos Tribunales también, han considerado que si la actuación que produce la excesiva onerosidad no procede de la Administración contratante se puede acudir a la teoría del riesgo imprevisible²³. Pero ahora, dada la literalidad de los preceptos referidos, sólo cabría acudir al riesgo imprevisible cuando se trate de actuaciones de otra Administración que no consistan en disposiciones generales (pues si son de este tipo, procedería el desistimiento) y, en su caso, de actuaciones del propio legislador²⁴.

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

«No sería aplicación al presente caso el mecanismo del *factum principis*, pues la subida de precios de las materias primas no trae causa de una actuación directa o indirecta de la Administración, teniendo en cuenta el principio de economía de libre mercado en que se mueven los citados precios»²⁵.

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

²⁰ Véase, Fernández Farreres (2021, p. 57; 2022, pp. 162-163); Santamaría Pastor (2021b, p. 95).

²¹ No obstante, alguna sentencia del TS, como la de 16 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3125), exigió ya que el *factum* fuera imputable a la Administración concedente. Sobre ello, *vid.*, por ejemplo, Lavilla Rubira (2018, p. 1430).

²² El mismo derecho surge, según el apartado b) de tales preceptos, si la extraordinaria onerosidad se debe a la obligación legal o contractual de incorporar avances técnicos que mejoren las obras o su explotación. Por el contrario, el art. 157 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, habla de Administración a secas: la Administración debe restablecer el equilibrio económico del contrato: «b) Cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión».

²³ Dictamen 1030/2015, de 21 de enero de 2016; STSJ Valencia núm. 793/2017, de 21 de julio; STS núm. 6/2020, de 24 de enero, del TSJ de Castilla y León.

²⁴ La delimitación entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible nunca ha estado clara (Villar Palasí y Villar Ezcurra, 2004, p. 543), y se ha enturbiado aún más, como señala certeramente Fernández Farreres (2021, pp. 64-66), al exigir la jurisprudencia al *factum* la nota de la imprevisibilidad propia del riesgo imprevisible (págs. 64-66). Los Autos del TS de 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:5834A) y de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:528A) han admitido sendos recursos de casación en los que se considera que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: «la determinación del significado y alcance de la doctrina del *factum principis* y del riesgo imprevisible y sus efectos sobre la economía del contrato y, en detalle, si la sobrevenida sujeción al pago del impuesto de bienes inmuebles por parte del concesionario comporta inexorablemente la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato o si, por el contrario, la desaparición de la exención del pago de dicho impuesto local, se inscribe en el principio de riesgo y ventura y no determina el nacimiento de derecho a compensación alguno a cargo de la Administración contratista». Esperemos que la sentencia, que todavía no se ha dictado, fiel a la función del actual recurso de casación, no se quede sólo en el detalle y sienta algunos criterios generales de delimitación entre ambas figuras.

²⁵ [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=175124&IDTIPO=60&RASTRO=c709\\$m3652,69797,69798](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=175124&IDTIPO=60&RASTRO=c709$m3652,69797,69798).

La regulación de la fuerza mayor en la LCSP, como en el caso del *factum principis*, es también fragmentaria y parcial²⁶. Primero, porque tampoco se extiende a todos los contratos (nada se dice de los de servicios y suministros), lo cual es absurdo y, por eso, la jurisprudencia lo ha corregido. Segundo, porque, en el contrato de obras, la mayor onerosidad originada por la fuerza mayor no se condiciona a nada, mientras que en los contratos de concesión de obras y de servicios, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, será preciso que la fuerza mayor haya ocasionado «de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión» (arts. 270.2.2.º y 290.4.2.º).

También parece claro que los fuertes incrementos de los costes de ejecución en muchos contratos públicos no obedecen a un supuesto de fuerza mayor. La pandemia primero y la guerra en Ucrania después pueden estar incidiendo claramente en el incremento de los precios, pero no están ocasionando, como exige el art. 239.2.c) LCSP, «destrozos violentos», máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia considera que la fuerza mayor, como excepción al principio de riesgo y ventura, no puede interpretarse de forma extensiva ni analógica, sino ajustada a los supuestos tasados que contempla la norma, que son autónomos, no intercambiables y concurren de forma alternativa²⁷. Respecto del incremento de los costes durante la pandemia, el informe núm. 38/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señaló que:

«la llegada de una pandemia dista de identificarse con incendios, con fenómenos naturales de efectos catastróficos o con destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público»²⁸.

En relación a la actual situación, el referido informe 10/2021 de la Junta Consultiva de Contratación de Castilla-La Mancha, considera en el mismo sentido que:

«no podrá aplicarse la fuerza mayor como supuesto habilitante para que los contratistas de los contratos de obras a que se refiere el órgano peticionario puedan solicitar indemnización al órgano de contratación por los daños y perjuicios que les haya podido provocar la subida de precios de las materias primas en sus contratos, pues esta causa no entra dentro de las tasadas que regula la LCSP en su artículo 239»²⁹.

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

El desequilibrio de algunos contratos públicos puede encajar en la teoría del riesgo imprevisible, razón por la que procede ocuparse de ella, no sin antes analizar la posibilidad de utilizar el *ius variandi* para modificar únicamente el precio de los contratos. Dejo al margen del estudio otros mecanismos de reequilibrio como la compensación por riesgos o sujeciones imprevistas (dificultades materiales que surgen durante la ejecución del contrato) y la técnica de la revisión de precios³⁰. La primera porque no tiene nada que ver con el fuerte incremento de los costes de la ejecución de los contratos; la revisión de precios porque, dada su actual regulación, en exceso restrictiva, o bien no se contempla en todos los contratos cuyo equilibrio económico puede haberse roto o bien puede resultar insuficiente para su restauración. También dejo al margen la actualización de precios que es diferente a su revisión, pues opera antes de la formalización misma del contrato³¹.

²⁶ Fernández Farreres (2021, p. 54; 2022, pp. 162-163); Santamaría Pastor (2021b, p. 96).

²⁷ Entre las más recientes, STS de 31 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2213) (FD 2), que se refiere al art. 231 del TRLCSP de 2011 cuya redacción es idéntica al actual art. 239 LCSP. La sentencia precisa que sólo realiza una enumeración ejemplificativa y no tasada de los supuestos de fuerza mayor el apartado b) de dicho precepto, ya que se refiere a los «fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes».

²⁸ En la jurisprudencia, por ejemplo, STSJ del País Vasco núm. 348/2021, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:TSJPV:2021:2388). En la doctrina, Sala Cantarell et al. (2023, en prensa) con cita de numerosas resoluciones judiciales.

²⁹ El informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, también descarta que en la actual situación concorra un *factum principis* o la fuerza mayor.

³⁰ Sobre los riesgos imprevistos, Fernández Rodríguez (2016, pp. 203-217).

³¹ La actualización de precios se previó de forma muy restrictiva en el art. 67 del Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967. En la actualidad, la LCSP no se refiere a ella, pero hay un tratamiento específico y parcial de la figura en el art. 130.4 del Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Adminis-

5. ¿SE PUEDE MODIFICAR EL PRECIO DE LOS CONTRATOS POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES?

La Administración puede modificar el objeto del contrato, pero, si lo hace y altera su equilibrio económico, tiene que indemnizar al contratista, pues ello, lógicamente, no forma parte del riesgo y ventura que asume. La regulación actual del *ius variandi* en la LCSP está dispersa en varios preceptos. La regulación general, que es la que ahora interesa, se contiene en los arts. 190, 191 y 203 a 207, que se refieren a la atribución de esa potestad a la Administración contratante, a los supuestos en que procede y al procedimiento que ha de seguirse para ello³².

La LCSP dispone que los contratos sólo pueden modificarse por razones de interés público y en los casos y la forma prevista en la propia Ley³³. Su art. 203.2 contempla, como es de sobra conocido, dos tipos de modificaciones contractuales. De un lado, las modificaciones previstas en los pliegos, que, según el art. 204, deben respetar determinados límites cuantitativos y cualitativos y cumplir determinados requisitos. De otro, las modificaciones no previstas, las cuales, según el art. 205.1, sólo podrán realizarse cuando concurra alguno de los supuestos que se precisan en el apartado segundo (necesidad de añadir obras, suministros o servicios adicionales, aparición de circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales) y la modificación se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. La LCSP mantiene la regla básica, aunque incomprensiblemente no para todos los contratos, que obliga a la Administración contratante a restablecer la ecuación financiera del contrato cuando se ha alterado como consecuencia de las modificaciones impuestas compensando al contratista (art. 242 para el contrato de obras, art. 270 para la concesión de obras y art. 290 para el contrato de concesión de servicios).

Dado que el extraordinario incremento de los costes en la ejecución de los contratos públicos no suele estar previsto en los pliegos, cabe plantearse si resulta aplicable el art. 205 LCSP, en particular la modificación por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación, lo que, a su vez, nos lleva a la pregunta de si puede modificarse cualquier contenido contractual, en este caso únicamente el precio de los contratos.

A este respecto, conviene recordar que el art. 205.2.b) LCSP permite modificaciones no previstas en los pliegos en los siguientes términos:

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

- 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido».

La posible aplicación de dicho precepto para modificar únicamente el precio de los contratos admite dos posturas interpretativas encontradas, cada una de las cuales ha sido defendida en la doctrina y aplicada en la práctica.

En principio, y de conformidad con el tenor literal del precepto, podría sostenerse que cualquier contenido del contrato puede ser objeto de modificación por razones de interés público que, lógicamente, habrá que

traciones Públicas. Sobre la diferencia entre actualización y revisión de precios, SSTs de 2 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4716), de 10 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6526) y de 12 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2864), con cita de otras anteriores.

³² Entre los estudios recientes más destacados, cabe mencionar la monografía de Codina García-Andrade (2019) y el artículo de Baño León (2018, pp. 1345-1364).

³³ El reciente informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (expediente 56/22) recuerda que sólo se pueden modificar los contratos vigentes, por lo que no cabe acudir al art. 205 LCSP antes incluso de la adjudicación del contrato. Tal cosa, señala la Junta, nunca ha sido posible bajo nuestra legislación de contratos público ni tampoco bajo la actual, ya que el art. 153.6 LCSP señala que no podrá procederse a la ejecución del contrato antes de su formalización, mientras que el art. 205.2.b) alude a la posibilidad de modificar los contratos vigentes, es decir, ya celebrados. La consulta que da lugar a dicho expediente se refiere, precisamente, al tema que se aborda de inmediato: si es o no posible acudir al art. 205.2.b) LCPS para modificar únicamente el precio de un contrato como consecuencia del fuerte incremento de los costes de ejecución. La Junta no se pronuncia expresamente sobre el tema por la razón indicada de que no se puede modificar un contrato que todavía no existe.

concretar. En este sentido, el art. 290.1 LCSP (relativo a la concesión de servicios) dispone que la Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios por razones de interés público. La STS de 12 de diciembre de 2019 ha admitido la reducción de las tarifas del servicio, incluso sin compensación al concesionario, al entender que el incremento del número de vehículos sujetos a inspección técnica, debido al progresivo envejecimiento del parque de automóviles, ha supuesto un beneficio desproporcionado para los concesionarios que justifica la utilización por parte de la Administración del *ius variandi* para modificar a la baja de las tarifas de los contratos de concesión de las estaciones ITV, ya que concurre un interés público y con ello se mantiene el equilibrio financiero de la prestaciones³⁴.

Siguiendo la doctrina de esa sentencia, podría considerarse también que, en virtud del art. 205.2.b) LCSP, si se produce un grave desequilibrio económico del contrato porque sobrevienen circunstancias imprevisibles en el momento de la preparación del presupuesto y la licitación (un fuerte incremento de sus costes de ejecución), la Administración contratante podría ejercer su *ius variandi* para incrementar el precio del contrato ya que concurre un interés público en dicha modificación y con ello se mantendría el equilibrio económico³⁵.

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

Pero el ejercicio del *ius variandi* para modificar únicamente el precio del contrato no deja de plantear problemas, pues siempre se ha considerado que se trata de una potestad de la Administración para reformar unilateralmente el objeto del contrato (obras, servicios o suministros), sin perjuicio del correlativo deber de indemnizar al contratista por todos los perjuicios que ello le irroque, de modo que se mantenga el equilibrio económico³⁶. La alteración del precio, sin embargo, aunque en rigor constituye un supuesto de modificación contractual, goza de un régimen jurídico propio y singular, razón por la cual el art. 203.1 LCSP señala que:

«Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a [...] revisión de precios [...], los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público y en los casos y en la forma previstos en esta Subsección»³⁷.

De hecho, la exigencia del art. 205.2.b) LCSP de que concurran acumulativamente los tres requisitos que contempla (que la necesidad de modificar el contrato derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever, que la modificación no altere «la naturaleza global del contrato» y, además, que no suponga una alteración en la cuantía del contrato superior al 50 % de su precio inicial), parece

³⁴ ECLI:ES:TS:2019:3974 (FJ 4). Esto ha sido muy criticado por la doctrina, porque, según se afirma, el hecho de reducir las tarifas de los usuarios sin compensar al contratista, supone la negación de que el contrato se ejecuta también a su ventura. Véanse, al respecto, los trabajos de Santamaría Pastor (2021a, p. 159) y de Fernández Farreres (2021, p. 79).

³⁵ Sostiene una tesis similar en relación a los arts. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE y 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE, cuya redacción reproduce el art. 205.2.b) de la LCSP, Gallego Córcoles (2015, p. 150), para quien tales preceptos no regulan tanto el *ius variandi* cuanto los límites que se imponen al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando su origen es un hecho imprevisible. Por su parte, Lozano Cutanda (2018, p. 150) considera que dentro de las causas imprevistas a las que se refiere el art. 205.2.b) LCSP tiene cabida el riesgo imprevisible, el cual supone, precisa, «la aparición de una circunstancia sobrevenida extraordinaria y razonablemente imprevisible, no imputable a una deficiente gestión del contratista, que provoca una subversión grave en la economía del contrato, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos», pero se incardina en la LCSP como un supuesto de modificación contractual que la Administración puede introducir y no como un derecho del contratista al reequilibrio económico del contrato.

³⁶ Consideran que sólo cabe acudir al *ius variandi* para modificar las prestaciones del contratista, Canales Gil et al. (2022, p. 371).

³⁷ Se refiere a ello, por ejemplo, la STS de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:719).

descartar la posibilidad de que, en virtud de ese precepto, se modifique el precio del contrato si no se alteran, además, las prestaciones del contratista.

Primero, porque para limitar el ejercicio del *ius variandi* por circunstancias imprevisibles respecto del precio del contrato bastaría con establecer determinados límites cuantitativos (por ejemplo, que no se supere ese umbral del 50 % que ya se prevé). No harían falta los otros dos requisitos cuya concurrencia exige el precepto. Segundo, porque estos otros dos requisitos apuntan a la modificación de las prestaciones del contratista. La alteración de la «naturaleza global del contrato inicial» se produce, según dispone el art. 204.2 LCSP, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato, no si se modifica el precio³⁸. Mientras que la necesidad de que sobrevengan circunstancias imprevisibles para una Administración diligente también parece apuntar a que son las prestaciones del contrato las que resulta necesario modificar, ya que si debido a tales circunstancias también resultara necesario modificar el precio del contrato el precepto no reduciría la imprevisibilidad a la Administración, sino que se referiría a las dos partes.

Ahora bien, la forma en que tales requisitos están formulados (la exigencia de que algo no acaezca: que la Administración no hubiera podido prever las circunstancias y que la modificación no altere la naturaleza global del contrato) no impide, en una interpretación literal del precepto, que se modifique únicamente el precio por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas como el incremento extraordinario de los costes de ejecución de los contratos. En efecto, en tal caso, una modificación sólo del precio que no exceda el 50 % inicial cumple el requisito de que la modificación derive de circunstancias que la Administración no pudo prever y, además, en rigor, no supone una alteración de la naturaleza global del contrato (pues no se sustituyen las obras, los suministros o los servicios ni se modifica con ello el tipo de contrato), por lo que se cumplen todas las condiciones que exige el precepto en su estricta literalidad³⁹.

La aplicación del art. 205.2.b) LCSP para modificar el precio del contrato por circunstancias imprevisibles no exigiría, como suele ser tradicional en la teoría del riesgo imprevisible, una excesiva onerosidad, sino que bastaría con la imprevisibilidad y con la concurrencia de una razón de interés público que justifique la modificación por tales circunstancias (arts. 190 y 203.1 LCSP), que en este caso se podría acreditar con la necesidad de garantizar la continuidad del contrato para asegurar la obra, el servicio o el suministro. La modificación se debe limitar a introducir las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la haga necesaria [art. 205.1.b LCSP]. Conviene tener en cuenta, además, que el *ius variandi* es una potestad de la Administración y, por ello, su aplicación a los supuestos de riesgo imprevisible no supone el correlativo derecho del contratista al reequilibrio económico del contrato, aunque este puede solicitar el ejercicio de aquélla si considera que concurren los requisitos exigidos.

El ejercicio del *ius variandi* por dicha causa requerirá, lógicamente, la instrucción de un procedimiento en el que habrían de respetarse los trámites esenciales que prevé el art. 191 LCSP para el ejercicio de todas las prerrogativas de la Administración, con las peculiaridades del art. 207 LCSP para la modificación (audiencia, informe del servicio jurídico de la entidad contratante, dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente según la cuantía, publicación del anuncio de modificación, etc.). Además, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 44.2 LCSP, la modificación podrá ser objeto de recurso especial en materia de contratación. Por lo tanto, el procedimiento sería más garantista y transparente que la compensación por riesgo imprevisible, si bien los presupuestos de hecho para su ejercicio serían menos rigurosos, ya que, como se acaba de señalar, no habría que acreditar una excesiva onerosidad.

La solución, en cualquier caso, no es pacífica en la práctica administrativa. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución núm. 436/2022, de 7 de abril, sobre la modificación

³⁸ Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE. Para Baño León (2012, p. 144) se trata de un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato. En cualquier caso, también se ha sostenido que el criterio de la naturaleza global del contrato no se refiere tanto a la naturaleza del contrato celebrado, cuanto a las características esenciales del procedimiento de contratación realizado, de modo que se altera esa naturaleza si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación tanto desde la perspectiva del número de ofertas como de su contenido, lo que acaecerá cuando se altere el objeto del contrato, se rebasen determinados límites cuantitativos o cuando se altere el equilibrio económico del contrato a favor del contratista (Gallego Córcoles, 2015, p. 137).

³⁹ Debo esta posición final a las enriquecedoras conversaciones mantenidas sobre el tema con el profesor Fernández Farreres, a quien le agradezco que, frente a mi postura inicial, me haya hecho ver que el requisito de que no se altere la naturaleza global del contrato no es concluyente para impedir la modificación del precio, pues, como la modificación no tiene por qué ceñirse exclusivamente a la alteración del precio, ese requisito puede terminar siendo innecesario en unos casos, pero en otros no lo será. Como señalo en el texto, cuando sólo se modifica el precio, el requisito de que no se altere la naturaleza global del contrato no es que resulte innecesario es que, en realidad, no se incumple.

del precio unitario de un contrato de suministro de papel con destino a centros sanitarios en el Principado de Asturias, considera que la modificación «no estaría justificada porque afecta a un elemento esencial del contrato, como es el precio». La resolución, siguiendo la recomendación de 10 de diciembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, añade que una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta y supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo cuales son el presupuesto y el valor estimado, razón por la que estima el recurso especial interpuesto por otro licitador que quedó preterido y anula el acuerdo impugnado⁴⁰. Pero la argumentación no me parece correcta. Primero, porque el requisito de que la modificación no afecte a un elemento esencial del contrato no aparece en el art. 205.2.b) LCSP. Segundo, y en cualquier caso, porque no creo que toda modificación del precio suponga la alteración de un elemento esencial del contrato, como se infiere, por lo demás, del propio apartado 3 de dicho precepto que pone el tope de la modificación en el 50 % de la cuantía del precio inicial.

El informe, ya citado, de la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha, de 29 de noviembre de 2021, también descarta que sea lícito aplicar el art. 205.2.b) LCSP a supuestos de modificaciones que afecten al precio del contrato sin, al mismo tiempo, alterar también las prestaciones del contratista, aunque considera que ello no es obstáculo para aplicar la técnica del reequilibrio económico por riesgo imprevisible cuando concurren las circunstancias que lo justifiquen⁴¹.

Por el contrario, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe 38/20, de 11 de febrero de 2021, admite la aplicación del art. 205.2.b) LCSP para modificar el precio de un contrato cuando concurren circunstancias imprevisibles (cierre de la frontera con Marruecos que impide la importación de áridos vía terrestre para la construcción de un centro de educación infantil en Melilla) que alteran de manera sustancial la economía del contrato (incremento del hormigón en torno al 45 % al tener que importar los áridos por vía marítima):

«En la legislación vigente el supuesto de modificación del contrato por la superveniencia de circunstancias nuevas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato aglutina los conceptos de *ius variandi* y de riesgo imprevisible. No es de extrañar que la LCSP haya querido prever expresamente, de modo congruente con el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, un supuesto de modificación no prevista en los pliegos que ofrezca cumplida respuesta a los casos de riesgo imprevisible que puedan afectar a las condiciones económicas del contrato, bien que con el límite del 50 % del precio inicial del mismo»⁴².

También cabe destacar la resolución del Presidente de la Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, de 14 de junio de 2022, relativa a la adecuación de los contratos de suministros de materias primas para la alimentación de los internos en dos centros penitenciarios de Algeciras. La resolución señala que durante la ejecución de tales contratos se han producido circunstancias excepcionales y totalmente imprevisibles en el momento de la aprobación del expediente de contratación (incremento excepcional del precio de los combustibles, del gas y la electricidad, materias primas, etc.) que justifican la necesidad de una modificación de los contratos vigentes para restablecer su equilibrio económico, pues «ni la más diligente de las Administraciones hubiera podido prever una inflación como la existente, ni mucho

⁴⁰ Se puede consultar en: https://www.obcp.es/sites/default/files/2022-04/TACRC%20436-2022_0.pdf. La referida resolución invoca la STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549-14) y la STS de 27 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:4276). Pero, en rigor, esa sentencia del TJUE sólo señala que «en principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa y el adjudicatario», mientras que la imputación que la resolución hace a esa sentencia del TS, de que las modificaciones no previstas se refieren a las prestaciones o actuaciones que ha de llevar a cabo el contratista y no al precio, no la hace, en realidad el TS, sino la sentencia del TSJ de Madrid de 19 de junio de 2019 impugnada en casación. En el mismo sentido, resolución núm. 740/2022, de 22 de junio.

⁴¹ Lo mismo sostiene el Informe núm. 7/2022 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, de 12 de mayo de 2022, que entiende que la modificación de un contrato supone un cambio en la forma de efectuar la prestación que constituye su objeto, que puede conllevar o no alteración de su precio como consecuencia de ello, pero «no es posible proceder a la modificación de un contrato o acuerdo marco con el único objeto de incrementar su precio, pues no se trataría con ello de que el contratista efectuara la prestación de forma distinta a la pactada y la revisión de precios cuenta con su propia regulación en la LCSP» (<https://contratos-publicos.comunidad.madrid/junta-consultiva/inf-7-2022>). En el mismo sentido: Informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía (<https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-03/Informe%2011-2021.pdf>); Informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (<http://www.contratos-delsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JCCA%20Canarias/JCCA%20Canarias%206-2022.pdf>).

⁴² Puede verse en: <https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2021/2020-038covidmelli.pdf>.

menos una situación de guerra en territorio europeo» y «un cambio de contratista generaría un aumento sustancial de los costes para el órgano de contratación, porque en todos los casos los precios del mercado actual son sustancialmente más elevados que los propuestos y las modificaciones son inferiores al 50 por ciento del precio inicial de los contratos, IVA excluido». En consecuencia, se resuelve adecuar el precio de los contratos a las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles⁴³.

La Abogacía del Estado, en su informe de 26 de octubre de 2021, también acepta, en aplicación del art. 205.2.b) LCSP, la modificación del precio de un contrato de suministro de energía eléctrica para el año 2022 en los puntos de demanda gestionados por la empresa pública estatal ACUAMED⁴⁴.

Por último, la reciente sentencia de la Audiencia Nacional, de 10 de octubre de 2022, también admite la modificación del precio (en este caso a la baja) de uno de los lotes de un Acuerdo Marco por la aparición de circunstancias sobrevenidas y no previsibles (la fluctuación de los precios de tales productos debida a la volatilidad de los mercados internacionales como consecuencia de la pandemia), dado que concurre un claro interés público en la minoración del precio, cual es la necesidad de observar el principio de integridad y la utilización eficiente de los fondos públicos que consagra el art. 1 de la LCSP⁴⁵.

En cualquier caso, ante las dudas que suscita la modificación del precio ex art. 205.2.b) LCSP para hacer frente al incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos, cabe plantearse si, en su defecto, se podría acudir como último recurso, ciertamente excepcional y con un apoyo legal menos claro, al restablecimiento del equilibrio económico mediante una compensación por riesgo imprevisible⁴⁶.

⁴³ Se puede consultar en la siguiente dirección: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/e078915c-4a3f-4927-a0a9-cb6c103721fa/DOC20220624132247Exp_2021_00022_Modif.pdf?MOD=AJPERES

⁴⁴ La documentación relativa a dicha modificación se puede consultar en los dos enlaces siguientes: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/00d51729-f28c-45f4-ae31-d364edf549e8/DOC_MOD2022-452957.pdf?MOD=AJPERES; https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/bbb83671-e91c-412d-a114-541d35de05f1/DOC20220214132401SUE-01-20_Adenda+Modificado+n1_fdo+Acciona.pdf?MOD=AJPERES

⁴⁵ ECLI:ES:AN:2022:4711. El caso, cuya resolución por la Audiencia Nacional recuerda un nuevo supuesto de riesgo sin ventura, presenta ciertas singularidades. Se trata de un Acuerdo Marco de suministro de material necesario para hacer frente a la COVID-19 que fue adjudicado por la Directora del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria a varias empresas. Tras ello, una de las adjudicatarias solicitó la modificación del precio unitario del Acuerdo Marco para el lote 8 (mascarillas de protección FFP2) debido a la variación a la baja de las condiciones de mercado de suministro de las mascarillas de dicho lote. Tras los preceptivos informes favorables, por resolución de 26 de abril de 2021, la referida Dirección estimó la solicitud de minorar el precio de los productos del lote 8, con apoyo, entre otros, en el art. 205.2.b) de la LCSP. Entre la adjudicación del Acuerdo Marco y la modificación del precio transcurrieron apenas 4 meses. Otra de las empresas adjudicatarias interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por resolución de 28 de mayo de 2021. Contra la desestimación, interpuso recurso contencioso-administrativo que fue estimado por sentencia de 25 de febrero de 2022 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5. Contra dicha sentencia, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria recurrió en apelación, recurso que fue estimado por la referida sentencia de la Audiencia Nacional. La sentencia señala que es «norma general que los contratos deben cumplirse a tenor de sus cláusulas», pero también que «el órgano de contratación ostenta, entre otras prerrogativas, la de ... modificarlos por razones de interés público, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley», y, tras esgrimir el art. 205.2.b) LCSP y los arts. 219 y 222, sobre los acuerdos marco y su modificación, concluye que, ante la solicitud de minoración de una de las empresas, previos los informes preceptivos, «y tratándose de una circunstancia sobrevenida no previsible, 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 artículo 1 de la LCSP. Resultando palmario el interés público que preside la minoración de precios unitarios del material sanitario que hubo de adquirir mediante tramitación de emergencia, ante la inminente necesidad de provisión de material y productos de protección e higiene frente a la pandemia; siendo de general conocimiento la escasez de mascarillas –y de otros productos– durante los primeros meses, incluso en el ámbito sanitario, los precios de las mismas en el mercado minorista y cómo, a medida que pasaron unos meses, la venta se normalizó y los precios bajaron notablemente. Este hecho es notorio y no requiere de prueba» (FD 5). Carrillo Donaire (2022), comentando esta sentencia destaca que «la ponderación de intereses en este caso no es la misma que operaría en un supuesto de reequilibrio donde el perjudicado fuese el contratista que soporta la subida sobrevenida e imprevista del precio de los materiales, pues aquí hay un elemento diferencial muy relevante, que reside en el innegable interés público en la eficiente utilización de los fondos públicos que contribuye, a su vez, a la estabilidad presupuestaria y al control y reducción del gasto público, por lo que debe ponerse en cuarentena esta singular resolución que sitúa el debate en si la aplicación del art. 205.2.b) LCSP requiere o no que la modificación del precio guarde una directa relación con la alteración de las prestaciones del contrato. En mi opinión, la sentencia (y antes la Administración) debería haber demostrado debidamente que se ha producido una excesiva onerosidad para la Administración como consecuencia de la alteración imprevisible de las circunstancias, sin que resulte suficiente esa genérica invocación al interés público que supone la garantía del principio de integridad y la utilización eficiente de los fondos públicos. Y, en cualquier caso, si la aparición de circunstancias imprevisibles efectivamente produjera una excesiva onerosidad y se considerara de aplicación dicho precepto (lo que plantea los problemas ya referidos), la solución tendría que ser la misma si fuera el contratista el perjudicado, pues, aunque la ponderación de intereses no sería la misma (ya que los intereses concurrentes serían diferentes), en la ponderación aparecería ahora un interés diferencial muy relevante a favor del reequilibrio mediante la modificación (al alza) del precio: la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público (en el caso, la necesidad de asegurar el suministro de las mascarillas).

⁴⁶ El dictamen del Consejo de Estado núm. 660/2014, de 17 de diciembre, afirma que «nadie o casi nadie duda hoy de que, una vez perfeccionado el contrato, si las circunstancias económicas se alteran radicalmente, se debe resolver o modificar el contrato. Se discute el fundamento conceptual con el que hacerlo». Por su parte, Los informes núms. 10/2021, de 29 de noviembre, de la Junta

6. EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO POR RIESGO IMPREVISIBLE

El riesgo imprevisible guarda muchas similitudes con la cláusula *rebus sic stantibus* propia del Derecho civil, al punto que a veces se equiparan o confunden⁴⁷. Pero la cláusula *rebus* no constituye el fundamento del riesgo imprevisible, sino que ambas figuras tienen como fundamento común la buena fe contractual⁴⁸. En el riesgo imprevisible concurre, sin embargo, un fundamento adicional: la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos, por lo que su aplicación puede ser menos restrictiva y excepcional que la de la *rebus* y, en consecuencia, más garantista para el contratista. Además, aunque sus requisitos sean similares, las consecuencias de una y otra técnica no siempre coinciden, ya que la aplicación de la cláusula *rebus* no sólo conduce al restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, sino también, en ocasiones, a una extinción de la relación contractual⁴⁹.

El riesgo imprevisible alude a la aparición sobrevenida de circunstancias que no podían ser razonablemente previstas por las partes en el momento de celebrar el contrato, las cuales provocan una grave alteración de su equilibrio económico ocasionando a una de las partes una excesiva onerosidad, normalmente, al contratista. En tal caso, procede el reequilibrio del contrato (o cierto reequilibrio: el necesario para volver al alea normal de contrato y retornar de nuevo a las lindes del riesgo y ventura) mediante una compensación parcial al contratista para, de ese modo, asegurar la continuidad de los servicios públicos o, por decirlo en los términos de la LCSP, los fines públicos institucionales que con los contratos tratan de realizarse (art. 1.2).

La teoría del riesgo imprevisible en la contratación administrativa nació, precisamente, como consecuencia del fuerte incremento del precio de determinadas materias primas en Europa durante la I Guerra Mundial y fue consagrada, como es bien sabido, por el Consejo de Estado francés en el famoso *arrêt Gaz de Bordeaux*, de 30 de marzo de 1916⁵⁰. En nuestro país, la teoría del riesgo imprevisible fue recogida por el RSCL [arts.127.2.2.b) y 152.3] y posteriormente, en Cataluña, por el ROAS (arts. 249 y 250).

En la actualidad, las Directivas de contratación (considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y 76 de la Directiva 214/23/UE) aluden al riesgo imprevisible en los siguientes términos:

«Los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleadas en la preparación de la adjudicación y su valor previsible».

La LCSP no ha consagrado expresamente, sin embargo, el derecho a una compensación por riesgo imprevisible, por lo que se trata de una figura de creación eminentemente jurisprudencial y doctrinal⁵¹.

En cualquier caso, no, por ello, deja de tener apoyo normativo en principios como los de equidad, buena fe contractual y, sobre todo, como siempre se ha entendido desde su surgimiento, en el principio de conti-

Consultiva de Contratación de Castilla-La Mancha, 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, y 5/2022, de 18 de noviembre, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, consideran que en la situación actual no cabe descartar la teoría del riesgo imprevisible, y añaden que hay que estar a las circunstancias de cada contrato y que ha de ser el órgano de contratación el que las valore. En la doctrina, para la situación de pandemia, Carlón Ruiz (2021, p. 38-39).

⁴⁷ Sobre la cláusula *rebus*, vid. De Amunátegui Rodríguez (2003), así como los trabajos más recientes de Parra Lucán (2015) y de Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021), con un exhaustivo estudio de Derecho comparado y de los intentos de incluir dicha cláusula en el Código Civil y en el Código Mercantil.

⁴⁸ Niega que el fundamento del riesgo del riesgo imprevisible sea la cláusula *rebus sic stantibus*, Rebollo Puig (1995, p. 143), que recuerda las críticas que ya hicieron a esa tesis Hauriou y Fernández de Velasco.

⁴⁹ Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, p. 512 y ss.).

⁵⁰ Puede consultarse en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2

⁵¹ El Código Civil tampoco contiene una referencia expresa a la cláusula *rebus* o una disposición general sobre la revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Aunque hay proyectos en marcha para su codificación [que pueden verse en Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, pp. 503-508)], muchos autores se oponen a su consagración normativa y alguno, incluso, considera que la mejor formulación legal de la *rebus* es la que no existe (Carrasco Perera, 2017, p. 977).

nidad de los servicios públicos (entendida esta expresión en sentido amplio)⁵². También podría apoyarse (materialmente) en el propio art. 205.2.b) LCSP, pues, aunque este precepto se interpretara en el sentido de que sólo justifica una modificación de las prestaciones del contratista, deja abierto el problema de por qué la aparición de circunstancias imprevisibles justifican una tal modificación y no una compensación para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando esas circunstancias suponen una excesiva onerosidad para el contratista que rompe por completo el equilibrio de las prestaciones y pone en peligro la ejecución misma del contrato.

Nuestra legislación de contratos, como hizo el RSCL, debería hacer una referencia expresa al reequilibrio por riesgo imprevisible. No sólo porque su consagración explícita (que está al servicio, no se olvide, de la conservación del contrato y de la continuidad del servicio a que sirve) dotaría de una mayor certidumbre y previsibilidad al régimen contractual y evitaría los problemas de delimitación con el *ius variandi*, sino también porque, de ese modo, la Administración contratante, que en ocasiones es consciente del problema y quiere resolverlo, no vería en el silencio de la LCSP un obstáculo insalvable a su aplicación desde la perspectiva del principio de legalidad (en su vertiente de vinculación positiva) que debe regir toda su actuación⁵³.

Con todo, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible no es puro voluntarismo o creación libre del Derecho, pues en nuestro ordenamiento jurídico hay fundamentos para defender su vigencia y aplicación. La Administración no puede desentenderse por completo del contrato público y esgrimir que la excesiva onerosidad por la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles es un riesgo que ha de asumir el contratista, pues esa solución, además de rigorista, formal y contraria a la buena fe contractual, pugna frontalmente con los propios fines institucionales de carácter público que, a través de los contratos, tratan de realizarse (art. 1.2 LCSP). Estos fines quedarían seriamente dañados si se interrumpiera la ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación del servicio, por lo que se hace necesaria la búsqueda de una solución que asegure su continuidad⁵⁴. El contratista puede perder, incluso, todos sus beneficios expectantes y hasta tener ciertas pérdidas (es decir, tiene que asumir todo lo que engloba el factor de riesgo y ventura que implica todo contrato), pero no hasta el punto de que una excesiva onerosidad ponga en peligro el contrato, porque la necesidad de garantizar su ejecución compete a la Administración que, por eso, tiene que acudir en su ayuda compartiendo con él los riesgos extraordinarios que de forma imprevista se hayan materializado, aunque sea por causas también ajenas a su voluntad.

⁵² La jurisprudencia y el Consejo de Estado también suelen esgrimir como fundamento la prohibición de enriquecimiento injusto, pero, como ha señalado Rebollo Puig (1995, pp. 155-156) respecto de todas las técnicas utilizadas para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, con esa forma de razonar se incurre en un círculo vicioso, pues el enriquecimiento se considera injusto porque se parte de que debe haber un cierto equilibrio de las prestaciones que se ha roto en un caso concreto, y, a la vez, la exigencia de ese equilibrio se fundamenta en la prohibición de enriquecimiento injusto; así, añade, si en un determinado caso se considera que el desequilibrio producido entra dentro del riesgo y ventura del contratista, el enriquecimiento de la Administración no se califica de injusto o sin causa, mientras que si se llega a considerar que no está incluido en el riesgo del contratista, entonces se afirmará que la no modificación de las contraprestaciones económicas produciría un enriquecimiento injusto. Por ello, concluye, «lo único verdaderamente relevante es decidir hasta dónde llega el principio de riesgo y ventura y dónde comienzan las exigencias del equilibrio económico del contrato», una vez resuelto lo cual, si triunfa la necesidad de reequilibrio, no tiene sentido ya introducir el enriquecimiento injusto. En sentido similar, compartiendo dicha crítica, Fernández Farreres (2021, pp. 69-70).

⁵³ En Francia, el *Code de la Commande publique*, reconoce expresamente el derecho a la compensación por riesgo imprevisible y lo diferencia del *ius variandi*. Su art. 6.3 dispone que: «Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité», mientras que el apartado 4 añade que: «L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat». En Italia, el proyecto de Decreto legislativo por el que se aprueba el código de los contratos públicos, también diferencia claramente ambas figuras. El art. 120 se refiere a la modificación de los contratos en curso de ejecución, mientras que antes, el art. 9, que consagra expresamente el principio de conservación del equilibrio contractual dispone en sus dos primeros apartados lo siguiente: «1. Se sovpravengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta. 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica [...]». Puede consultarse en https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2022_0078.pdf

⁵⁴ Como ha señalado la doctrina más autorizada, todos los contratos públicos están impregnados de una idea esencialmente finalista que preside su cumplimiento y ejecución, pues lo que con ellos se persigue es satisfacer el interés público y si para ello es preciso adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, la adaptación es obligada. García de Enterría y Fernández Rodríguez (2020, p. 782). Vid. también, entre otros, Villar Palasí y Villar Ezcurra (2004, p. 553).

La vigencia y aplicabilidad del riesgo imprevisible se infiere, en consecuencia, de la propia regulación institucional de los contratos públicos y ha sido afirmada reiteradamente por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina del Consejo de Estado, aunque de forma muy restrictiva y no siempre con un fundamento claro y unívoco.

Nuestro Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que el riesgo imprevisible es una de las excepciones al riesgo y ventura del contratista:

«es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues se sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 CC) y de buena fe (art. 7.1 CC) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública»⁵⁵.

La teoría del riesgo imprevisible como causa que justifica el reequilibrio económico de los contratos públicos también ha sido aplicada por el Consejo de Estado. Entre sus dictámenes más recientes, cabe destacar los núms. 93/2019, de 28 de febrero, y 243/2019, de 11 de abril, en los cuales reconoce el derecho del concesionario de una obra pública al restablecimiento del equilibrio económico con apoyo en esta argumentación:

«la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su *arrêt* de 27 de junio de 1919)».

También los Tribunales Superiores de Justicia aplican el riesgo imprevisible para mantener el equilibrio económico del contrato, como puede verse, por ejemplo, en la sentencia núm. 16/2020, de 24 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos), que considera que el desmantelamiento de un Hospital en Burgos y su impacto en el aparcamiento de automóviles adjudicado por el Ayuntamiento no es un supuesto de *factum principis* (ya que se trata de una Administración ajena al contrato), pero sí de riesgo imprevisible, por lo que el concesionario «tiene derecho al reequilibrio económico-financiero de la concesión alterado como consecuencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en relación con el cierre del Hospital General Yagüe»⁵⁶.

En sentido similar, se pronunció la sentencia núm. 792/2017, de 21 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que reconoció el derecho al restablecimiento económico de una concesión del servicio de vigilancia, seguridad y protección de los centros públicos sanitarios de la Comunidad Valenciana, que sufrió una alteración de su régimen económico laboral en virtud del Real Decreto-ley 16/2013, de medidas para favorecer la contratación y mejorar la empleabilidad de los trabajadores:

«En el presente caso cabe estimar que han concurrido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de solicitarse la revisión de precios, en tanto que ha habido unos incrementos de costes de personal totalmente ajenos a la entidad contratista en el momento de concursar y proponer su oferta económica, en cuanto derivados de una ley especial, que implicaba una subida de las bases de cotización, que la empresa no pudo considerar en el momento de formular la oferta, en la que no se tomaba en cuenta tales incrementos de costes, por lo que no debe estarse al principio de riesgo y ventura del contratista»⁵⁷.

Entre las sentencias dictadas por los Juzgados, puede destacarse la núm. 258/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, de 11 de diciembre, que recoge diversas sentencias del Tribunal

⁵⁵ SSTs de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809), de 4 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:952), de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:5401:2015), entre otras muchas.

⁵⁶ ECLI:ES:TSJCL:2020:418, FD 2.

⁵⁷ ECLI:ES:TSJCV:2017:6442, FD 4.

Supremo e informes de las Juntas Consultivas de Contratación que predicen el riesgo imprevisible de los contratos de servicios, aunque finalmente desestima el recurso porque «un sobre coste respecto al previsto de tan pequeña magnitud como el alegado no representa una quiebra de la conmutatividad del contrato, y tampoco su compensación es necesaria para garantizar la viabilidad del mismo» (FJ 5). También merece ser citada por su claridad, la sentencia núm. 143/2022, de 21 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao, que alude a alguna de las anteriores y reconoce el derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de la explotación de los aparcamientos de Getxo en aplicación de la teoría del riesgo imprevisible (FD 7), y, además, contiene importantes precisiones, también, sobre hasta qué momento (procesal) puede pedirse la compensación de reequilibrio económico por riesgo imprevisible (FD 9).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la teoría del riesgo imprevisible tiene un carácter restrictivo y subsidiario o residual, pues, según ha declarado el Tribunal Supremo, el riesgo y ventura sólo cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias de tal índole que quiebre el equilibrio económico financiero contractual por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante la revisión de precios cuando así esté pactada y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales, todo ello conjuntamente⁵⁸. Conviene, pues, analizar todos estos requisitos.

7. LOS REQUISITOS DEL RIESGO IMPREVISIBLE

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado han señalado que los requisitos que han de concurrir para que estemos ante un situación de riesgo imprevisible y proceda el restablecimiento del equilibrio contractual que se haya visto alterado son los siguientes: un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias en el momento de ejecutar el contrato respecto de las que se tuvieron en cuenta al celebrarlo; un aumento sustancial de la onerosidad de la prestación como consecuencia de la concurrencia de circunstancias extraordinarias y sobrevenidas; la permanencia o duración de la alteración sobrevenida y posibilidad de cumplimiento del contrato; y la inexistencia de medios alternativos para evitar o paliar el desequilibrio causado. Veamos el significado de cada uno de ellos por separado⁵⁹.

- i) Alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en el momento de ejecutar el contrato respecto de las que se tuvieron en cuenta cuando se celebró.

La alteración del equilibrio económico-financiero del contrato debe derivar de un cambio de circunstancias imprevisible. Si el hecho o circunstancia estaba previsto o resultaba previsible, se entiende que el contratista celebró el contrato asumiendo ese riesgo, esto es, sabiendo o debiendo saber que se podría producir esa circunstancia onerosa para él. Por tanto, se excluye el riesgo normal o inherente al contrato o el asumido de forma explícita o implícita.

La falta de previsión del riesgo no debe ser imputable al contratista. El Tribunal Supremo habla de riesgos que afecten gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables⁶⁰. La imprevisibilidad ha de ir ligada no sólo a la capacidad de previsión, sino también a la obligación de prever, de modo que si el contratista se ve afectado por aquello que no previó, pero debería haber previsto, no podrá esgrimir el riesgo imprevisible⁶¹.

La determinación del carácter imprevisible o no del hecho, como todo concepto jurídico indeterminado, se mueve en un amplio margen de apreciación, por lo que la jurisprudencia a veces es oscilante y hay que

⁵⁸ Así, por ejemplo, la STS de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2807) (FD único). Un estudio exhaustivo de la jurisprudencia sobre el riesgo imprevisible, que pone claramente de manifiesto su carácter restrictivo y hasta excepcional, en Amenós Álamo y Nieto Moreno (2012, pp. 119-142) y, sobre todo, con la jurisprudencia más reciente, en Fernández Farreres (2021, pp. 68-76). El panorama jurisprudencial recuerda, en cierto modo, al de la Sala Primera sobre la regla *rebus sic stantibus* que en los años setenta criticaba F. de Castro (1985, p. 319 y ss.), y respecto de la cual afirmaba que normalmente el Tribunal Supremo negaba la cláusula y, cuando la admitía, lo hacía en considerandos de sentencias cuyos fallos se apoyaban en que no concurrían los requisitos exigidos para su aplicación. La cita también en Parra Lucán (2015, p. 9).

⁵⁹ SSTs de 9 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7878), de 18 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1807), de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809), de 28 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:956) o de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2807), entre otras; Dictámenes del Consejo de Estado núms. 8/2003, de 13 de marzo, 1030/2015, de 21 de enero de 2016, 93/2019, de 28 de febrero, 243/2019, de 11 de abril, entre otros.

⁶⁰ STS de 30 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2956).

⁶¹ Así, respecto a la *rebus*, Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, p. 538).

estar al caso concreto. El Tribunal Supremo ha admitido ese carácter imprevisible, por ejemplo, cuando se ha producido un incremento considerable del número de usuarios del servicio de recogida de basuras en un municipio turístico, lo que provoca una mayor onerosidad en la ejecución del contrato: como la retribución del contratista no era a cargo de la tarifa de los usuarios, sino que consistía en un precio, el contratista ha de ser compensado económicamente por la Administración contratante⁶². También se ha reconocido el derecho al reequilibrio económico de una concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo AP-41 por la falta de realización de la autovía Toledo a Córdoba (prevista en el Plan de infraestructuras y Transporte) porque dicha autovía tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pues aquélla fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía⁶³.

En otras sentencias más recientes, el Tribunal Supremo no ha admitido, sin embargo, la aplicación al caso concreto del riesgo imprevisible, aunque, en realidad, no niega que la subida de precios pueda ser calificada como un hecho imprevisible que no pudo ser tenido en cuenta al tiempo de celebrarse el contrato. Al contrario, lo admite, pero considera que, a la vista de las circunstancias del caso, no ha quedado acreditado que los aumentos hayan supuesto efectivamente una quiebra del equilibrio económico del contrato, ya que, aunque el incremento pudo determinar que el beneficio no alcanzara el margen calculado por el contratista, esta circunstancia no autoriza a concluir acerca de la situación «desproporcionadamente lesiva»⁶⁴. Es decir, en tales casos el hecho es imprevisible, pero no hay una excesiva onerosidad, requisito éste esencial que paso a analizar.

- ii) Aumento grave y sustancial de la onerosidad de la prestación como consecuencia de la concurrencia de las circunstancias extraordinarias y sobrevenidas.

La alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias debe producir una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las prestaciones del contratista. No es suficiente que éste sufra un quebranto en los beneficios que esperaba, sino que el menoscabo debe ser extraordinario o excesivamente oneroso. La mayor onerosidad forma parte del riesgo y ventura del contratista. Por eso, ha de tratarse de una ruptura completa del equilibrio contractual, una especial alteración de la economía del contrato que resulte desproporcionada, clara y evidente (y no imputable a las partes). El desequilibrio que debe acaecer es tal, en consecuencia, que la prestación económica de una de las partes se transforma en otra cuantitativamente diferente y, como dicen los civilistas a propósito de la cláusula *rebus*, la relación de conmutatividad inicial que existía entre las prestaciones se desvanece por completo, de modo que la equivalencia o proporción entre las prestaciones de las partes del contrato, tal y como había sido inicialmente prevista, se ve destruida o seriamente afectada⁶⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que se «sobrepasen los límites normales de aleatoriedad que comporta toda licitación»⁶⁶. Hay que tener en cuenta, no obstante, la indeterminación que pesa sobre la apreciación del riesgo y ventura que, como ha dicho la jurisprudencia, «no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, que se encuentra en función de su acusada –relevancia y significación– en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique»⁶⁷. Por tanto, debe examinarse en cada caso si, en atención a las circunstancias de cada contrato en discusión, se puede concluir que se ha alterado o no de modo irrazonable y desproporcionado ese equilibrio contractual. Asimismo, la incidencia del incremento ha de examinarse 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 mismo⁶⁸.

⁶² STS de 1 de julio de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:5319).

⁶³ STS de 16 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3125).

⁶⁴ SSTs de 18 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1807), de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531), de 10 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6699), hasta llegar a la más reciente de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:TS:2020:2807). En los Tribunales Superiores de Justicia, entre otras muchas, STSJ La Rioja de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJLR:2022:547).

⁶⁵ Carrasco Perera (2017, p. 972) habla de un acontecimiento extraordinario e imprevisible sobrevenido durante la ejecución del contrato que hace la obligación del deudor excesivamente onerosa e irrazonablemente desproporcionada con la contraprestación que recibe de la otra parte (pág. 972). Parra Lucán (2015, p. 24), señala que se trata de alteraciones o desequilibrios que, de haberlos previsto, las partes no hubieran prestado su consentimiento (pág. 24). En parecidos términos, Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 511).

⁶⁶ SSTs de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531), y de 10 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6699).

⁶⁷ SSTs de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531).

⁶⁸ STS 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531).

La jurisprudencia también ha precisado que actualmente no existe una disposición legal que establezca los umbrales fijos para la entrada en juego del principio de riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como sí fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, al cifrarlo en el 2,5 % del contrato⁶⁹. La STS de 9 de marzo de 1999 ya señaló que «la doctrina del “riesgo imprevisible razonable”, se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada “relevancia y significación” en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique»⁷⁰.

En cualquier caso, aunque no hay una definición legal de lo que constituye una «excesiva onerosidad», sí contamos con un concepto legal, que se puede tomar como criterio orientativo. Se trata del concepto de «extraordinaria onerosidad» que contempla el art. 270.4 LCSP, relativo al contrato de concesión de obras, y que reconoce el derecho del contratista a desistir del contrato cuando esa extraordinaria onerosidad derive de la aprobación de una disposición general de una Administración distinta a la contratante o de la obligación legal o contractual de incorporar avances técnicos que mejoren notoriamente las obras o su explotación. El precepto considera que se produce esa extraordinaria onerosidad para el concesionario cuando haya «un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión».

La excesiva onerosidad debe determinarse en atención a un análisis objetivo del cambio en la prestación y no en función de la dificultad subjetiva que entrañe para el contratista, y hay que referirla no a la prestación en sí misma considerada, sino a lo excesivamente gravosa que resulte en relación con la respectiva contraprestación, pues su razón de ser reside en el correcto equilibrio de las prestaciones entre las partes⁷¹.

iii) Permanencia o duración de la alteración sobrevenida y posibilidad de cumplimiento del contrato.

El desequilibrio económico causado por la concurrencia de esas circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no debe ser episódico o puntual, sino que debe tener una cierta duración temporal, que la jurisprudencia, no obstante, no ha sabido precisar.

Por otro lado, si el contrato no puede cumplirse, ya no estaríamos ante un supuesto de riesgo imprevisible sino, si acaso, de fuerza mayor, aunque, como se ha visto, ésta no siempre determina la imposibilidad y resolución del contrato, sino que también da lugar, cuando cabe el cumplimiento contractual, al reequilibrio económico.

iv) Subsidiariedad o inexistencia de medios alternativos para evitar o paliar el desequilibrio causado.

Por último, el riesgo imprevisible requiere la inexistencia de técnicas de reequilibrio alternativas, pues si existen otros mecanismos legales o contractuales alternativos disponibles (como la responsabilidad por daños, la fuerza mayor, el *factum principis*, etc.), estos resultarán de aplicación preferente.

No obstante, es importante precisar, que la revisión de precios y la compensación por riesgo imprevisible son técnicas compatibles, pues la primera puede resultar insuficiente o todavía no resultar de aplicación (por ejemplo, porque el contrato no haya ejecutado el 20 por ciento de su importe ni hayan transcurrido dos años desde su formalización). La razón de esa compatibilidad es que la revisión de precios parte de las alteraciones que son previsibles: son riesgos previstos y ordenados o regulados. El riesgo imprevisible, sin embargo, parte de lo que no se puede prever. El art. 103.10 LCSP, relativo a la revisión de precios, dispone, por ello, que lo establecido en este precepto se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de la posibilidad de mantener el equilibrio económico en las circunstancias previstas en los arts. 270 y 290.

La STS de 27 de octubre de 2009, varias veces citada, en la línea ya indicada por otras anteriores, señala al respecto que:

«cuando dicha figura de la “revisión de precios” deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapen a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso

⁶⁹ STS de 6 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1805).

⁷⁰ ECLI:ES:TS:1999:1628.

⁷¹ En este sentido, analizando los requisitos de la excesiva onerosidad en el *Codice Civile* italiano, Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, p. 538).

empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de “riesgo razonablemente imprevisible” como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la “revisión de precios” es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes»⁷².

Por tanto, cabe concluir, la excesiva onerosidad como consecuencia de un riesgo sobrevenido y por completo imprevisible no se encuentra dentro del alea normal del contrato, pues se trata de un riesgo anormal que no es encuadrable en el principio del riesgo y ventura del contratista. Es, en definitiva, un riesgo no asignado en el contrato a una de las partes, por lo que, si concurren los requisitos exigidos, la Administración debería compartirlo con el contratista compensándole parcialmente.

8. RIESGO IMPREVISIBLE, SITUACIONES DE CRISIS Y LEGISLACIÓN DE URGENCIA: EL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO, SOBRE REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS

Por último, y para concluir, es preciso abordar la cuestión de la aplicación del riesgo imprevisible en situaciones de crisis como la actual⁷³. Los interrogantes que se plantean son, cuando menos, estos dos: si la teoría del riesgo imprevisible es la más apta para hacer frente a situaciones de crisis de extrema gravedad, y, en su caso, si su aplicación resulta compatible con la legislación de urgencia que eventualmente pueda aprobarse.

A propósito de la cláusula *rebus sic stantibus*, algunos civilistas han sostenido que no parece que dicha cláusula pueda erigirse en un instrumento de aplicación simple y generalizada a las numerosísimas relaciones contractuales que se están viendo afectadas por la crisis económica, pues se trata de un instrumento de precisión que opera en el seno de una concreta relación contractual que, por ello, carece del carácter sistémico y cuasi-mecánico que las dificultades macroeconómicas requieren; no es tampoco, se afirma, una herramienta ágil para proteger a quienes se vean seriamente afectados por la crisis, pues, en muchos casos, tendrán que aplicarla los tribunales, los cuáles carecen de la información necesaria para establecer los términos contractuales más ajustados a las exigencias del ciclo económico y su solución llegará tarde; además, la utilización de la cláusula para corregir los rigores de los ciclos económicos resulta contraria a dos de sus notas características, la subsidiariedad y la excepcionalidad, y sus perfiles, inciertos y poco precisos, requieren para su aplicación una exigente tarea de los jueces y tribunales. Por todo esto, concluyen que resultaría más adecuado acudir a la legislación de emergencia⁷⁴.

Es posible que también concurren estas mismas razones en el caso del riesgo imprevisible propio de la contratación pública. El tema requeriría un estudio más atento que ahora no es momento de abordar. Pero, aunque se considerara que para hacer frente a situaciones de crisis como la actual sería mejor acudir a la legislación de urgencia, ello no debería ser un obstáculo para que la legislación básica de contratos consagrara la teoría del riesgo imprevisible y el alcance de la contribución que la Administración debería afrontar para asegurar la obra o el servicio en tales casos⁷⁵.

De cualquier forma, lo que parece evidente es que la legislación de urgencia aprobada para hacer frente al desequilibrio generado en muchos contratos públicos por la crisis actual se apoya expresamente en la aparición sobrevenida de un riesgo que era imprevisible y que el contratista no ha de asumir en su integridad.

⁷² ECLI:ES:TS:2009:6531.

⁷³ Santamaría Pastor (2021b, p. 93, pp. 96-97) considera que la ausencia de una alusión más explícita al riesgo imprevisible en nuestra legislación de contratos quizá resida, junto a la resistencia histórica a consagrar legislativamente situaciones de anomalía que pueden generar cargas indemnizatorias importantes para la hacienda, en la creencia de que en situaciones de crisis de extrema gravedad las medidas para hacerles frente deben ser adoptadas por una legislación singular de urgencia. Como se señala de inmediato en el texto, la cláusula *rebus* plantea un problema similar, tal y como puede verse en el magnífico trabajo, varias veces citado, de Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, p. 557), quienes concluyen que no es una fórmula apta para situaciones de emergencia.

⁷⁴ Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, pp. 557-565). En cualquier caso, como reconocen estos autores, no todos los civilistas son de la misma opinión. *Vid.*, por ejemplo, Orduña Moreno (2020).

⁷⁵ En este sentido, Santamaría Pastor (2021b, p. 97).

El Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo (cuyo título, innecesariamente largo y enrevesado, como todo lo relacionado con los contratos públicos, omito), prevé un sistema excepcional de revisión de precios, aunque, incomprensiblemente, sólo para los contratos de obras⁷⁶. Un sistema excepcional que, como tal, se aparta de las previsiones sobre revisión de precios de la LCSP, pero que se fundamenta claramente en la teoría del riesgo imprevisible, como puede apreciarse con la simple lectura de su Exposición de Motivos⁷⁷.

En ella, se reconoce expresamente que las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia y la guerra en Ucrania han repercutido de una manera directa y significativa en la ejecución de determinados contratos del sector público, pues, tras el descenso experimentado en 2020, los precios de las materias primas han subido con fuerza y de forma extraordinaria en 2021 en el contexto de la recuperación económica, lo que ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras. Todo ello, añade:

«ha tenido como consecuencia que la ejecución de un número significativo de contratos se haya dificultado notablemente, pues *los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente la economía de estos contratos por causa de un incremento extraordinario de ciertos costes, incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público*» [la cursiva es mía].

Tras dicha afirmación, la Exposición de Motivos reconoce la insuficiencia del actual sistema de revisión de precios para hacer frente a ese grave problema, pues:

«la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras *no es posible afrontarla con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20% de su importe*» [la cursiva es mía].

Por ello, concluye, «ante esta circunstancia, notablemente perjudicial para el interés público subyacente en cualquier contrato del sector público», se ha considerado oportuno adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional para permitir en estos supuestos una revisión excepcional de los precios.

Estas afirmaciones demuestran, a las claras, la vigencia en nuestro Derecho de la teoría del riesgo imprevisible y la necesidad de aplicarla, como válvula de escape, cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles en el momento de la licitación que producen una grave onerosidad a una de las partes y se altera por completo la economía del contrato, pues, en otro caso, el propio interés público que subyace en todo contrato público se vería gravemente afectado. Como puede apreciarse, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible se articula, precisamente, a través de una revisión excepcional de los precios del contrato, aun-

⁷⁶ Los preceptos del Real Decreto-ley 3/2022 que se ocupan del tema (arts. 6 a 10) tienen carácter básico (DF 1.ª), pero sólo se aplica al sector público estatal, si bien su art. 6.3 dispone que resultará aplicable a las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerdan. Al final, aunque algunas aprobaron sus propias normas sobre revisión excepcional de precios (incluso antes), todas las CC.AA han declarado su aplicación salvo Navarra, cuyas competencias en materia de contratos son más amplias que las del resto de CC.AA [art. 49.d) LORAFNA]. El referido Real Decreto-ley ha sido modificado posteriormente por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, que amplía la revisión a los contratos cuya adjudicación o formalización se publiquen en la plataforma de contratación del sector público en el período de un año desde la entrada en vigor del RD-ley 3/2022 (éste se limitaba a los contratos de obras en ejecución), y después por el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, que prevé la aplicación de la revisión excepcional de precios a los contratos de obras de duración inferior a doce meses y permite que mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se amplíe la lista de materiales que justifican la revisión. Por su parte, la DA 2.ª de la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, introduce una regulación específica para la revisión excepcional de precios en los contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento. Un estudio exhaustivo de todas estas normas y de las aprobadas por las CC.AA, en Bouso Darriba (2022, pp. 23-88).

⁷⁷ En relación a los arrendamientos de inmuebles afectos a actividades económicas, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, se apoya en la cláusula *rebus*, pues señala en su preámbulo que las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 han provocado la suspensión o reducción de muchas actividades económicas, lo que puede afectar a la capacidad financiera de autónomos y pymes para cumplir sus obligaciones de pago de la renta de los locales en alquiler, por lo que, «ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las medidas contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual» (apartado II). Con posterioridad se aprobó el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, «como continuación y mejora del anterior», pero ya no alude en su preámbulo a la cláusula *rebus*.

que las exclusiones que contempla (no se compensa el incremento del coste de la energía) y las complejas fórmulas que establece están dando lugar a una escasa aplicación práctica⁷⁸.

Esta regulación excepcional sólo resulta aplicable a los contratos de obras, lo que nos lleva a la segunda de las cuestiones planteadas al comienzo de este apartado, que, a su vez, se puede desdoblar en dos⁷⁹. En primer lugar, si la aprobación de esta legislación de urgencia para los contratos de obras excluye la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible al resto de contratos. Y, en segundo lugar, la de la compatibilidad de esa legislación con el riesgo imprevisible en los propios contratos de obras, esto es, si cabe aplicar también a tales contratos la teoría del riesgo imprevisible si la legislación de urgencia aprobada resulta insuficiente para restablecer su equilibrio económico.

En cuanto a lo primero, el que el referido Real Decreto-ley sólo incluya a los contratos de obras, y no a los de servicios y suministros y a las concesiones, no impide, en mi opinión, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible a esos contratos si concurren los requisitos exigidos para ello⁸⁰. De esa norma especial no puede inferirse que el desequilibrio económico que puedan presentar otros tipos contractuales no pueda restablecerse aplicando la técnica del riesgo imprevisible una vez concurren sus requisitos.

Primero, porque para llegar a semejante conclusión sería precisa una decisión clara y explícita que no se encuentra en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Segundo, porque la *ratio legis* que subyace en esta norma para el contrato de obras está igualmente presente en otros contratos públicos en los que también se ha producido «un incremento extraordinario de sus costes», que era «imprevisible en el momento de la licitación», que excede «del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar» y que «altera fuertemente la economía del contrato», lo que, si no se subsana mediante el reequilibrio económico, «resultará notablemente perjudicial para el interés público subyacente» en el contrato en cuestión, por utilizar las mismas expresiones que la propia Exposición de Motivos del referido Real Decreto-ley.

No hay ninguna razón jurídica para aplicar las medidas excepcionales de revisión de precios a los contratos de obras y no hacerlo a otros contratos públicos cuya economía también se ha visto fuertemente alterada como consecuencia del «alza extraordinaria del coste» de los medios materiales necesarios para su ejecución. Se trata de un supuesto de incoherencia y falta de razonabilidad del «legislador de urgencia» que ha sembrado el desconcierto entre los contratistas de servicios y suministros⁸¹.

⁷⁸ La reciente Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública 1070/2022, de 8 de noviembre, ha tratado de paliar alguna de tales deficiencias, ya que aumenta la relación de materiales cuyo incremento de coste deberá tenerse en cuenta a efectos de la revisión excepcional de precios (BOE núm. 270, de 10 de noviembre). Pero esto es claramente insuficiente. Por eso, alguna de las enmiendas parlamentarias al referido Real Decreto-ley en su tramitación como ley, propone su extensión a todos los contratos públicos. Eso es, precisamente, lo que ha hecho nuestro vecino Portugal con una norma similar (Decreto-ley 36/2022, de 20 de mayo), que establece un régimen excepcional y temporal de revisión de precios de, prácticamente, todos los contratos públicos (cuyo incremento del coste represente al menos el 3 % de su precio y la tasa de variación interanual del coste sea igual o superior al 20 %), que se articula a través de un sencillo procedimiento: iniciación con la propuesta de revisión del contratista, plazo de 20 días para resolver y silencio positivo si la Administración no se pronuncia (puede consultarse en: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/36-2022-183691731>). Lo mismo ha hecho Francia con la Circular núm. 6374, de 29 de septiembre de 2022, de la Primera Ministra, sobre la ejecución de los contratos públicos en el contexto actual de aumento de algunas materias primas, que recoge la doctrina del Consejo de Estado francés (dictamen de 15 de septiembre de 2022), sobre la posibilidad de modificar las cláusulas económicas de los contratos y concesiones para compensar las consecuencias de los aumentos imprevisibles de los precios. Sobre estas dos medidas, vid. el completo estudio de Bouso Darriba (2022, p. 75 y ss.).

⁷⁹ El informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, niega la aplicación analógica del Real Decreto-ley 3/2022, a contratos diferentes al de obras. Disponible en: http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/dgpatrimonio/galeria/INFORME-6_2022-sobre-restablecimiento-economico-de-los-contratos-publicos-.pdf

⁸⁰ El informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, emitido en el expediente núm. 27/2022, parece entender lo contrario, pues concluye que si una Comunidad Autónoma decide aplicar el sistema excepcional de revisión de precios de Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, tiene que respetar las prescripciones básicas que establece el Estado en él, a lo que añade que «los principios de *pacta sunt servanda* y de “riesgo y ventura” deben ser aplicados con carácter general, sin que quepan más excepciones que las que contempla la normativa básica estatal» (<https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2022/2022-027basico6rdl3-22.pdf>). No creo que si una Comunidad Autónoma decide establecer un régimen de revisión más generoso que el previsto en dicho Real Decreto-ley se estén vulnerando unas bases que el propio Estado configura expresamente como disponibles. Por otra parte, las excepciones a la *lex contractus* y al riesgo y ventura del contratista no sólo están en la normativa básica que introduce esa norma de urgencia, sino también, y sobre todo, en la legislación general de contratación pública en la que, como ya se ha señalado, también se reconoce el riesgo imprevisible. Sobre la posibilidad acudir a la legislación general de contratos para solicitar el reequilibrio económico, aunque no resulte de aplicación el art. 34.4 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, vid. Gimeno Feliu (2020, p. 48); Torrens Más (2020, pp. 9-10); Guillén Caramés (2021, pp. 277-298).

⁸¹ La insuficiencia de la respuesta dada por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, ha sido destacada por numerosos autores. Vid., entre otros, Gimeno Feliu (2022). Por ello, algunas CC.AA, como Aragón (Decreto-Ley 3/2022, de 6 de abril), Baleares (Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo) o Andalucía (Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril), han ampliado la revisión de precios a otros contratos.

La subsidiariedad que caracteriza al riesgo imprevisible apunta a la misma conclusión: si no hay otros mecanismos que permitan el reequilibrio del contrato (y aquí no los hay porque esa legislación de urgencia no se aplica a todos ellos) puede acudir a la teoría del riesgo imprevisible para garantizar la continuidad del servicio público que, con tales contratos, pretende garantizarse.

La segunda cuestión que plantea esta legislación de urgencia es la de su compatibilidad con la aplicación autónoma del riesgo imprevisible cuando aquélla resulta insuficiente para restablecer el equilibrio económico. Podría entenderse que la legislación de urgencia reajusta ya la relación contractual de las obras con apoyo en el riesgo imprevisible, lo que excluiría, por tanto, un reequilibrio económico con el mismo fundamento⁸². Sin embargo, también puede considerarse que la legislación de urgencia ha establecido una protección mínima para los contratos de obras, lo que no excluye una protección mayor para esos mismos contratos (o los que no puedan acogerse a esa legislación) si, en el caso concreto de que se trate, se cumplen los requisitos del riesgo imprevisible⁸³.

9. CONCLUSIONES

1. El fuerte incremento de los costes de ejecución de los contratos públicos que se ha producido en los últimos dos años ha roto por completo el equilibrio económico de muchos de ellos, lo que excede del riesgo y ventura que asume todo contratista.

2. Ello ha planteado el problema de cuál es la técnica adecuada para hacer frente a ese fuerte incremento de los costes y restablecer el equilibrio contractual roto en numerosos contratos públicos. Una primera solución, que gozaría del apoyo explícito del Derecho positivo, consiste en modificar al alza el precio del contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 205.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público, que permite el ejercicio del *ius variandi* por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles como las que aquí parecen haber acaecido. Esta solución ha sido defendida por unos y negada por otros. Pero, en rigor, no hay obstáculos insalvables para su utilización, pues, ante circunstancias imprevisibles como las acaecidas, una modificación sólo del precio que no implique una alteración de su cuantía superior al del 50 % cumple el requisito de que la modificación derive de circunstancias que una Administración diligente no ha podido prever y, además, no supone una alteración de la naturaleza global del contrato (pues no se sustituyen las obras, los suministros o los servicios ni se modifica, con ello, el tipo de contrato), por lo que se cumplirían las tres condiciones que, para ejercer el *ius variandi*, exige dicho precepto en su estricta literalidad.

3. En cualquier caso, esa no es la única solución que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para restablecer el equilibrio económico de los contratos públicos en situaciones como la actual, pues también cabe solicitar una compensación por riesgo imprevisible, figura que guarda muchas similitudes con la denominada cláusula *rebus sic stantibus* propia del Derecho civil. Se trata de la aparición sobrevenida de circunstancias que no podían ser razonablemente previstas por las partes en el momento de celebrar el contrato que provocan una grave alteración de su equilibrio económico ocasionando a una de ellas una excesiva onerosidad, normalmente al contratista. En tales casos, la Administración no puede desentenderse por completo del contrato público y esgrimir que esa excesiva onerosidad forma parte del riesgo y ventura que asume el contratista, pues esa solución, además de contraria a la buena fe contractual, pugna frontalmente con los propios fines institucionales de carácter público que a través de los contratos se tratan de realizar, fines que quedarían seriamente dañados si se interrumpiera la ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación del servicio, por lo que es preciso buscar una solución que asegure su continuidad, que pasa porque la Administración compense al contratista.

4. Es cierto que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, sobre todo en los últimos años, han sujetado a requisitos muy estrictos la aplicación del riesgo imprevisible en la contratación

⁸² Es lo que entiende el citado informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía. En el mismo sentido, respecto de la aplicación de la cláusula *rebus* a los contratos de arrendamiento afectados por la situación generada por la pandemia, Carrasco Perera (2021, p. 6); Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera (2021, p. 566).

⁸³ En este sentido, respecto de la cláusula *rebus* y los contratos de arrendamientos a que se refiere el Real Decreto-ley 15/2020, Pantaleón Prieto (2020), para quien esa regulación de urgencia refleja una lógica retributiva de ayuda a los arrendamientos típicamente más débiles, que es extraña a la lógica de justicia o equidad conmutativa característica de la cláusula *rebus sic stantibus*. Si bien, añade que no hay que llevarse a engaño y que, salvo que las características del caso difieran palmariamente de las que contempla el Real Decreto-ley, el tribunal no dejará de tener en cuenta que el legislador exigió a los arrendatarios una pérdida de al menos el 75 % de los ingresos y se limitó a concederles moratorias en el pago y no quitas.

pública, pero la prueba evidente de que es una técnica vigente y aplicable en nuestro ordenamiento reside en que la propia legislación de urgencia aprobada por el Gobierno para hacer frente al desequilibrio que la crisis actual ha provocado en los contratos se apoya claramente en ella, como puede leerse en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, sobre revisión excepcional de precios. Esta regulación excepcional sólo se ha aplicado, incomprensiblemente, a los contratos de obra, lo que ha sembrado el desconcierto entre los concesionarios y los contratistas de servicios y suministros, por lo que hubiera sido conveniente que, como se ha hecho en nuestras vecinas Francia y Portugal, las medidas se hubiesen aplicado a todos los contratos públicos.

5. La aprobación de dicha legislación de urgencia ha planteado, además, el problema de su compatibilidad con la posibilidad de utilizar el *ius variandi* o la teoría del riesgo imprevisible en aquellos contratos a los que dicha legislación no se aplica o, incluso, en los de obras cuando dicha legislación resulta insuficiente para restablecer el equilibrio económico roto. La respuesta, como se acaba de ver, es negativa en ambos casos. En el primero, porque la *ratio legis* que subyace en la legislación de urgencia aprobada para el contrato de obras también está presente en el resto de contratos públicos. En el segundo, porque cabe entender que dicha legislación establece una protección mínima para los contratos de obras, pero ello en modo alguno excluye una mayor protección para esos mismos contratos (o para lo que no han podido acogerse a esa legislación) si se cumplen los requisitos para modificar el precio o invocar la teoría del riesgo imprevisible.

En definitiva, caber concluir, la ausencia de una legislación de urgencia para hacer frente a situaciones de crisis como la actual no impide la aplicación del *ius variandi* o la teoría del riesgo imprevisible, y la aprobación de una legislación incoherente, insuficiente y parcial, como la que se ha aprobado, tampoco.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albi Cholbi, F. (1960). *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Aguilar.
- Amenós Álamo, J. y Nieto Moreno, J. E. (2012): La languideciente vida de principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (156), 119-142.
- Ariño Ortiz, G. (1968). *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. INAP.
- Baño León, J. M. (2012). Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 141-151. Disponible en: https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1433/04_BANO_p141_151_Anuario_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Baño León, J. M. (2018). El «modificado» de los contratos. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi.
- Bouso Darriba, G. (2021). Prórroga obligatoria y continuidad prestacional forzosa en los contratos públicos. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, (21), 125-168.
- Bouso Darriba, G. (2022). Incremento extraordinario de precios y contratos públicos (2021-2022). un intento de recapitulación y algunas reflexiones. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, (23), 23-88.
- Canales Gil, Á., Huerta Barajas, J. A., Canales Menés, P. y Huerta Mérida, C. (2022). *Aclaraciones a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico*. Boletín Oficial del Estado.
- Carlón Ruiz, M. (2021). Los servicios públicos en tiempos de pandemia (o cómo mantener la esencialidad sin perder el equilibrio). *Revista General de Derecho Administrativo* (57). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423816
- Carrasco Perera, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2.ª ed.). Aranzadi.
- Carrasco Perera, Á. (2021). Gestión de las nuevas medidas anti-COVID-19 para el arrendamiento de locales de negocio (RDL 35/2020). *GA_P (Gómez Acebo & Pombo)*. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/gestion-de-las-nuevas-medidas-anti-covid-19-para-arrendamientos-de-locales-de-negocio-rdl-35-2020/>
- Carrillo Donaire, J. A. (2022). ¿Es posible el reequilibrio del precio de los contratos por la vía de la modificación no prevista en el Pliego en casos de riesgo imprevisible? *Observatorio de Contratación Pública – ObCP*. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/es-posible-el-reequilibrio-del-precio-de-los-contratos-por-la-de-la-modificacion-no>
- Codina García-Andrade, X. (2019). *La modificación de los contratos del sector público*. Boletín Oficial del Estado.
- De Amunátegui Rodríguez, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch.
- De Castro, F. (1985). *El negocio jurídico*. Civitas.
- Fernández Farreres, G. (2021). La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos. *Revista de Administración Pública*, (216), 47-90. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.02>
- Fernández Farreres, G. (2022). *Sistema de Derecho Administrativo II* (6.ª ed.). Civitas.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2016). Los riesgos imprevistos en el contrato de obras. *Revista de Administración Pública*, (201), 203-217. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.08>

- Fonseca-Herrero Raimundo, A. J. (2021). La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones. *Revista de Administración Pública*, (216), 11-46. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.01>
- Gallego Córcoles, I. (2015). La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. En J. M. Gimeno Feliu, I. Gallego Córcoles, F. Hernández González y J. A. Moreno Molina, *Las nuevas Directivas de contratación pública* [número monográfico especial, X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo] (págs. 107-167). Aranzadi.
- García de Enterría, E. (1950). Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, (2), 83-108. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-2-mayoagosto-1950/riesgo-y-ventura-y-fuerza-mayor-en-el-contrato-administrativo-3>
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2020). *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I, 19.ª ed.). Civitas.
- Guillén Caramés, J. (2021). El reequilibrio económico en las concesiones a raíz del COVID-19. En E. Ortega Burgos y F. Pastor Ruiz (dirs.), *Derecho Administrativo 2021* (págs. 277-298). Tirant lo Blanch.
- Gimeno Feliu, J. M. (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Aranzadi.
- Gimeno Feliu, J. M. (2020). La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (86-87), 42-53.
- Gimeno Feliu, J. M. (2022). Riesgo y ventura del contrato público en tiempos de incertidumbre y la necesidad de garantizar el principio de «honesta equivalencia». *Observatorio de Contratación Pública – ObCP*. Disponible en <https://www.obcp.es/opiniones/riesgo-y-ventura-del-contrato-publico-en-tiempos-de-incertidumbres-y-la-necesidad-de>
- Gómez Pomar, F. y Altí Sánchez-Aguilera, J. (2021). Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (1/2021), 502-577. <https://indret.com/clausula-rebus-sic-stantibus-viabilidad-y-oportunidad-de-su-codificacion-en-el-derecho-civil-espanol/>
- Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J. y Rivero Hernández, F. (1987). *Elementos de Derecho Civil, II* (vol. 2, 2.ª ed.). Bosch.
- Larenz, K. (1993). *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica* (traducción y presentación de Luís Díez-Picazo). Civitas.
- Lavilla Rubira, J. J. (2018). Régimen jurídico de la concesión de obras. En J. M.ª Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 1415-1446). Thomson Reuters Aranzadi.
- Lozano Cutanda, B. (2018). Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos públicos. En B. Lozano Cutanda e I. Calatayud Prats (coords.), *Nueva Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 137-164). Lefebvre.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1996). *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones* (2.ª ed.). Civitas.
- Muñoz Machado, S. (2018). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIII Contratos del Sector Público* (2.ª ed.). Boletín Oficial del Estado.
- Orduña Moreno, J. (2020). *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual*. Lefebvre.
- Pantaleón Prieto, F. (2023, 23 de abril). Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales. *Almacén de Derecho*. Disponible en <https://almacenedderecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales>
- Parra Lucán, M. Á. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (4/2015). https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1187_es.pdf
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración*. Marcial Pons.
- Sahún Pacheco, R. (2019). *Riesgo operacional y servicio público*. Boletín Oficial del Estado.
- Sala Cantarell, A., Valdivia Poch, F. y Sesé Hernández, A. (2023). *Aspectos prácticos del reequilibrio económico de los contratos públicos. Anuario de Actualidad de la Contratación del 2022* (en prensa). Atelier.
- Santamaría Pastor, J. A. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General II* (5.ª ed.). Lustel.
- Santamaría Pastor, J. A. (2021a). ¿Riesgo sin ventura? Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 y de 19 de febrero de 2020. *Revista de Administración Pública*, (214), 135-164. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.05>
- Santamaría Pastor, J. A. (2021b). Relación conclusiva. *Revista de Administración Pública*, (216), 91-98. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.03>
- Tornos Más, J. (2020). COVID-19, contratos concesionales y equilibrio económico. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/covid-19-contratos-concesionales-y-reequilibrio-economico>
- Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L. (1983). *Principios de Derecho Administrativo, Tomo III. Contratación Pública*. Universidad Complutense.
- Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L. (2004). El principio de riesgo y ventura. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (2.ª ed., pp. 525-559). Civitas.