

# TÉCNICAS PARA PRESERVAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO–FINANCIERO EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO A RAÍZ DEL INCREMENTO GENERALIZADO DE LOS PRECIOS DE LAS MATERIAS PRIMAS<sup>1</sup>

Juan Antonio CARRILLO DONAIRE  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

Laura ÁLVAREZ MEDINA  
Abogado especialistas en contratación pública

Jesús TARANCÓN BABÍO  
Abogado especialistas en contratación pública

Francisco Borja CARMONA  
Abogados especialistas en contratación pública

**SUMARIO:** 1. Introducción.—2. La revisión de precios de los contratos del sector público.—2.1. Régimen general de la revisión de precios: un mecanismo insuficiente e inadecuado para los incrementos extraordinarios del contexto inflacionista actual.—2.2. La modificación del artículo 103 de la LCSP para ampliar su ámbito de aplicación.—2.3. El régimen de revisión excepcional de precios del Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo.—2.4. La aplicación autonómica del régimen excepcional de revisión de precios.—2.5. Revisión excepcional de precios para material ferroviario.—3. Vías de requilibrio al margen de los supuestos de revisión (ordinaria y excepcional) de precios.—3.1. Modificación del contrato.—3.2. Reequilibrio económico de los contratos en virtud de los supuestos que exceptúan el riesgo y ventura del contratista: riesgo imprevisible, fuerza mayor y factum principis.—4. Otras alternativas para preservar el equilibrio económico–financiero de los contratos.—4.1. Reequilibrio en supuestos de prórrogas forzosas y órdenes de continuidad.—4.2. Resolución por mutuo acuerdo.

---

<sup>1</sup> Para citar este artículo: CARRILLO DONAIRE, J.A.; ÁLVAREZ MEDINA, L.; TARANCÓN BABÍO, J. y BORJA CARMONA, F. (2023), «Técnicas para preservar el equilibrio económico–financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, enero–junio 2023, Madrid, Marcial Pons.

## 1. INTRODUCCIÓN

El incremento descontrolado de los precios desde la segunda mitad del año 2021 hasta la actualidad, en el contexto económico inflacionista que vivimos, es consecuencia de la conjunción de factores bien conocidos: la contracción de la oferta y el aumento de la demanda de materias primas por la lenta recuperación de la capacidad productiva a nivel mundial tras la inactividad durante la pandemia, el incremento en los precios del transporte de mercancías y los recortes de suministro por las asimetrías en las rutas comerciales, la reducción de contenedores disponibles, el encarecimiento de la energía, e, incluso, las propias estrategias comerciales de los países productores de materias primas. Esta realidad se complicó tras la invasión de Ucrania por Rusia en marzo de 2022, que se disparó aún más.

La situación descrita ha abocado a una dramática posición a los contratistas del sector público que no pudieron prever la repercusión de estas circunstancias cuando formularon sus ofertas para contratos que están actualmente en ejecución. Y es también la causa principal de que se queden desiertas más licitaciones que nunca, que los contratistas se opongan a las prórrogas o que se resuelvan contratos por haber devenido completamente insostenibles.

La principal respuesta del legislador estatal ante esta situación fue el establecimiento de un régimen excepcional de revisión precios que tenía vocación de extenderse al conjunto de Administraciones públicas, si bien limitado a los contratos de obra. De un modo un tanto incomprensible y contradictorio, el Real Decreto–Ley 3/2022, de 1 de marzo, pese a reconocer abiertamente en su Exposición de Motivos que el alza extraordinaria de los precios y su impacto en los contratos públicos es un riesgo imprevisible que sobrepasa del principio de riesgo y ventura que el contratista ha de soportar «en todo contrato público» y que afecta al conjunto de ellos, limita sus efectos a los contratos de obras adjudicados por cualquier entidad del sector público, que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de la norma (2 de marzo de 2022) o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en el periodo de 1 año desde la entrada en vigor de la norma (hasta el 2 de marzo de 2023, tras la modificación puntual operada por el Real Decreto–ley 6/2022, de 29 de marzo).

Además de la limitación que la norma establecía en la lista de materias primas que podían ser objeto de revisión (parcialmente paliada por la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, que la amplió considerablemente), esta autocontención del ámbito objetivo de aplicación del mecanismo de revisión extraordinaria de precios a los contratos de obra dejaba fuera de cobertura los contratos de servicio y de suministro, que también están sufriendo el encarecimiento de los materiales. Y, aún a más, los intentos autonómicos de ampliar este mecanismo a determinados contratos de servicio que se consideraban necesarios para la ejecución de las obras públicas (servicios de conservación y mantenimiento de carreteras y conservación y mantenimiento de edificios públicos) que establecieron el legislador andaluz (Decreto–ley 4/2022, de 12 de abril) y el aragonés (que incluyó en el Decreto–ley 3/2022, de 6 de abril, además de los anteriores, determinados contratos de

suministros de materiales), presentaron problemas de constitucionalidad que animaron al Gobierno a acordar su impugnación ante el Tribunal Constitucional por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2022 (posteriormente, el recurso solo fue interpuesto frente al Decreto ley aragonés, y admitido a trámite en enero de 2023, dado el acuerdo de última hora que se alcanzó con el Gobierno andaluz para modificar la norma), al considerar que los mencionados Decretos-leyes autonómicos invadían las competencias estatales y vulneraban el carácter básico del Real Decreto-ley 3/2022, ya que la normativa estatal solo autorizaba la revisión excepcional de los precios «únicamente en los supuestos que se contemplan en este Real Decreto-ley», con la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales aplicaran la medida si así lo acordaban.

En estas circunstancias se promovió una modificación puntual del régimen de la revisión de precios para acoger a ciertos contratos de servicios y anticipar el plazo de ejercicio de la medida, lo que también han resultado medidas insuficientes. Por ello, cabe preguntarse si sería posible el reequilibrio del precio de los contratos, singularmente los de servicios y suministros, acudiendo a los supuestos en los que puede exceptuarse el principio general de riesgo y ventura<sup>2</sup> del contratista por aplicación de las figuras del *ius variandi*, *factum principis*, *fuerza mayor* y/o *riesgo imprevisible*, respecto a los que se profundiza en este trabajo<sup>3</sup>, en la medida en que pudieran representar alguna vía de reequilibrio de los contratos que están en ejecución en el contexto de subida excepcional de costes que estamos viviendo.

## 2. LA REVISIÓN DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

### 2.1. Régimen general de la revisión de precios: un mecanismo insuficiente e inadecuado para los incrementos extraordinarios del contexto inflacionista actual

Con carácter previo a analizar la normativa excepcional en materia de revisión de precios aprobada tanto por el Estado como por diversas Comunidades Autónomas, conviene realizar una sucinta referencia al régimen general de revisión de precios esta-

---

<sup>2</sup> En relación con el principio de riesgo y ventura, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 (Rec. 763/2007) declara lo siguiente: «Es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica, que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen, el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización».

<sup>3</sup> Sobre estas cuestiones de especial relevancia, el trabajo de FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021.

blecido en la LCSP; régimen que no parece regularse en el RDL 3/2020 sin perjuicio de que, en aquellos contratos tramitados al amparo de esta última norma, pueda reverse en los Pliegos su aplicación en función de las particularidades del supuesto.

La revisión de precios nace como una excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura del contratista y se concibe como una cláusula de estabilidad o equilibrio financiero del contrato que implica una garantía frente a la inestabilidad económica.

Su finalidad, tal y como afirmó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2019, de 29 de octubre, «no es otra que adaptar el precio del contrato a la evolución de los costes del mismo y, en definitiva, pretende evitar desequilibrios económicos durante la ejecución del contrato que lo puedan hacer inviable —por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1987 y Sentencia núm. 874/2005 de 24 de junio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid—».

El régimen jurídico de la revisión de precios en los contratos del sector público se encuentra previsto en el Capítulo II «Revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público» del Título III «Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión», del Libro Primero de la LCSP, concretamente en los arts. 103 a 105.

En virtud de los referidos preceptos, los precios podrán ser revisados de manera periódica y predeterminada, previa justificación en el expediente, para los siguientes contratos: (i) contratos de obra, (ii) contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas, (iii) contratos de suministro de energía y (iv) en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco (5) años.

Asimismo, se exige que, en tales casos, el pliego de cláusulas administrativas particulares detalle la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres (3) meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres (3) meses si la formalización se produce con posterioridad (art. 103.4 LCSP).

Salvo en los contratos de suministro de energía, la revisión tendrá lugar, si procede, cuando concurren dos condiciones: (i) cuando se hubiese ejecutado ya el contrato en, al menos, el veinte por ciento (20 por 100) de su importe (no exigible a la concesión de servicios); y (ii) si hubiesen pasado dos (2) años desde la formalización del mismo. El primer veinte por ciento (20 por 100) del contrato ejecutado y los dos (2) primeros años quedan excluidos de la revisión (art. 103.5 LCSP).

En relación con los costes revisables, el art. 103.2 de la LCSP excluye los costes asociados a las amortizaciones; los costes financieros; los gastos generales o de estructura; y el beneficio industrial, por lo que las prestaciones revisables son —en esencia— los costes directos de materiales. Por su parte, los costes de mano de obra

de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas, se revisarán solo si el período de recuperación de la inversión es igual o superior a cinco (5) años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (art. 103.2 LCSP).

Finalmente, no procede la revisión de precios a causa de eventuales incrementos sobrevenidos de los costes salariales del contratista, al no poder clasificarse dicha alteración como periódica y predeterminada<sup>4</sup>.

## 2.2. La modificación del artículo 103 de la LCSP para ampliar su ámbito de aplicación

Las consideraciones expuestas recogen los principales aspectos del régimen general de la revisión de precios, que resulta notoriamente insuficiente como mecanismo de respuesta frente a los incrementos extraordinarios de los costes de los materiales y de la energía que estamos viviendo, tanto por su limitado alcance como por el periodo de cadencia que requiere su adecuación y la necesidad de su previsión en los Pliegos.

Estas limitaciones explican la aprobación por medio de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de seis Directivas de la Unión Europea<sup>5</sup>, de una modificación de los apdos. 2º y 5º del art. 103 que amplía, por un lado, la procedencia de la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público; y, de otro, reduce el plazo habilitante para la revisión de dos a un año.

Esta reforma parcial introduce la posibilidad de que los Pliegos contemplen la revisión de precios en contratos de suministro y servicio no contemplados con anterioridad (es decir, distintos de los suministros de fabricación de armamento y equipamiento para las Administraciones públicas, suministro de energía y contratos de suministro o de servicios en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, que eran los únicos inicialmente contemplados). En concreto, al texto del apartado 2º del art. 103 se le añade este inciso final:

---

<sup>4</sup> *Vid.* Recomendación núm. 32, de 10 de diciembre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa —JCCA— del Estado; Informe núm. 10/19 de la JCCA Estado; y el Informe núm. 1/2019 de la Abogacía del Estado.

<sup>5</sup> Disposición Final Séptima de la Ley de transposición de las Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. La modificación, introducida a iniciativa de varios Grupos parlamentarios en el trámite de enmiendas del Senado se publicó en el Boletín de las Cortes Generales de 26 de mayo (Boletín del Congreso de los Diputados, serie A, núm. 126–5, pendiente aún de publicación en el *BOE*).

No obstante, previa justificación en el expediente, podrá admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto. En estos casos la revisión solo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación. El pliego deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por ciento y su respectivo índice oficial de revisión de precios. No será exigible para la inclusión en los pliegos de la fórmula de revisión a aplicar al precio del contrato la emisión de informe por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

Se amplía por tanto la posibilidad de revisión de precios, siempre que el Pliego lo recoja, a contratos de suministro y de servicios en los que el coste de las materias primas, de los bienes intermedios o de la energía es significativo (en su conjunto, al menos un 20 por 100 del presupuesto base de licitación y el 1 por 100 de forma individualizada), limitándose a dicha fracción —que ha de indicarse en el Pliego para cada materia prima y, en su caso para el suministro eléctrico— el precio revisable.

Por su parte, se le da esta nueva redacción al apdo. 5º del art. 103 (se subraya el texto introducido por la reforma):

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

No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios.

En esencia, lo que habilita esta previsión es a anticipar un año la revisión de precios (frente a los dos años desde la formalización previstos anteriormente), pero se sigue exigiendo, cumulativamente, que se haya ejecutado el 20 por 100 del contrato.

La medida, aunque muy esperada por el sector, parece sin embargo bastante limitada en su alcance, pues se limita a las materias primas, bienes intermedios y energía que se determinen en el modo previsto en los índices oficiales y la legislación de desindexación, pero siempre que aquellas tengan un gran impacto en los costes de ejecución del contrato. Asimismo, sigue existiendo un periodo de carencia considerable. Además, la medida obliga a realizar un análisis de costes en la delimitación del presupuesto base de licitación que no parece fácil en la práctica, y que a los órganos de contratación de entidades pequeñas les costará calcular si se tiene en cuenta, además, la opacidad que en determinados sectores existe con los costes, cuya previsión en ciertos contratos es la forma de introducir beneficio por la vía de la previsión de ahorros en los costes reales de ejecución.

### 2.3. El régimen de revisión excepcional de precios del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo

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

La finalidad y el contexto de la aprobación del RDL 3/2022 se recoge en su preámbulo, que pone de manifiesto: (i) el fuerte incremento de los precios de determinadas materias primas, que ha repercutido de manera intensa en la ejecución de muchos contratos de obras; (ii) tal incremento de costes «era imprevisible en el momento de la licitación» y además «excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público»; (iii) la magnitud y el carácter imprevisible del alza de precios hace que los mecanismos ordinarios de revisión de precios del art. 103 de la LCSP no sirvan para afrontar adecuadamente la situación; y (iv) el escenario descrito es notablemente perjudicial para el interés público, y también afecta severamente a los operadores económicos del sector de la obra civil<sup>6</sup>.

El ámbito objetivo de la revisión excepcional de precios del RDL 3/2022 se encuentra limitado a los contratos de obras, lo que ha provocado críticas generalizadas por la exclusión del resto de tipologías contractuales igualmente afectadas por las subidas de precios, como pueden ser los contratos de servicios y / o de suministros<sup>7</sup>.

El régimen jurídico de la revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras se contempla en los arts. 6 a 10 del RDL 3/2022, modificados por el Real

---

<sup>6</sup> La normativa excepcional de revisión de precios ha sido analizada con acierto por 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*, núm. 23, diciembre de 2022, pp. 23-88.

<sup>7</sup> El Gobierno, en respuesta a la pregunta 184/091696 planteada por el grupo parlamentario de VOX en el Congreso de los Diputados (publicada en el BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie D, núm. 519, de 25 de octubre de 2022), indica que: «el alcance de esta regulación (contratos de obras) se ha determinado teniendo en cuenta, en primer término, lo señalado en cuanto al ámbito objetivo del régimen de revisión de precios del art. 103 de la LCSP, y, en particular, teniendo en cuenta que los incrementos de costes más significativos se dan en el caso de determinados materiales (los relacionados en el art. 7 del Real Decreto-Ley) que, por su propia naturaleza tiene incidencia muy especialmente en los contratos de obras. Es decir, el Gobierno consideró que en el momento de aprobación de los señalados Reales Decretos-leyes, la urgencia y necesidad de regular el régimen excepcional de revisión de precios afectaba fundamentalmente a la contratación pública de obras».

Decreto–ley 6/2022, de 29 de marzo<sup>8</sup>, y por el Real Decreto–ley 14/2022, de 1 de agosto<sup>9</sup>. A continuación, nos referimos a los aspectos más destacables del referido régimen.

*i) Casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras (art. 6).*

Serán susceptibles de revisión excepcional de precios los contratos de obras, ya sean administrativos o privados (incluidos los contratos de los sectores excluidos a los que se refiere el RDL 3/2020), adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de la norma (2 de marzo de 2022), o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un (1) año desde dicha entrada en vigor.

Igualmente será aplicable a los contratos cuyo anuncio de licitación se publique en el plazo de un (1) año desde la entrada en vigor del RDL 3/2022 y cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares establezca una fórmula de revisión de precios.

Según se establece en el art. 6.3 del RDL 3/2022, la posibilidad de revisión excepcional de precios también resulta aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden.

En relación con el carácter básico del referido precepto se ha pronunciado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) emitido en el *Expediente 27/2022*, que considera que «si una Comunidad o Ciudad Autónoma decide aplicar un sistema de revisión excepcional de precios para el caso descrito en el Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo, habrá de respetar las prescripciones básicas del Estado establecidas en aquel, sin perjuicio de la posibilidad de dictar disposiciones de desarrollo que se ajusten a la doctrina constitucional citada» en el referido Informe 10. Adicionalmente, la JCCPE establece que «La decisión que adopte cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo vincula a las Corporaciones Locales de su propio ámbito de competencia».

Sobre la aplicación del régimen del RDL 3/2022 al sector público institucional dependiente de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía (municipios, provincias, mancomunidades, etc.) nos referiremos más adelante.

*ii) Reconocimiento de la revisión excepcional de precios (art. 7).*

El derecho del contratista a la revisión excepcional de precios en los contratos de obras tendrá lugar cuando el incremento del coste de los materiales empleados en la ejecución del contrato haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.

Se considera que existe un impacto directo y relevante cuando “el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el periodo, siempre posterior al 1 de enero de 2021, que determine el

<sup>8</sup> Real Decreto–ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

<sup>9</sup> Real Decreto–ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad 4261–2018).



contratista en su solicitud y que no podrá ser inferior a doce ni superior a veinticuatro meses, su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre[ 11], exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en ese mismo período”<sup>12</sup>.

En caso de que el contrato tuviese una duración inferior a doce (12) meses, el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados. El periodo mínimo de duración del contrato para que pueda ser aplicable esta revisión excepcional de precios será de cuatro (4) meses, por debajo del cual no existirá este derecho.

*iii) Criterios de cálculo (art. 8).*

*a)* Supuesto en el que el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato establece una fórmula de revisión de precios: la cuantía será el incremento que resulte de la aplicación de dicha fórmula modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad, a las certificaciones de lo ejecutado durante el periodo desde el 1 de enero de 2021 (o desde la primera certificación si ésta fuera posterior) hasta el momento en el que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del art. 103 de la LCSP, pueda ser efectiva la revisión prevista en la cláusula. Transcurrido este periodo, el contrato se regirá por lo establecido en el pliego.

*b)* Supuesto en el que el pliego de cláusulas administrativas particulares no establece la fórmula de revisión de precios: en este caso, la cuantía se determinará como la diferencia entre el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde 1 de enero de 2021 (o desde la primera certificación si ésta fuera posterior) hasta la conclusión del contrato y el que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios, aplicando la fórmula que aparezca en el proyecto de construcción que sirvió de base para la licitación del mismo o, en su defecto, la que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas en el RD 1359/2011, modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad<sup>13</sup>.

En ambos casos, la fecha a considerar como referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 en las fórmulas de revisión será la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres (3) meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres (3) meses si la formalización se produce con posterioridad. En todo caso, si la fecha de formalización es anterior al 1 de enero de 2021, se tomará como referencia el 31 de diciembre de 2020.

---

<sup>11</sup> Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas (RD 1359/2011).

<sup>12</sup> La Orden HFP/1070/2022 del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 8 de noviembre, estableció otros materiales cuyo incremento de coste se tienen en cuenta a los efectos del RDL 3/2022 (cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos y vidrio). La Orden no prevé carácter retroactivo desde su entrada en vigor (3 de noviembre de 2022), pero no parece impedir que puedan «completarse» las reclamaciones ya presentadas en el marco de contratos que se ajusten a los requisitos temporales (contratos no liquidados) establecidos en el RDL 3/2022.

<sup>13</sup> Esta regla se aplicará aunque todavía no se hubiera ejecutado el veinte por ciento (20 por 100) del importe del contrato o no hubiesen transcurrido dos (2) años desde su formalización.

*iv) Procedimiento para la revisión de precios y pago de la cuantía (arts. 9 y 10).*

El procedimiento para la revisión de precios establecido en el art. 9 del RDL 3/2022 se compone de los siguientes trámites y fases:

1. Solicitud del contratista que deberá presentarla durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación de la certificación final de obras. Deberá ir acompañada de la documentación justificativa.
2. Propuesta provisional por parte del órgano de contratación.
3. Audiencia al contratista para que, en su caso, formule alegaciones en el plazo de diez (10) días hábiles.
4. Resolución definitiva del órgano de contratación. Plazo máximo de resolución: un (1) mes desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo para su presentación<sup>14</sup>.

La cuantía resultante de la revisión de precios se aplicará en la certificación final de la obra como partida adicional. El pago quedará condicionado a que el contratista acredite fehacientemente que se ha desistido de las reclamaciones o recursos que, en su caso, hubiera presentado o interpuesto en vía administrativa.

Por su relevancia, debe resaltarse que el RDL 3/2022 no ha sido prorrogado trascurrido el plazo de un (1) año al que se refiere el art. 6 de dicha norma, por lo que el sistema de revisión excepcional de precios ha dejado de ser aplicable a los contratos de obras publicados a partir del 2 de marzo de 2023. Sin embargo, el referido mecanismo de revisión de precios continuará aplicando a todos los contratos que tuvieran derecho a su aplicación, aun cuando se ejecuten o certifiquen más allá de la citada fecha del 2 de marzo de 2023.

## **2.4. La aplicación autonómica del régimen excepcional de revisión de precios**

Con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2022, las Comunidades Autónomas han aplicado la figura de la revisión excepcional de precios en contratos de obras, ya sea declarando de aplicación el mecanismo contemplado en la norma estatal (*v. gr.* Castilla y León<sup>15</sup> o Canarias<sup>16</sup>), o aprobando normativa específica al respecto, como es el caso de Andalucía o Aragón<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> La finalización del plazo máximo para resolver sin haber tenido resolución expresa, faculta al solicitante para entender desestimada su solicitud por silencio administrativo.

<sup>15</sup> Acuerdo de 22/03/2022, del Consejo de Gobierno, por el que se dispone la aplicación en el ámbito de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha de las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el título II del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo (DOCM de 25 de marzo).

<sup>16</sup> Acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias en sesión celebrada el 13 de abril de 2022, por el que se dispone la aplicación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el Título II del RDL 3/2022, [...], que figura como anexo (BOC núm. 074 de 18 de abril de 2022).

<sup>17</sup> Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón.

En Andalucía, el Gobierno andaluz aprobó el Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras en desarrollo de las medidas previstas en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022, [...], (Decreto-ley 4/2022).

Según se dispone en los arts. 2 y 3 del Decreto-ley 4/2022, el RDL 3/2022 será de aplicación al sector público autonómico. Igualmente se declara que la norma estatal es aplicable a las Entidades Locales del ámbito territorial de Andalucía, así como a las Universidades Públicas de Andalucía, «siempre que así lo acuerde el órgano competente de dichas entidades conforme a lo establecido en la legislación que en cada caso les sea de aplicación».

Los arts. 2 y 3 del Decreto-ley 4/2022 no se refieren a la aplicación del régimen excepcional de revisión de precios que contempla el RDL 3/2022 respecto del conjunto de entidades y organismos que dependen de las Entidades Locales andaluzas de carácter territorial (Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Mancomunidades, Entidades Autonómicas Autónomas —ELAs—) y que conforman su sector público institucional (agencias públicas locales —de carácter administrativo o empresarial—, sociedades interlocales, sociedades mercantiles y fundaciones). Por el contrario, y como ha quedado señalado, la norma se limita a señalar que la aplicación del régimen excepcional de precios podrá ser acordada por el «órgano competente» que establezca la legislación que en cada caso sea de aplicación.

Concretamente, en el caso de las entidades que conforman el sector público local, se debe considerar que la aplicación del régimen excepcional de revisión de precios establecido en el RDL 3/2022 y en el Decreto-ley 4/2022 deberá ser acordada por los órganos competentes de sus correspondientes entidades territoriales matrices, y no por los órganos de gobierno de las entidades instrumentales. A tal efecto, las declaraciones del Pleno correspondiente que proclamen la aplicación del régimen excepcional de precios contenido en la normativa estatal y autonómica, deben incluir expresamente a las entidades integrantes de su sector público institucional en su ámbito de aplicación<sup>18</sup>.

Además de acordar la aplicación de las medidas de revisión excepcional de precios establecidas en el RDL 3/2022, el Decreto-ley 4/2022 va más allá, señalando que también será de aplicación a los contratos de servicios necesarios para la ejecución de obras públicas, siendo estos contratos, de acuerdo con lo que se indica en el Decreto-ley 4/2022, los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, y conservación y mantenimiento de edificios públicos. Asimismo, también será de aplicación a los contratos con certificación en 2021, aun cuando no estuvieren en ejecución a la fecha de la entrada en vigor del RDL 3/2022 (2 de marzo de 2022) siempre que no se encuentren liquidados en dicha fecha (art. 4).

---

<sup>18</sup> En la práctica, gran parte de los municipios y entidades locales del ámbito territorial andaluz han incluido al conjunto de su sector público institucional en los acuerdos de aplicación del RDL 3/2022 y su desarrollo por el Capítulo I del Decreto-Ley 4/2022.

El Decreto-ley 4/2022 también incluye una ampliación de los supuestos previstos en el RDL 3/2022 en lo relativo a los materiales susceptibles de experimentar un incremento de coste. En este sentido el Decreto-ley autonómico amplía los diez (10) materiales incluidos en la norma estatal (tras la entrada en vigor de la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre) a todos los materiales básicos incluidos en el Anexo I del RD 1359/2011, con excepción de la energía (art. 5).

Las previsiones establecidas Decreto-ley 4/2022 respecto de los casos susceptibles de revisión excepcional de precios y sus parámetros de cálculo (arts. 4 y 5) dieron a una serie de divergencias competenciales planteadas por el Estado, recogidas en el «Acuerdo de 30 de junio de 2022, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el Decreto-ley 4/2022, [...]».

El Gobierno andaluz y los Ministerios de Política Territorial y Hacienda llegaron a un acuerdo el día 30 de diciembre de 2022<sup>19</sup>, por el que se puso fin a las divergencias entre las Administraciones y, con ello, a la intención de la Administración General del Estado de recurrir el Decreto-ley 4/2022 ante el Tribunal Constitucional.

Tras el acuerdo, el Gobierno andaluz se ha comprometido a modificar su decreto para adaptarlo al estatal. Así, con el cambio en el art. 4 ya no tendrán derecho a la revisión de precios los contratos de conservación de carreteras ni de mantenimiento de edificios públicos. Con la modificación del art. 5 se reducirán a diez (10) los materiales cuyos precios se puede revisar, cuando el decreto andaluz incluía todos los materiales a excepción de la energía, así como tampoco se podrán revisar los precios de las obras de 2021 terminadas antes de marzo de 2022 ni las obras con una duración inferior a cuatro (4) meses, de forma que la norma autonómica se «ajustaría» a la norma estatal.

Hasta la fecha, dicha modificación aún no se ha publicado, toda vez que el hecho de que el RDL 3/2022 no haya sido prorrogado como se ha expuesto previamente, se traduce en que dicha norma sólo podría ser aplicado hasta marzo de 2023 a contratos en ejecución, sin perjuicio de que pueda continuar siendo aplicado a contratos cuyo anuncio de licitación sea anterior a dicha fecha.

## 2.5. Revisión excepcional de precios para material ferroviario

La Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, en su Disposición adicional segunda, ha

---

<sup>19</sup> Resolución de 12 de enero de 2023, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se ordena la publicación del Acuerdo, de 30 de diciembre de 2022, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el Decreto-ley 4/2022 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2023).

establecido un sistema de revisión excepcional de precios para los contratos públicos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento, destinados o afectos a contratos con obligaciones de servicio público (OSP), ya sean aquellos contratos administrativos o privados, cuya adjudicación corresponda a cualquiera de las entidades que formen parte del sector público que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de dicha Ley (21 de diciembre de 2022), o cuyo anuncio de licitación, adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año (1) desde dicha entrada en vigor.

### 3. VÍAS DE REEQUILIBRIO AL MARGEN DE LOS SUPUESTOS DE REVISIÓN (ORDINARIA Y EXCEPCIONAL) DE PRECIOS

Adicionalmente a las reclamaciones de revisión de precios (ordinaria o excepcional), que pudieran ser formuladas por los contratistas para tratar de reequilibrar el equilibrio económico-financiero del contrato alterado como consecuencia de los incrementos de los costes del mismo, cabría la posibilidad de valorar (y, en su caso, aplicar) las siguientes vías:

#### 3.1. Modificación del contrato

*i) Régimen jurídico de la modificación de contratos establecida en la LCSP y el RDL 3/2020*

Con carácter previo al análisis de la posibilidad de acudir a la vía del modificado para compensar las alteraciones extraordinarias e imprevisibles de precios, conviene hacer un sucinto análisis del régimen jurídico de la modificación de los contratos en la LCSP.

El art. 190 de la LCSP atribuye al órgano de contratación, entre otras, la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público, pero esta potestad ha de realizarse de manera excepcional y siempre que concurren los requisitos previstos legalmente, al poder resultar afectados los principios de igualdad, transparencia, publicidad y libre concurrencia<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Las entidades del poder público consideradas poderes adjudicadores no Administraciones públicas gozan de las prerrogativas del art. 190 de la LCSP, siempre que se hayan previsto expresamente en los pliegos rectores del contrato, en virtud del principio de libertad de pactos previsto en el art. 1255 del Código Civil y recogido en el art. 34 de la LCSP (*Vid.* Acuerdo de la Comisión Permanente de la JCCA de Baleares de 27 de noviembre de 2015; Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 214/2015, de marzo), si bien esta posibilidad no está jurisprudencialmente reconocida con carácter general, existiendo pronunciamientos que la invalidan por suponer un supuesto de ejercicio de potestades administrativas no atribuidas expresamente por ley.

El *ius variandi* permite pues, a la Administración, modificar el objeto del contrato cuando éste, en los términos inicialmente pactados, no satisfaría las necesidades de aquélla y, por ende, el interés público que subyace en toda contratación<sup>21</sup>.

Se debe tener presente que la modificación de los contratos deberá ir referida al objeto del mismo, entendido como el conjunto de prestaciones inicialmente contratadas, sin que el modificado pueda afectar a sus elementos esenciales, como pueda ser el precio del contrato. En este sentido, la JCCPE establece en su Recomendación núm. 32 de fecha 10 de diciembre de 2018 lo siguiente:

Pues bien, la modificación del contrato, tanto en la Directiva como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio. El art. 203.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público así lo establece al señalar que Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 191, con las particularidades previstas en el art. 207.

Desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado.

La modificación de los contratos podrá llevarse a cabo cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, en los términos y condiciones establecidas en el art. 204 de la LCSP y 110 del RDL 3/2020.

En los referidos preceptos se establece la posibilidad de modificar los contratos durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento (20%) del precio inicial, *sin que pueda verse alterada la naturaleza global del contrato*. En todo caso, se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual (art. 204.2 LCSP y art. 110.2 del RDL 3/2020)<sup>22</sup>.

Así mismo, la modificación podrá ser acordada cuando no se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, en los casos y con los

<sup>21</sup> Vid. Informe 10/2021, de 29 de noviembre, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

<sup>22</sup> Para CODINA GARCÍA-ANDRADE, «[L]a naturaleza del contrato se habrá alterado por una modificación si ésta puede afectar a la licitación. No se trataría de un examen centrado en la magnitud de la modificación o en su objeto, sino en su capacidad de impactar en el procedimiento de adjudicación. Así parece deducirse de la Directiva que en su considerando 109 afirma que esta naturaleza se altera si se sustituye en las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado» [CODINA GARCÍA ANDRADE, X. *et al.* (2019), *La modificación de los contratos del sector público*; p. 114. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid].

límites establecidos en los arts. 205.2 de la LCSP y 111.2 del RDL 3/2020, siempre que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista son los siguientes<sup>23</sup>:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando el cambio de contratista no fuera posible y la alteración de la cuantía no exceda, aislada o conjuntamente, del cincuenta por ciento (50 por 100) de su precio inicial.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando (i) las modificaciones no sean sustanciales; (ii) no se altere la naturaleza global del contrato; y (iii) la alteración de la cuantía no exceda del cincuenta por ciento (50 por 100) de su precio inicial.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones establecidas en el art. 205.2.c) de la LCSP y 111.2.d) del RDL 3/2022.

La modificación de los contratos por el órgano de contratación exigirá la tramitación del procedimiento previsto en el art. 191 de la LCSP, con las particularidades previstas en el art. 207 de dicha norma. Asimismo, para los contratos que se rigen por el RDL 3/2022, resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 112 del citado texto normativo.

ii) *La problemática vía de la modificación del contrato aplicando las previsiones del artículo 205.2.b) de la LCSP para compensar las alteraciones extraordinarias e imprevisibles de precios*

Ante la ausencia de cláusulas de revisión de precios, tanto las entidades contratantes como adjudicatarios han recurrido a la modificación del contrato por la causa prevista en el art. 205.2.b) de la LCSP como mecanismo para mitigar los efectos del incremento de precios en la ejecución de los contratos.

Como se apuntaba anteriormente, dicho precepto contempla la posibilidad de acordar la modificación del contrato cuando tal necesidad se derive de circunstancias

---

<sup>23</sup> El art. 111.2.c) del RDL 3/2020 establece un supuesto adicional para llevar a cabo una modificación no prevista: cuando un nuevo contratista sustituya al elegido en un principio como adjudicatario por la entidad contratante como consecuencia de (i) haberse otorgado ese derecho en base a una disposición general, un derecho de opción o una cláusula de revisión inequívoca establecida en los pliegos de condiciones; o (ii) de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial (absorción, fusión, adquisición o insolvencia), por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente.

sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre que 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 vía de la modificación contractual del art. 205.2.b) de la LCSP a los efectos de reequilibrar el régimen económico de los contratos por la subida de los precios resulta ciertamente controvertida en la actualidad.

La utilización de este mecanismo ha sido acogida por algunos órganos de contratación, e, incluso, ha sido reconocido normativamente por el Govern de Illes Balears que, en el art. 17.2 del Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo<sup>24[1]</sup>, recoge la posibilidad, en cualquier tipología contractual, de articular una modificación del contrato para restablecer su equilibrio económico, «siempre que se cumplan los requisitos» del art. 205 de la LCSP.

Sin embargo, esta vía se enfrenta a la barrera de la doctrina consultiva y jurisprudencial que viene negando la posibilidad de alterar el precio del contrato a través de la aplicación del art. 205.2 b), ya que el precio es considerado un «elemento esencial» del contrato (*ex* art. 1445 en relación con el art. 1261 del Código Civil), y su modificación vulneraría el principio de igualdad de trato para el resto de los licitadores. Amparándose además para ello en la definición de «modificación esencial» que contiene el apartado c) del propio art. 205.2 de la LCSP, que define como esencial toda modificación que «cumpla una o varias de las condiciones siguientes: 1ª) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o harían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación».

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución núm.436/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), la cual, invocando —entre otras— las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549-14) y de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06), estimó el recurso especial interpuesto por un competidor de la empresa adjudicataria que participó en la licitación y negó la posibilidad de modificar el precio de un contrato de suministros del Principado de Asturias afectado por la subida de costes de un treinta por ciento (30 por 100) por las citadas razones, afirmando que:

<sup>24</sup> Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania.



El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (...)

Sin necesidad de entrar a analizar si la evolución en los precio de fabricación del papel era o no previsible, la modificación no estaría justificada, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio, de modo que con arreglo a la jurisprudencia del TJUE expuesta, no debió admitirse la modificación del precio unitario del papel multiusos DIN A-4 a suministrar tras la adjudicación por la simple negociación operada entre el órgano de contratación y el adjudicatario, dado que ello no es posible sin comprometer los principios de igualdad de trato.

En parecido sentido se había pronunciado antes la JCCPE en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018 (núm. 32), que sostenía que «desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado». En este orden de razones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4276) explicaba que las modificaciones imprevisibles se refieren a las «prestaciones» o «actuaciones» objeto del proyecto modificado, pero no al precio o coste de tales prestaciones o actuaciones, de modo que si no se alteran éstas aquél tampoco puede alterarse.

Siguiendo esta línea, la mayoría de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas se han posicionado en contra de aplicar las previsiones del art. 205.2.b) de la LCSP para restablecer el régimen económico-financiero de aquellos contratos que se hayan visto afectados por el incremento extraordinario de los precios de las materias primas, suministros, etc., cuando la modificación tiene exclusivamente como objeto compensar al contratista ese incremento.

Entre otros, asumen tales argumentos contrarios a la posibilidad de modificar la relación contractual para compensar exclusivamente el incremento extraordinario de precios el Informe de la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha núm. 10/2021, de 29 de noviembre; el Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía núm. 11/2021, de 24 de marzo de 2022; el Informe núm. 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias; el Informe núm. 7/2022, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid; o el Informe núm. 10/2022, de 24 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Pese a lo anterior, la Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Nacional, núm. 4711/2022 de 10 de octubre (ECLI:ES:AN:2022:4711)<sup>25</sup>, admite un criterio contrario y abre una línea interpretativa que habilita la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP en un supuesto de alteración del precio del contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, sin que ello implique la alteración de las prestaciones.

La referida Sentencia resuelve en apelación el recurso deducido frente a una Resolución del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria que decidió minorar el precio de un lote de un contrato marco para la adquisición de mascarillas FFP2 una vez constatado que los precios fijados para ese contrato de suministros sanitarios habían devenido mucho más altos de los que estaba ofreciendo el mercado a medida que avanzaba la pandemia y se normalizaban los suministros. Se trata, por tanto, de una modificación del precio del contrato «a la baja» y no prevista en los Pliegos, que el órgano de contratación fundamenta en el art. 205.2.b) de la LCSP.

Al estimar el recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estimó el recurso de uno de los participantes en el acuerdo marco haciéndose eco de la doctrina mayoritaria que acabamos de resumir, la Audiencia Nacional sostiene que:

En el presente caso, una de las empresas parte del acuerdo marco solicitó la minoración del precio unitario del acuerdo marco para el lote 8, por razón de la variación de las condiciones del mercado de suministro del tipo de mascarillas incluidas en ese lote. Ante ello, 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 art. 1 de la LCSP. Resultando palmario el interés público que preside la minoración de precios unitarios del material sanitario que se hubo de adquirir mediante tramitación de emergencia, ante la inminente necesidad de provisión de material y productos de protección e higiene frente 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.

A pesar de que, efectivamente, la Sentencia admite la modificación (a la baja) de los precios unitarios del contrato por circunstancias imprevistas y sobrevenidas sin que se alteren las prestaciones del mismo, lo cierto es que en 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 imprevisible del precio de los materiales o del coste de la energía, pues aquí hay un elemento diferencial muy relevante, que reside en el innegable interés público en la eficiente utilización de los fondos públicos (máxime los destinados a atenciones sanitarias en un contexto de pandemia como el que hemos vivido), en lo que redunda la minora-

<sup>25</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A. (2023), «¿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*, disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/es-posible-el-reequilibrio-del-precio-de-los-contratos-por-la-de-la-modificacion-no>.

ción del precio, que contribuye a su vez a la estabilidad presupuestaria y al control y reducción del gasto público.

Los extremos anteriores permiten considerar que la aplicación del criterio recogido en esta SAN podría resultar controvertida (e, incluso, desaconsejable) a otros supuestos distintos en los que se solicite una modificación de los precios al alza, pues se «apartaría» del criterio mayoritario de nuestros Tribunales y órganos consultivos. De hecho, un sector de la doctrina ha sostenido la aplicabilidad del art. 205.2.b) sosteniendo una interpretación del mismo que permitiría argumentar que el precio no es un elemento esencial del contrato, lo que permitiría alterarlo sin hacer lo propio con las prestaciones<sup>26</sup>. También hay quien ha argumentado la aplicación de dicho precepto a las situaciones de incremento de costes basándose en una interpretación más acorde con los arts. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE y 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE<sup>27</sup>. Asimismo, hay quien a la vista de los procedimientos contrarios a esta posibilidad, y aún sin negar la misma, se muestra más prudente, inclinándose por articular estas reclamaciones en un marco distinto al del modificado<sup>28</sup>.

### 3.2. Reequilibrio económico de los contratos en virtud de los supuestos que exceptúan el riesgo y ventura del contratista: riesgo imprevisible, fuerza mayor y *factum principis*

En determinados supuestos, el extraordinario e imprevisto incremento de los precios podría dar lugar a una reclamación de restablecimiento del equilibrio económico

---

<sup>26</sup> LOZANO CUTANDA, B., «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos públicos», en *Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, 2018, pp. 137–164, 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.

<sup>27</sup> GALLEGO CÓRCOLES, I., «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en GIMENO FELIU, J. M., GALLEGO CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J. A., *Las nuevas Directivas de contratación pública [número monográfico especial, X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo]*, Aranzadi, 2015, pp. 107–167, para quien los citados preceptos de las Directivas 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. Más recientemente, GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., «La prohibición de la resolución del contrato por causas distintas a las previstas legalmente: un repaso práctico a su aplicación a la luz de la doctrina de tribunales de contratación y órganos consultivos», *Actualidad administrativa*, Núm. 3, 2022, ha sostenido que el art. 205.2.b) de la LCSP es una indebida transposición del art. 71.1.c) de la Directiva 2014/24/UE, por lo que la negativa a un reequilibrio del contrato pro esta vía pudiera dar lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial en este sentido ante el TJUE.

<sup>28</sup> CANO CAMPOS, T., «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*, núm. 19, 2023, pp. 100–124.

de los contratos basada en algunos de los supuestos que, junto a la modificación de los contratos (*ius variandi*), exceptúan el riesgo y ventura del contratista.

Como se apuntaba al comienzo de este apartado, el riesgo y ventura del contratista es un principio general de la contratación pública previsto en el art. 197 de la LCSP, conforme al cual el contratista asume al contratar con la Administración el riesgo derivado de las contingencias del contrato, por cuanto el contratista tiene una obligación de resultados, diferente a la obligación de actividad o medial<sup>29</sup>.

En este sentido, el Informe núm. 38/20 de la JCCPE, con cita de la Sentencia de 20 de julio de 2016 del Tribunal Supremo, dispone que el riesgo y ventura comprende un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato 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, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación».

No obstante, el riesgo y ventura del contratista no es un principio absoluto, ya que, tanto nuestro Ordenamiento Jurídico como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado excepciones a la aleatoriedad de los contratos públicos que permiten el reequilibrio económico del contrato cuando se haya producido una ruptura por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*) o por hechos que sobrepasan de la normal «alea» del contrato por tratarse de casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Estos mecanismos que permiten excepcionar el riesgo y ventura han sido reconocidos, igualmente, por la Abogacía General del Estado en su Informe, de 1 de febrero de 2019, exponiendo que:

La mayor onerosidad sobrevenida de una relación contractual puede resultar de tres supuestos diferentes: 1) modificación del objeto del contrato en virtud del ejercicio de la potestad o prerrogativa que la legislación sobre contratación pública atribuye a estos efectos a la Administración contratante; 2) adopción de disposiciones o medidas de intervención u ordenación económica cuyos efectos inciden o pueden incidir en la relación contractual; 3) hechos o acontecimientos, imprevistos o imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, y que resultan completamente ajenos a la Administración contratante (...).

Por su parte, la doctrina científica ha adoptado desde antiguo un criterio favorable al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos ante circunstancias imprevisibles. La clásica monografía de BADENES GASSET ya afirma que «no es menos cierto que si bien todo el contrato implica un juicio valorativo del alea que se está dispuesto a correr, no tienen por qué respetarse contratos cuya observancia constituye una lotería para una de las partes y la ruina para la otra, a causa de los cambios sobrevinientes a que hemos hecho referencia». Además, el enriquecimiento injusto del que se estaría beneficiando la Administración, en sus propias palabras, «es indudable que repugna a toda conciencia jurídica el mantener inflexiblemente la

<sup>29</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 2009 (Rec. Núm. 763/2008).

obligación contraída por el deudor», ya que, mientras el contratista se ve ostensiblemente perjudicado, la Administración contratante se encontraría ante un «beneficio completamente inesperado e insólito»<sup>30</sup>.

El equilibrio económico del contrato y su restablecimiento es una figura genérica de la contratación administrativa, tradicionalmente asociada a los contratos de concesión, pero aceptada actualmente para el reto de tipologías contractuales siempre y cuando concurren los requisitos definidos por la Jurisprudencia, a los que nos referiremos más adelante.

En el marco del contrato de servicios, por ejemplo, la figura del reequilibrio económico ha sido admitido en diversas ocasiones por los Tribunales Superiores de Justicia por su carácter de figura general en materia de contratación (*Vid. v.gr.*, STJ de Madrid, de 15 de diciembre de 2015 —Rec. 475/2015—, en el ámbito de un contrato de servicios de dirección de la ejecución de obras; STSJ de Baleares de 30 de septiembre de 2015 —Rec. 85/2015— en el ámbito del servicio de gestión, retirada y transporte de los fangos de las depuradoras; STSJ de Extremadura de 11 de julio de 2017 —Rec.400/2016,— en el ámbito de un contrato de servicio de comunicaciones de la Junta de Extremadura; o STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2020, —Rec.149/2018—, en el ámbito de un servicio de limpieza).

De este modo, el contratista tiene derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato cuando concorra alguno de los supuestos que excepcionan el riesgo y ventura.

Analizada la vía de la modificación de los contratos o *ius variandi* en el apartado anterior, pasamos a analizar las figuras del riesgo imprevisible, el *factum principis*, y la fuerza mayor como alternativas a las que podría recurrirse para restablecer el régimen económico-financiero de los contratos alterados por la subida notable e imprevista de los precios.

*i) Teoría del riesgo imprevisible y la cláusula rebus sic stantibus.  
Aplicación a la situación actual de subida de precios*

La teoría de la imprevisión o doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> BADENES GASSET, R. (1948), *El riesgo imprevisible. (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*. Bosch. Barcelona.

<sup>31</sup> *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2008 (Rec. 5033/2006).

En relación con la referida doctrina, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 (Rec. 5038/2006), que «[e]s 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 sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación». La teoría de la imprevisión 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».

En cuanto a los requisitos para que sea apreciable el riesgo imprevisible y su acreditación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 octubre 2009 (Rec. 763/2007) establece que debe probarse la «situación «desproporcionadamente lesiva» para el contratista», atendiendo al caso concreto y ponderadas las circunstancias concurrentes, en aras a determinar si el acaecimiento de circunstancias imprevisibles ha alterado la economía del contrato en su globalidad de un modo irrazonable.

Siguiendo la doctrina anteriormente expuesta cabe concluir que para aplicar la figura del riesgo imprevisible es necesario que concurran los siguientes requisitos: (i) el acaecimiento de una circunstancia imprevisible que, tanto el contratista como la Administración, no pudieron prever en el ámbito de su diligencia; y (ii) la relevancia y significación del riesgo imprevisible, de tal modo que haya provocado una alteración irrazonable del equilibrio económico del contrato en su conjunto.

Sobre la subida del precio de las materias primas en los contratos de obras, en concreto sobre las subidas extraordinarias de los precios del petróleo y sus derivados, y su relación con el principio de riesgo y ventura del contratista y su excepción a través de la doctrina del riesgo imprevisible, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias; entre otras, de 6 de mayo de 2006; 16 de junio, 27 de octubre y 10 de noviembre de 2009 y 9 de septiembre de 2020; todas ellas desestimatorias.

Como pronunciamiento favorable al reconocimiento de la subida de precios como riesgo imprevisible, encontramos la Sentencia de 9 de marzo de 1999 del Tribunal Supremo (Rec. 7894/1992) que estima la indemnización en un contrato de obras debido a la subida de precios de los productos asfálticos. La referida sentencia señala lo siguiente:

Pero también es cierto que cuando dicha figura de la revisión de precios deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico–contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo precaver, incluso empleando una diligencia fuera de la 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 restablecer el equilibrio económico del contrato... Otros dos argumentos que inducen a acceder a la indemnización compensatoria de perjuicios por la elevación de los precios de ligantes asfálticos... son, por una parte, la situación de desigualdad que produce la aplicación del Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, para las adjudicaciones posteriores a la vigencia del mismo, cuando las anteriores

sufrieron semejantes elevaciones de los precios encontrándose en iguales circunstancias; y por otra, el empobrecimiento injusto que el contratista tendría que sufrir, a pesar de que la Administración reconoce el hecho de la elevación imprevista de los precios y mantiene a ultranza los precios de licitación, lo que produce a su vez un enriquecimiento injusto para esta última.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo hace hincapié en el riesgo imprevisible como mecanismo de reequilibrio de la economía contractual, con especial atención, a aquellas situaciones en las que el mecanismo de revisión de precios deviene ineficaz, por circunstancias imprevisibles.

Con respecto a la situación actual de subida de precios de las materias primas, suministros y otros costes a la que nos hemos referido, el RDL 3/2022 y gran parte de la normativa autonómica en materia de revisión excepcional de precios han reconocido expresamente la subida extraordinaria de los precios como un riesgo imprevisible de los contratos públicos que sobrepasa el riesgo y ventura del contratista.

El citado RDL 3/2022 evidencia el impacto que está teniendo el incremento extraordinario de los precios en todo contrato público, sea obra, servicio o suministro, considerándolo como un riesgo imprevisible tanto para el órgano de contratación como para los operadores económicos, tal y como contempla el punto II de su Exposición de Motivos, afirmando que:

Todo ello 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.

En términos similares, el punto IV de la Exposición de Motivos del RDL 3/2022 afirma que:

Las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia desencadenada por el virus SARS-CoV-2 han repercutido de una manera directa e imprevisible en la ejecución de determinados contratos públicos, sobre todo los de obras, debido al alza extraordinaria e inesperada del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas obras.

Dicha circunstancia extraordinaria, excepcional e imprevisible ha generado que la ejecución de un número significativo de contratos públicos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente y de forma imprevista 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.

De este modo, el legislador estatal reconoce el incremento de los precios como una circunstancia «extraordinaria», «excepcional» e «imprevisible» que ha alterado «fuertemente» y «de forma imprevista» la economía de los contratos hasta el punto de afirmar que dicho incremento era «imprevisible en el momento de la licitación» y que «excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura».

De acuerdo con lo anterior, el alza extraordinaria de los precios y su impacto en los contratos públicos puede considerarse un riesgo imprevisible que sobrepasa del

principio de riesgo y ventura que el contratista ha de soportar «en todo contrato público», esto es, en las obras, servicios y suministros.

En el ámbito civil, la doctrina del riesgo imprevisible se enlaza con la cláusula del *rebus sic stantibus*. Esta figura se configura como un «mecanismo» de creación jurisprudencial, que supone una excepción a los principios *pacta sunt servanda* (art. 1258 del Código Civil) y al de riesgo y ventura del contratista inherente a los contratos que se celebran con el sector público, permitiendo, mediante su aplicación, una «flexibilización» de los términos y condiciones pactadas siempre que concurren los requisitos para ello, debiendo acreditar el contratista el carácter absolutamente imprevisible del incremento de sobrecostes y la ruptura económica y perjudicial que ello le genera.

La doctrina emanada de los Jueces y Tribunales del orden civil —*v. gr.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 93/2012, de 21 de febrero de 2012 (Rec. 93/2012)— ha exigido, como requisitos para aplicar el mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus*, «primero, que la alteración de las circunstancias (del momento del cumplimiento del contrato en relación con el momento de su perfección) sea completamente extraordinaria; segundo, que se dé una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, que rompa el equilibrio de las mismas; tercero, que ello se produzca por circunstancias totalmente imprevisibles. Dándose estos requisitos, en casos excepcionales y con gran cautela por la alteración que puede suponer del principio *pacta sunt servanda* —sigue diciendo la jurisprudencia— puede llegarse a una modificación (no extinción ni resolución) de la obligación, por alteración de la base del negocio o la de la equivalencia de las prestaciones».

En este contexto, algunos órganos de contratación han venido aplicando la doctrina del riesgo imprevisible / *rebus sic stantibus* para restablecer el equilibrio económico-financiero de determinados contratos excluidos del régimen excepcional de revisión de precios regulado en las normativas estatales y autonómicas, igualmente afectadas por las consecuencias de la drástica subida de precios.

En el mismo sentido, recientes pronunciamientos judiciales han reconocido la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible en contratos afectados por el alza de los precios que estamos viviendo, entre los que cabe citar: *i)* STSJ del País Vasco núm. 128/2023, del 13 de marzo (rec. 1039/2023), en relación con el incremento del precio del gas; o *ii)* STCA núm. 1 de Bilbao de 13 de octubre de 2023 (rec. 204/2022), sobre el alza del precio de la energía eléctrica. Y en la misma línea se han pronunciado recientemente órganos consultivos como el Consejo consultivo de la Generalidad valenciana en su Dictamen núm. 710/2023, de 4 de noviembre (expte. 414/2023).

## *ii) Fuerza mayor.*

La LCSP regula los rasgos de la fuerza mayor para los contratos administrativos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios. En relación con el resto de los contratos de la LCSP —contratos administrativos de servicios y suministros



y contratos privados—, cabría plantear la extensión de la referida figura atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a lo que disponga el contrato de manera específica<sup>32</sup>.

En este sentido se ha pronunciado la doctrina del Consejo de Estado en su Dictamen núm. 769/2020 de 28 de enero de 2021, que establece que «la determinación de la fuerza mayor ha de hacerse en cada caso concreto, al no poder admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso».

En el específico ámbito del contrato de concesión, la fuerza mayor se configura como un supuesto habilitante para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. De este modo, el art. 270.2 de la LCSP establece para las concesiones de obra que, «fuera de los casos previstos en las letras anteriores<sup>33</sup>, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el art. 239». En los mismos términos se pronuncia el art. 290.4 de la LCSP en relación con las concesiones de servicios.

El art. 239 de la LCSP a los que se refieren los citados preceptos, encuadrado en la regulación de los contratos de obra establece que «[e]n casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido en la ejecución del contrato», teniendo la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Estos supuestos de fuerza mayor «exoneran al contratista del riesgo asumido por el mismo, propiciando que sea indemnizado en tales casos por los daños y perjui-

---

<sup>32</sup> Siguiendo la doctrina del Consejo de Estado en su Dictamen núm. 769/2020 de 28 de enero de 2021, «la determinación de la fuerza mayor ha de hacerse en cada caso concreto, al no poder admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso».

<sup>33</sup> Artículo 270.2 de la LCSP primera parte: «2. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el art. 262. b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato».

cios que se le hubieran ocasionado, enunciación de causas de fuerza mayor que la jurisprudencia viene considerando de carácter tasado y de interpretación restrictiva» [STS de 27 de octubre de 2009 (Rec. núm. 763/2008)].

Sin embargo, como se ha dicho, no en todas las tipologías de contratos se encuentra normativamente previsto que la concurrencia de fuerza mayor confiera al contratista el derecho a reclamar una compensación económica por los daños y perjuicios causados, limitando a operar como causa exonerante del contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1.105 del Código Civil<sup>34</sup>.

Así pues, de cara a valorar la aplicación de la fuerza mayor como supuesto habilitante para que los contratistas puedan solicitar una medida de compensación por la subida notable y extraordinaria de precios, fuera de los casos contemplados en la LCSP (contratos administrativos de servicios y suministros y contratos privados), habrá que estar al caso concreto y a lo que disponga el contrato de manera específica.

### iii) Factum principis

El *factum principis* o «hecho del príncipe» es una técnica del restablecimiento económico del contrato administrativo que conlleva la obligación de la Administración de compensar al contratista cuando, por actuaciones propias —generales y obligatorias— que se mueven en un plano superior a la relación contractual, se provoque (de forma indirecta) un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del contratista<sup>35</sup>.

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

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

<sup>34</sup> Artículo 1105 del CC: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 709.

Los arts. 270.2.b) y 290.4.b) de la LCSP contemplan el *factum principis* como mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión de obras y servicios, respectivamente.

Sin embargo, el hecho de que los supuestos que configuran el *factum principis*, no resulten contemplados en la normativa de los restantes contratos no impide su aplicación como causa que habilita para reclamar una compensación de daños y perjuicios, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la doctrina.

Dicha compensación, como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1986, debe indemnizar al contratista el daño emergente y el lucro cesante para restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas.

#### **4. OTRAS ALTERNATIVAS PARA PRESERVAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS CONTRATOS**

Al margen de las vías normativas y de creación jurisprudencial anteriormente expuestas, el legislador prevé otras fórmulas que pueden ser tomadas en consideración de cara a solventar posibles controversias o situaciones en las que cabe apreciar un desequilibrio o ruptura del régimen económico-financiero del contrato, como a continuación se expone.

##### **4.1. Reequilibrio en supuestos de prórrogas forzosas y «órdenes de continuidad»**

Como es sabido, los contratos del sector público, con independencia de su naturaleza administrativa o privada, tienen que ajustar su duración a los límites o umbrales temporales previstos en el art. 29 de la LCSP, sin perjuicio de las especialidades o particularidades que, para cada contrato, dispone dicho cuerpo normativo en los preceptos correspondientes.

Con carácter general, el precepto referido contempla, en su apartado 1º, que «la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos», añadiendo, en su apartado 4º, que «los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el

contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

El contrato de servicios de mantenimiento que se concierte conjuntamente con el de la compra del bien a mantener, cuando dicho mantenimiento solo pueda ser prestado por razones de exclusividad por la empresa que suministró dicho bien, podrá tener como plazo de duración el de la vida útil del producto adquirido.

Asimismo, podrá establecerse en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio de prestador pudiera repercutir negativamente».

En lo que respecta al régimen de prórrogas, el art. 29.2 de la LCSP contempla que «el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los arts. 203 a 207 de la presente Ley», estableciendo, en su apartado 4º *in fine* (anteriormente reproducido) un régimen de prórroga que podría catalogarse como excepcional o «forzosa» al no preverse en los Pliegos del contrato, en los siguientes términos:

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

La lectura del precepto extractado evidencia que el legislador establece determinados requisitos formales y materiales que han de concurrir para que pueda acudirse a este mecanismo o fórmula jurídica en el marco de expedientes de contratación de tracto sucesivo que han de ser tramitados periódicamente. Muestra de ello es que aquél obliga al órgano de contratación a que (a) haya iniciado la licitación del «nuevo» procedimiento de licitación; (b) en el seno de este procedimiento, surjan acontecimientos imprevisibles; (c) el anuncio de licitación de ese «nuevo» procedimiento haya sido publicado con una antelación mínima de tres (3) meses a la finalización del contrato primitivo; y (d) existan razones de interés público que aconsejen no

interrumpir la prestación, garantizándose la continuidad de la misma, con un límite máximo a este respecto de nueve (9) meses.

Con independencia de los requisitos procedimentales o formales expuestos (como, por ejemplo, el plazo mínimo de publicación del referido anuncio de licitación) el interés general debe ser considerado como un aspecto «clave» para acreditar que la prestación ha de mantenerse, ante el perjuicio que generaría su cese o finalización temporal.

A la hora de analizar el significado o alcance de ese «interés general», debemos partir de que, si bien nuestra Constitución Española contempla, en su art. 103.1, que la Administración Pública «sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», no son pocos los preceptos que aluden a otros conceptos afines o análogos como el interés público o el interés social (por ejemplo, arts. 33, 76 y 124 de la Constitución o 128 y 143 de la LRJPS, entre otros), lo que puede generar cierta confusión al tratar de determinar si nos encontramos ante una prestación que ha de ser objeto de continuidad o no a los efectos mencionados.

Si bien algunos autores<sup>36</sup> consideran que el «interés social» y el «interés público» no dejan de ser manifestaciones del denominado «interés general», lo cierto es que nuestro Derecho positivo no contempla la definición de este último, entendiéndose, por tanto, que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, que puede tener distintos significados, debiendo optarse por aquél que, en sede de interpretación de la controversia o supuesto planteado, se ajuste mejor al supuesto o caso de que se trate.

No obstante, cabría considerar que existen ciertas actividades o servicios a los que ese interés general es inherente *per se*; como sucede en las actividades administrativas que se orientan a la prosecución de prestaciones a la ciudadanía (en la terminología de la LCSP) o a la satisfacción de servicios públicos y servicios esenciales. Este es el caso, por ejemplo, de los servicios que se prestan en el marco de las materias contempladas en el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), en cuyo apartado 1º) se dispone que «el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo»,

---

<sup>36</sup> Debe destacarse la tesis defendida por de la Quadra-Salcedo, al afirmar que «en uso y otro caso —acción de la Administración o acción del legislador— es la presencia del interés general en cualquiera de sus manifestaciones (interés público, social o función social de la propiedad), lo que explica y legitima —en perspectiva constitucional en el caso del legislador—, esta incidencia en los derechos de los particulares, y en el más característico de ellos (la propiedad), de la acción del legislador o de la acción de la Administración». DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2009), «Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares», *Instituciones Básicas de Derecho Administrativo*, Universidad Carlos III de Madrid.

apreciándose la necesidad de que se atienda al interés colectivo de la ciudadanía o interés general siempre que nos encontremos ante esos servicios públicos.

Ahora bien, más allá de la idoneidad de la prórroga «forzosa» como mecanismo que permite garantizar la continuidad de un servicio o suministro de interés general, ha de valorarse si aquélla puede configurarse como fórmula válida para dar cobertura a una solicitud de equilibrio o como fórmula de compensación de sobrecostes del contrato.

La respuesta debe ser negativa inicialmente, ya que el propio precepto extractado establece la necesidad de que esa prórroga no altere las condiciones del contrato (entre las que se encuentra el precio) al contemplar que «hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un período máximo de nueve meses», se podrá prorrogar el plazo de ejecución «sin modificar las restantes condiciones del contrato», lo que permite afirmar que si el Pliego no prevé mecanismos compensatorios o de compensación, no podría utilizarse la prórroga forzosa como una supuesta ocasión idónea para reordenar la economía del contrato.

Por su carácter ilustrativo, cabe mencionar el Informe núm. 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña (en adelante, el *Informe 6/2022*), relativo a la posibilidad de ordenar la continuación de la prestación en caso de contratos de concesión de servicios una vez finalizada su vigencia y con qué efectos, diferenciando entre la prórroga excepcional o «forzosa» comentada y las denominadas «órdenes de continuidad».

A este respecto, el citado Informe sostuvo, acerca de las prórrogas forzosas, lo siguiente:

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

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

Los extremos anteriores permiten entender que esa eventual prórroga «forzosa» no constituye en sí misma un contrato independiente o distinto del contrato del que

trae causa. Al contrario, se trataría de una extensión o prolongación del contrato que se está ejecutando, como evidencia el hecho de que no puedan alterarse las condiciones del mismo *ex art. 29.4 de la LCSP*, lo que reafirmaría que, inicialmente, no se configure como mecanismo idóneo para atender a las solicitudes de revisiones de precios que formulen contratistas en el marco de expedientes de contratación que no hayan previsto la aplicación de la fórmula de revisión de precios.

En cuanto a la segunda de las fórmulas que podrían ser valorados (esto es, las denominadas «órdenes de continuidad»), ha de partirse de que se trata de un mecanismo jurídico que el legislador estatal regula en el art. 288 de la LCSP para el contrato de concesión de servicios, si bien, como se expondrá, la normativa aplicable ya venía contemplando esa posibilidad en distintas etapas de la vida del contrato.

En concreto, el art. 288.a) de la LCSP dispone que: «el concesionario estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarse en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato».

No obstante, como se apuntaba, el legislador ha establecido una previsión paragonable, con carácter general, al regular los efectos de la resolución de los contratos en el art. 213.6 de la LCSP<sup>37</sup>, que establece la posibilidad de que el contratista (en cualquier contrato, y no ya en la concesión) quede obligado a adoptar las medidas necesarias o indispensables para evitar un grave trastorno o perjuicio del servicio público que atendía el contrato extinto y efectivamente resuelto hasta que se formalice el nuevo contrato, lo que conecta lógicamente con el inveterado principio de continuidad de los servicios públicos.

Esta previsión legal deviene particularmente interesante si se tiene en cuenta que, en lo relativo a la retribución al contratista, aquél establece que «a falta de acuerdo, la retribución al contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato»; previsión que, aunque se ubica en sede de extinción de los contratos, permitiría colegir que en el marco de una orden de continuidad

---

<sup>37</sup> Artículo 213. Efectos de la resolución: (...) «6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del art. 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos. Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. (...) Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero».

no es necesario que las condiciones económicas del contrato primitivo se mantengan, pudiendo abonar al contratista el importe que resulte del acuerdo derivado de las negociaciones previas que mantengan aquél y el órgano de contratación a tal efecto.

El citado Informe 6/2022 analiza la virtualidad de estas órdenes de continuidad, concluyendo<sup>38</sup>, entre otros aspectos, que:

II. La orden de continuidad puede acordarse por todo el período de tiempo comprendido entre la extinción por cumplimiento de la concesión y la formalización de un nuevo contrato, de manera que su vigencia no se vea afectada por las vicisitudes que se puedan producir en el procedimiento de adjudicación del nuevo contrato tales como, por ejemplo, la interposición de un recurso especial en materia de contratación que retrase la disposición.

III. Tanto la orden de continuidad como la prórroga excepcional, previstas en los arts. 288.a y 29.4, respectivamente, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, obedecen a la misma finalidad de garantizar la continuidad de una prestación que con motivo de la salvaguarda del interés público no se puede interrumpir, si bien tienen ámbitos de aplicación y requisitos diferentes. Es procedente adoptar órdenes de continuidad en caso de contratos de concesión de servicios por el solo hecho de haberse producido la extinción por cumplimiento sin disponer de nuevo contrato, con independencia del motivo por el cual no se ha formalizado y durante el tiempo necesario para poder disponer de este nuevo contrato; mientras que el acuerdo de prórroga excepcional de los contratos de tracto sucesivo es procedente cuando razones de in-

---

<sup>38</sup> Entre otros argumentos, el referido Informe contempla que: «ciertamente, la LCSP no determina expresamente los efectos ni las consecuencias de la adopción de estas órdenes de continuidad —como tampoco hace la normativa de ámbito local aludida en la anterior consideración jurídica—, a diferencia de lo que sucede en los casos en que, producida la resolución de un contrato por determinadas causas, la contratista quede obligada a adoptar las medidas necesarias indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público hasta que se formalice el nuevo contrato, para los cuales la LCSP dispone, cómo ya se ha indicado, que a falta de acuerdo la retribución del contratista la fija el órgano de contratación ‘tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la suscripción del contrato’. También en el caso de las órdenes de continuidad parece procedente entender que, ante la falta de establecimiento de un régimen específico de condiciones, hay que partir del marco de derechos, obligaciones y responsabilidades previsto en el contrato cuyo objeto se ordena continuar y que fueron fijados en el marco del procedimiento de licitación, si bien modulándolos —y, si procede, renegociándolos— teniendo en cuenta las circunstancias concretas que concurran en el momento de adoptar el orden de continuidad, como por ejemplo, si se da el caso, los nuevos precios de mercado. Ciertamente, dado que la relación contractual ya no es vigente y que la orden de continuidad no constituye una prórroga contractual —limitada a la invariabilidad de las condiciones— parece que en ningún caso la concesionaria saliente tiene que soportar un eventual empeoramiento de las condiciones en las cuales había sido prestado el servicio cuándo el vínculo contractual era vigente.

De esta manera, durante el período de vigencia de la orden de continuidad el órgano de contratación tendrá que abonar al contratista todos los gastos en que éste incurra para realizar esta prestación extracontractual que deriva de la necesidad de seguir prestando el servicio, tomando como marco de referencia las condiciones establecidas en el contrato ya cumplido, pero sin estar vinculado a su invariabilidad.

Asimismo, hay que entender que el pago que corresponda a la empresa concesionaria durante el período de continuidad del servicio por orden de la entidad contratante que, como se ha dicho, tendrá que compensar adecuadamente todos los gastos que se deriven de la obligación de seguir prestando el servicio, no estará en concepto de indemnización, sino en concepto de pago por los servicios prestados».

En este *último* sentido se pronuncia también Informe núm. 31/2017, de 9 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.



terés público determinen la necesaria continuidad de la prestación que constituya el objeto y no esté formalizado el nuevo contrato, únicamente en caso de que la no formalización sea debida a acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidos en el procedimiento de adjudicación del contrato posterior, cuyo anuncio se tiene que haber publicado con una antelación mínima de tres meses, y su duración, que será la que se calcule necesaria para poder disponer del nuevo contrato, no puede ser superior a nueve meses.

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

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de contratos, la normativa local también hace referencia a las órdenes de continuidad en términos análogos a los citados. En concreto, el art. 128.1.1 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales contempla que el concesionario estarán obligado a «prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial», reforzando con ello que el contratista encargado de la gestión de un servicio de competencia estatal [pues a ello se refería el legislador *ratione temporis*, en consonancia con lo dispuesto en el art. 114.2.b) de dicha norma] se encontraba obligado a mantener la continuidad del servicio; condición extrapolable en cierta medida a la Administración contratante que se encontraba igualmente obligada a velar por el cumplimiento material de esa obligación.

De lo expuesto cabe deducir, por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico acoge las órdenes de continuidad como medidas, fórmulas o alternativas destinadas a mantener la continuidad de un servicio público formalmente declarado como tal ante los graves perjuicios que pueden irrogarse de su eventual suspensión, lo que diferencia el ámbito de aplicación de esta medida, circunscritas al servicio público y conectadas al principio de continuidad del mismo, de las prórrogas «forzosas» previstas *ex art. 29.4* de la LCSP.

Así: (i) mientras que las órdenes de continuidad se configurarían como contratos «independientes» del contrato primitivo del que traen causa, permitiendo actualizar los precios durante el período que diste desde la extinción hasta la adjudicación del nuevo contrato, y sin que parezca imponerse una duración máxima, puesto que su finalización vendría «marcada» por la adjudicación del nuevo contrato; (ii) las prórrogas «forzosas» formarían parte del mismo contrato en el que se «activan», el importe del contrato no podría ser alterado o actualizado, y tendrían una duración máxima de nueve (9) meses, al margen de otros requisitos adicionales.

Si bien esas órdenes de continuidad pueden ser calificadas *prima facie* como medidas inherentes a los contratos de concesión (tal y como los conocemos a día de hoy con arreglo a la legislación de contratos), entendemos que podemos ir «más allá» y concebir que aquéllas pueden materializarse en otro tipo de contratos que, por su finalidad y vínculo con el interés general, precisan de garantías de continuidad de la prestación, como pudiera suceder, como se apuntaba, con los servicios de abastecimiento y saneamiento de aguas que se regulan en el art. 25 de la LBRL y demás preceptos concordantes.

Ello debe ser analizado junto a la cuestión de si estas órdenes de continuidad se aplican por imperativo legal a todo tipo de contratos, o se configuran como una «norma» dispositiva de la que puede prescindirse (o no) según la voluntad de los contratantes.

Lógicamente, para los contratos de concesión de servicios, las órdenes de continuidad tienen carácter imperativo, así como para los contratos administrativos que dan soporte o representan la gestión de un servicio público respecto a los que se acuerde su resolución y deba atenderse a los efectos de la misma *ex art.* 213 de la LCSP.

Ahora bien, no sucedería lo mismo respecto a los contratos de naturaleza privada (como los que celebran los poderes adjudicadores que no son Administración pública a los efectos de la LCSP) en los que el contrato de que se trate se rige por las normas de Derecho Privado en cuanto a sus efectos (ejecución) y extinción, lo que permite, como se mencionaba, que el órgano de contratación tenga mayor margen de actuación a la hora de determinar las cláusulas por las que se regirá la ejecución del contrato y, por tanto, pueda incluir en los Pliegos las referidas órdenes de continuidad; siempre, como no puede ser de otro modo, desde la debida justificación, motivación y vinculación dada la naturaleza y la finalidad de la prestación de que se trate (contratos conectados a la gestión del ciclo integral del agua, que representa un servicio público con prestaciones directas a la ciudadanía).

## 4.2. Resolución por mutuo acuerdo

Aunque no pueda considerarse como una técnica de reequilibrio o modulación del régimen económico-financiero del contrato en aquellos supuestos en los que se constata la ruptura o quebrantamiento del mismo, la resolución por mutuo acuerdo del contrato debe ser analizada al tratarse de una alternativa a la que puede llegar a acudir en caso de que el contrato no admita la compensación de costes o reequilibrio de su régimen económico, y el contratista no pueda continuar prestando el servicio o ejecutando el suministro ante la tendencia alcista de los precios dado el contexto socio-económico en el que nos encontramos.

El art. 212 de la LCSP, en su apartado 4º, contempla lo siguiente acerca de esta causa de resolución:

La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

Del precepto extractado deben resaltarse algunas ideas o conceptos relevantes, en concreto (i) es imprescindible que, para que un contrato pueda resolverse por mutuo acuerdo, no se aprecie alguna otra causa que pueda ser imputable a la conducta del contratista, siendo relevante el elemento subjetivo o culpabilístico, por así decirlo, de aquél; y (ii) ha de constatarse que no es necesaria o inconveniente la continuidad del contrato.

Respecto al primero de esos presupuestos, vinculado en cierta medida a la existencia de una razón o motivo estipulado como causa de resolución, que encuentre su origen, a su vez, en una conducta achacable al contratista, habrían de analizarse otros aspectos como, por ejemplo, los actos anteriores del contratista, o el criterio del responsable del contrato designado por el órgano de contratación al respecto.

En cuanto al segundo de esos requisitos, basado en innecesidad de la permanencia del contrato, cabe entender que en aquellos supuestos en los que nos encontremos ante contratos formalizados para la ejecución de una prestación o suministro vinculado a uno de los servicios públicos formalmente declarados como tales, ese interés público concurre y hace necesaria la continuidad del contrato, como se ha analizado anteriormente.

En cualquier caso, habrá que valorar en cada supuesto concreto si las circunstancias permiten justificar que se acuda a esta posibilidad en caso de que no sea posible compensar al contratista a fin de evitar que incurra en sobrecostes adicionales, con independencia de que, a su vez, deban adoptarse otras medidas o fórmulas destinadas a garantizar la continuidad de la prestación o suministro de que se trate, ante el perjuicio que ello podría generar dado el interés general al que sirven los correspondientes contratos.

Por último, debe resaltarse que las fórmulas o técnicas de reequilibrio que han sido objeto de análisis en el presente trabajo pueden ser adoptadas, justificadamente, por el órgano de contratación individualmente (por ejemplo, prórroga «forzosa» ex art. 29.4 de la LCSP o reequilibrio vía *rebus sic stantibus*), o de forma combinada entre sí (por ejemplo, resolución por mutuo acuerdo seguida de una orden de continuidad del contrato con un nuevo régimen económico del mismo), en función de las particularidades de cada supuesto.

