

# AUMENTO DE LOS COSTES DE LA ENERGÍA Y MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO–FINANCIERO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS<sup>1</sup>

Esteban ARIMANY LAMOGLIA<sup>2</sup>

Abogado del Estado

**SUMARIO:** 1. Aumento de los costes de la energía: riesgo y ventura y mantenimiento del equilibrio económico–financiero en los contratos públicos.—2. Técnicas de reequilibrio económico–financiero de los contratos públicos. en especial, la respuesta ante un riesgo imprevisible.—3. Derecho general y derecho excepcional en la revisión de precios y el reequilibrio económico–financiero de los contratos públicos.—4. Reflexiones adicionales sobre el tratamiento del riesgo imprevisible en los contratos sujetos a derecho privado y en los instrumentos de colaboración horizontal y vertical.

## 1. AUMENTO DE LOS COSTES DE LA ENERGÍA: RIESGO Y VENTURA Y MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO–FINANCIERO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

Los contratos públicos, mediante los que se provee de bienes y servicios a los entes del sector público, normalmente tras la superación de un procedimiento competitivo de adjudicación, son, por definición, contratos onerosos (art. 2.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP).

---

<sup>1</sup> Para citar este artículo: Esteban ARIMANY LAMOGLIA (2023), «Aumento de los costes de la energía y mantenimiento del equilibrio económico–financiero en los contratos públicos», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, Vol. 1, 2023, Madrid, Marcial Pons.

<sup>2</sup> Las líneas que siguen son el reflejo de la ponencia que tuve la oportunidad de exponer en la jornada celebrada en la sede del Iltre. Colegio de Abogados de Sevilla, en septiembre de 2022, bajo el título general *La revisión de precios y el reequilibrio de los contratos públicos en un contexto de crisis e incremento de costes*, organizada por el mencionado Colegio en colaboración con la Cátedra de Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos (CARSEP) de la Universidad de Barcelona–CCIES y la Universidad de Sevilla.

La onerosidad de la contratación pública se refleja en la atribución al contratista de un precio, que debe ser cierto, aunque siempre adecuado o de mercado (art. 102 LCSP), y se supone que fijado de tal modo que el contrato nazca económicamente equilibrado, lo que se refleja, entre otros extremos, en la regulación de la exclusión de ofertas que introduzcan precios anormalmente bajos (art. 149 LCSP). Cuando de una concesión de obra o de servicio se trata, el precio, como instrumento de remuneración, se sustituye por la atribución de un derecho de explotación económica al contratista o concesionario, derecho de explotación que puede venir acompañado de un precio, aunque nunca esta última forma de contraprestación aparece en las concesiones de una forma exclusiva y ni siquiera principal (arts. 14 y 15 de la LCSP).

Como en otros tantos campos del Derecho, en el de la contratación pública aparece una tensión entre principios en cierto modo enfrentados: por una parte el principio de intangibilidad o invariabilidad del contrato, salvo la entrada en juego de privilegios administrativos como es el ejercicio del *ius variandi* (art. 189 LCSP) y el de riesgo y ventura a cargo del contratista (art. 197 LCSP) —que en las concesiones reviste la modalidad, en cierto modo agravada, del denominado riesgo operacional (arts. 14 y 15, antes mencionados)— y, por otra parte, el principio de remuneración suficiente y mantenimiento del equilibrio económico-financiero contractual. Para conservar la inmutabilidad del fin público al que obedece el contrato, se dice, en ocasiones debe adaptarse a los cambios sobrevenidos la remuneración contractual, como justo reconocimiento de la figura del contratista colaborador y la honesta equivalencia entre lo que éste da al ejecutar el contrato y recibe de su cliente público.

Todo ello supone, en definitiva, que si el contrato público que debe nacer equilibrado económica y financieramente se desequilibra durante la fase de su ejecución, la respuesta del Derecho consiste en la necesidad de mantener el equilibrio inicial mediante técnicas de reequilibrio económico-financiero, bien dotadas de una cierta periodicidad y automatismo en su aplicación (la revisión de precios), bien como remedios puntuales ante situaciones concretas que normalmente se incardinan en los denominados supuestos de compensación ante el *ius variandi*, el *factum principis*, la fuerza mayor o el riesgo imprevisible, sin perjuicio de la apelación a otras instituciones generales como es el caso de la interdicción del enriquecimiento injusto, entre otras muchas.

Básicamente, los desequilibrios a corregir se producen por disminuciones de ingresos, provocadas, por ejemplo, por disminuciones de demanda en épocas de crisis, restricciones de movilidad por motivos sanitarios o falta sobrevenida de la plena funcionalidad de una infraestructura, o por aumentos de costes de todo tipo, sean, por ejemplo, los sobrecostes financieros, sean los que afectan a los materiales o insumos utilizados en la implantación o construcción o en la explotación de la obra o servicio de que se trate, siendo uno de los sobrecostes destacados en este último capítulo los concernientes a los costes de la energía.

En ese sentido, el aumento de los costes energéticos está dando lugar a escenarios jurídicamente conflictivos de diversa índole. Podemos traer a colación —tan sólo por ilustrar uno de ellos— el caso de los sobrecostes energéticos que sufre la producción y suministro de agua desalada por parte de las sociedades estatales de agua, que impele a estas últimas a subir sus tarifas al suministrar el agua desalada en alta. Las corporaciones locales suministradas para atender el abastecimiento domiciliario de sus vecinos, continuando con el ejemplo, podrían o deberían plantearse satisfacer los aumentos tarifarios a la correspondiente sociedad estatal y reequilibrar a sus concesionarios o compensar a sus medios propios mediante un aumento de las tarifas en baja a cargo de los consumidores finales. Sin embargo, dada la entidad de la subida, algunas Corporaciones Locales se niegan a afrontarla, confiando en que la Administración General del Estado ponga un tope en el coste del agua en alta —como sucede en el caso del agua para el uso agrícola— y anuncian, para el caso de que esto no suceda, la tramitación futura, siempre incierta, de un recargo especial a cargo del usuario final. Como puede observarse, estamos ante un supuesto peculiar, pues, el primer escalón del suministro (en alta) se regula por un convenio específico otorgado entre la sociedad estatal y la correspondiente corporación local, en cuyo puesto suele subrogarse solidariamente la entidad concesionaria o medio propio local, mientras que el segundo escalón de suministro (en baja), se disciplina a través de un contrato de concesión o de un encargo a medio propio. Volveremos sobre ello al final de la ponencia.

## **2. TÉCNICAS DE REEQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. EN ESPECIAL, LA RESPUESTA ANTE UN RIESGO IMPREVISIBLE.**

A efectos de restaurar económicamente un contrato público que se ha desequilibrado hay que acudir, en primer lugar, a lo que disponga el propio contrato sin contrariar normas imperativas. El contrato suele tener en cuenta, en primer lugar, el mecanismo general de revisión de precios, en cuya aplicación ordinaria se tienen en cuenta el aumento de costes de los materiales y de la energía empleados en la ejecución del contrato.

Ahora bien, la revisión de precios (art. 103 y siguientes LCSP) tiene un ámbito relativamente acotado, pues sólo opera, atendiendo ahora a sus aspectos más generales, si está prevista en el contrato, han transcurrido dos años desde el inicio de su ejecución y se ha ejecutado por lo menos el 20 por ciento de las prestaciones que constituyen su objeto, limitación esta última que, sin embargo, no aplica a las concesiones de servicio público.

El caso es que, como se indica expresamente en el marco de su regulación y ya han tenido oportunidad de confirmarlo tanto los órganos consultivos, señaladamente el Consejo de Estado, como la jurisprudencia, cuando se da un desequilibrio digamos que cualificado y la revisión de precios no está prevista en el

contrato o no aplica por concurrir alguno de los límites que establece su regulación, se deja a salvo el mecanismo del reequilibrio económico–financiero de las concesiones, cuyos principios rectores se han aplicado, en ocasiones, a otro tipo de contratos.

A partir de ahí, hay que buscar una causa legal de reequilibrio y aplicar un remedio reequilibrador, siempre a través del correspondiente procedimiento que terminará con una decisión fiscalizable por los Tribunales.

A raíz de los diversos y sucesivos episodios de crisis que han sacudido en los últimos años la normal ejecución de los contratos públicos se han sucedido, aparte reacciones normativas específicas a las que nos referiremos con posterioridad, nuevos estudios doctrinales sobre la regulación general de la materia. Yo mismo me ocupé de ello, a raíz de los sucesivos fracasos que tuvieron lugar con motivo de la construcción y explotación de las autopistas radiales de Madrid. En ese sentido, puede verse mi trabajo «El equilibrio económico–financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo “Autopista Madrid–Toledo (AP 41)”», publicado en el número extraordinario de homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, de la revista *Uria Menéndez*. El contenido de dicho trabajo tuvo alguna acogida puntual en un conocido Informe (24/2013, de 25 de noviembre) de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En épocas más recientes, se ha redoblado la atención sobre esta patología que afecta a la ejecución de los contratos, en diversos trabajos, más o menos extensos, de entre los que cabe destacar los que se contienen en el número 216 de la Revista de Administración Pública (2021) y, ya con posterioridad a la ponencia de Sevilla, en nuevos informes de órganos consultivos, como es el reciente Informe 5/2022, de 18 de noviembre, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, dedicado, precisamente, al análisis del incremento de costes de los precios de la energía en los contratos de concesión de gestión de instalaciones deportivas.

Como ya se ha indicado anteriormente, las causas que desembocan en un reequilibrio económico–financiero de los contratos públicos, con independencia del mecanismo ordinario de la revisión de precios, son las que integran los supuestos de ejercicio del *ius variandi* por parte del ente adjudicador, el *factum principis*, la fuerza mayor y el riesgo imprevisible.

Los dos primeros supuestos se caracterizan por ser el propio ente adjudicador quien, con sus decisiones directamente dirigidas a modificar el contrato (*ius variandi*), o con decisiones que, sin buscar directamente la modificación, inciden negativamente en la economía del contrato (*factum principis*), provoca el desequilibrio económico–financiero de la relación contractual. En ese grupo de supuestos, conviene destacar que, si bien se ha debatido si el *factum principis*, para dar derecho a reequilibrio, debía proceder del mismo ente del sector público que adjudicó el contrato o bien podía proceder de un ente distinto, la jurisprudencia (*ad. ex.* STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 11 de mayo de 2011, o Sentencia AP 41) siguiendo, por otra parte, la dicción literal de la legislación

reguladora de los contratos del sector público (arts. 270.2.b) y 290.4.b) LCSP), se ha inclinado por la primera de las respuestas (el *factum principis* procede del mismo ente que adjudica el contrato).

En cambio, la fuerza mayor y el riesgo imprevisible responden a fenómenos imprevistos al celebrar el contrato, ajenos a la iniciativa y voluntad de las partes, que provocan un grave desequilibrio en la economía contractual. Al contrario de lo que sucede con el riesgo imprevisible, concepto susceptible de albergar una diversidad abierta de supuestos, sólo se consideran eventos de fuerza mayor un elenco de supuestos, de carácter externo, extraordinario e irresistible, legalmente tasados (art. 239 LCSP).

Hasta tal punto es visible el distinto origen de, por una parte, el *ius variandi* y el *factum principis* y, por otra parte, la fuerza mayor y el riesgo imprevisible, que algunos autores (por ejemplo, Santamaría Pastor en el número antes mencionado de la Revista de Administración Pública) han abogado por su reconducción a dos únicas categorías, según el desequilibrio proceda o no de una decisión o actuación del propio ente adjudicador del contrato. No obstante, a día de hoy subsisten algunas diferencias de tratamiento entre fuerza mayor y riesgo imprevisible que aconsejan un análisis de ambos supuestos por separado.

En términos generales, el aumento desmesurado de los costes de la energía caería dentro del ámbito de la imprevisión o riesgo imprevisible, pues así se desprende de las características intrínsecas del fenómeno y del reconocimiento expreso como tal por parte de la normativa excepcional a la que me referiré posteriormente, si bien no han faltado autores (como es el caso de José Luis Villar Ezcurra, en su blog de 27 de febrero de 2023) que han subrayado la posibilidad de analizarlo también desde la óptica de una consecuencia de la guerra (en este caso, de la que se origina con la invasión de Ucrania) integrable, a tenor de una determinada interpretación legal, dentro de los supuestos legales de fuerza mayor.

Deteniéndonos ahora algo más en la figura del riesgo imprevisible, debe destacarse que la legislación estatal de contratación del sector público —a diferencia de lo que acontece en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y en alguna legislación autonómica, como es el caso de la legislación navarra de contratación pública— no la contempla expresamente como causa y técnica de reequilibrio económico-financiero de las concesiones (y, por extensión, de otros contratos públicos). Incluso cabría indicar que en la mencionada legislación estatal el riesgo imprevisible ha sido conscientemente preterido como técnica de reequilibrio, seguramente bajo la influencia de un entendimiento estricto de lo que suponga el riesgo operacional y por las consecuencias que puedan derivarse de una relajación en la caracterización de tal riesgo desde la perspectiva de los compromisos del Reino de España en materia de equilibrio presupuestario y sostenibilidad financiera (SEC 2010).

A pesar de lo que acaba de indicarse, tanto la doctrina como la jurisprudencia no han dudado en aplicar la técnica del riesgo imprevisible para reequilibrar

contratos, incluso con el carácter de técnica residual cuando la causa del desequilibrio económico-financiero no encaja fácilmente en alguna de las otras técnicas legalmente previstas. Así sucedió, por ejemplo, en el supuesto que dio lugar a la Sentencia Autopista A 41, en la que se apreció la concurrencia del riesgo imprevisible ante un desequilibrio consecuencia de una decisión imputable a una Administración Pública distinta de la que había adjudicado la concesión y, por tanto, muy difícilmente encuadrable en un supuesto de *factum principis*.

En cuanto a los requisitos del riesgo imprevisible, se exige una alteración sobrevenida, imprevisible y extraordinaria, de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al celebrar el contrato, de la que deriva una mayor onerosidad de su ejecución para una de las partes (en nuestro caso, el contratista). La imprevisibilidad debe situarse en el marco de lo razonablemente imprevisible, sin que resulte necesaria una imprevisibilidad absoluta. La alteración de la economía del contrato debe suceder al margen de cualquier actuación, negligente o no, de las partes y, como ya se ha apuntado, la apreciación de la concurrencia de un supuesto de imprevisión no exige tanto rigor como el que se emplea ante un supuesto de fuerza mayor. En este último caso, el desequilibrio procede de una circunstancia, absolutamente externa e irresistible, que debe encajar dentro de un elenco de supuestos legalmente tasados, por lo que viene siendo objeto de una aplicación muy restrictiva por parte de los Tribunales (por ejemplo, en la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 31 de mayo de 2022, caso Mar Menor, en la que no se pone en valor la potencialidad de la alusión legal a la existencia de *fenómenos semejantes* a los legalmente tasados (art. 239.2.b) LCSP) y, por tal motivo, se excluyen también explícitamente de la fuerza mayor los supuestos de pandemias). Volviendo al caso de la imprevisión, la mayor onerosidad sobrevenida debe ser notoria y desmesurada, más allá del margen normal de aleatoriedad que suele presentar la ejecución de cualquier contrato y, en ocasiones, se exige la concurrencia de una cierta singularidad en la producción de ese daño especialmente intenso. Desde este último punto de vista, discutible, el riesgo imprevisible no albergaría los daños generalizados.

Como puede apreciarse, la admisión de la concurrencia de un supuesto de riesgo imprevisible se basa en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y exige un análisis caso por caso, atendiendo necesariamente a la fisonomía y evolución del contrato concreto de que se trate, razón por la cual tampoco resulta extraño que las respuestas oficiales ante su invocación aparezcan como dispares e incluso como contradictorias entre sí. Como muestra de una admisión relativamente amplia de su concurrencia pueden verse la ya citada Sentencia Autopista AP 41, el Informe 38/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (caso Melilla, cierre de fronteras debido al Covid que repercutió en mayores costes derivados especialmente del encarecimiento del transporte marítimo), o el ya citado Informe 5/2022, de la Junta de Contratación Pública de Navarra. En sentido muy restrictivo, puede verse el Informe 10/2021, de 29 de noviembre, de la Junta Consultiva de Castilla La Mancha, afirmando que el con-

tratista debe ser consciente de que los costes están sometidos a las fluctuaciones de los precios de mercado; la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 7 de abril de 2022, que anula una modificación de precios por parte del servicio asturiano de salud estimando que, aparte de estar ante una modificación de un elemento esencial que implica una nueva adjudicación sin concurrencia, se encubre una revisión de precios no pactada en el contrato; o la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 200/2023, de 23 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que no aprecia riesgo imprevisible en las sucesivas subidas del salario mínimo interprofesional.

Por lo que se refiere a sus efectos, se tiende a negar que, en el caso del riesgo imprevisible —al revés de lo que ocurre en los supuestos de fuerza mayor o *ius variandi*, y, en menor medida, en el *factum principis*— se pueda llegar a una compensación integral de los perjuicios sufridos por el contratista. En el caso del riesgo imprevisible —suele decirse— los efectos económicos adversos sobre el contrato deben repartirse entre las dos partes contratantes y la restauración del equilibrio nunca puede alcanzar a preservar el beneficio industrial del contratista. Sin embargo, en supuestos relevantes, como los contemplados en la Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 19 de enero de 1998, *caso ligantes asfálticos* y Sentencia Autopista A41, se ha admitido también en el riesgo imprevisible la aplicación del principio de restitución integral.

Tampoco resulta fácil calcular el daño derivado del acaecimiento de un supuesto de riesgo imprevisible, en especial en concesiones de larga duración, como puede constatarse al hilo del caso analizado en la STS 549/2018, de 13 de abril, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, también dedicada a la concesión de la Autopista A-41. A la hora de fijar el monto de la compensación debida al concesionario, el Alto Tribunal tiene en cuenta el tráfico que ha dejado de fluir durante una larga temporada, pero tampoco olvida que, a lo largo de toda la ejecución de la concesión, pueden concurrir nuevas circunstancias favorables que pueden compensar de algún modo las desventuras temporales del concesionario. En ese contexto, adquieren mucha relevancia las pruebas periciales. Algún autor (Santamaría Pastor) ha llegado a afirmar que «*nadie sabe bien cómo se hace*» (restablecer el reequilibrio económico-financiero de una concesión).

Desde el punto de vista del cauce adecuado para lograr el reequilibrio del contrato impactado por un supuesto de riesgo imprevisible, resulta muy debatido si tal cauce puede encontrarse en las previsiones del art. 205.2.b) de la LCSP, esto es, en el marco de la regulación de las modificaciones contractuales no previstas en el contrato, pero excepcionalmente posibles si se dan circunstancias sobrevenidas e imprevisibles bajo el parámetro de una Administración diligente. Como ya se ha indicado, el riesgo imprevisible no está expresamente regulado en la LCSP como causa de reequilibrio, razón por la cual suele acudir al cauce del mencionado art. 205.2.b) para lograr tal resultado, de modo que se utiliza un



procedimiento previsto para ser aplicado de oficio por el ente adjudicador, articulando al efecto una petición previa de reequilibrio por parte del contratista.

En algunos de los Informes y Resoluciones antes citados no se ha puesto objeción a la utilización del señalado cauce, con independencia de la respuesta definitiva, favorable o no, al reequilibrio solicitado por el contratista en el supuesto concreto analizado. El profesor Carrillo Donaire, con el que tuve el honor de compartir ponencia en la Jornada del Colegio de Abogados de Sevilla, ha ilustrado, en el Observatorio de Contratación Pública (9 de enero de 2023), un supuesto en el que la Sentencia de la Audiencia Nacional 4711/2022, de 10 de octubre, también admitió la utilización de las previsiones del art. 205.2.b) de la LCSP para llegar al reequilibrio de un contrato, si bien en tal caso la restauración del equilibrio jugó en favor de la Administración Pública contratante (adquisición de mascarillas en la época de epidemia Covid).

En cambio, en otras ocasiones, se ha rechazado que la previsión del art. 205.2.b) de la LCSP constituya un cauce adecuado a los efectos que nos ocupan, entendiendo que una cosa es que se ejercite la prerrogativa de modificar (*ius variandi*), con indemnización integral, los contornos de la prestación objeto del contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevistas y otra distinta que, manteniendo constantes tales contornos, se hayan producido circunstancias sobrevenidas e imprevistas que hayan subvertido la economía del contrato.

La diferencia de efectos a los que conducen las dos posiciones expresadas —con independencia de la cuestión relativa a si el cauce es o no el adecuado— no es baladí, pues la modificación a la que se refiere el art. 205.2.b) de la LCSP, suele chocar con el entendimiento de la modificación del precio del contrato o remuneración del concesionario como una modificación sustancial que comportaría nueva adjudicación; requeriría, en muchas ocasiones, informe preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo similar autonómico y sería susceptible de recurso especial en materia de contratación pública.

Por lo demás, para lograr el reequilibrio debe articularse una reclamación previa ante la Administración o ente adjudicador, cuya resolución puede ser estimatoria o desestimatoria, considerándose que el silencio administrativo tiene sentido negativo. La desestimación podrá impugnarse ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo (siempre que se trate de contratos administrativos) y el plazo de ejercicio de la reclamación, atendiendo a las previsiones de la legislación general presupuestaria, es de 4 años desde que la misma pudo ejercitarse (conocimiento del daño por parte del contratista; STS, Sala de lo Contencioso, de 22 de mayo de 2019).

Dentro de los estrechos límites de esta ponencia, no podemos entrar en el análisis de las limitadas opciones que la legislación vigente otorga al contratista, tanto para suspender la ejecución del contrato a causa de la mayor onerosidad sobrevenida —imposible en el caso de las concesiones (por la exclusión establecida



en el art. 251 LCSP)— como para lograr la resolución del contrato por el mismo motivo a instancia del contratista.

### **3. DERECHO GENERAL Y DERECHO EXCEPCIONAL EN LA REVISIÓN DE PRECIOS Y EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.**

Durante los últimos años hemos vivido una serie de crisis sucesivas que empezó con la pandemia del COVID a la que siguieron episodios de estrangulamiento de las cadenas de aprovisionamiento y, finalmente, todas las consecuencias derivadas de la guerra de Ucrania.

En esas circunstancias, el Gobierno de la nación ha dictado una diversidad de Reales Decretos Leyes que arbitran soluciones *ad hoc* para paliar los efectos adversos que los mencionados episodios de crisis han tenido sobre el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos públicos. Tales normas con rango de ley parten del reconocimiento de la existencia de una situación de imprevisión o riesgo imprevisible, pero ofrecen respuestas que constituyen escenarios de derecho excepcional que desplazan, siquiera sea temporalmente, la aplicación del derecho general que trata de ofrecer respuesta al desequilibrio contractual. Se trata de soluciones que, en parte, favorecen a los contratistas, pero, también en parte, les impide acudir a los medios ordinarios de reequilibrio produciendo alguna situación desfavorable.

La última serie de normas excepcionales dictada viene representada por los Reales Decretos Leyes 3/2022, de 1 de marzo; 6/2022, de 29 de marzo y 14/2022, de 1 de agosto. Todos ellos se dirigen a regular un mecanismo excepcional de revisión de precios que, en líneas generales, dejará de ser aplicable para aquellos contratos cuyo anuncio de licitación se haya publicado a partir del día 2 de marzo de 2023. La aplicación de las citadas normas ha resultado compleja y ha dado lugar a una diversidad de informes de los distintos órganos consultivos, como es el caso de los emitidos bajo los números de expediente 32/22; 35/22; 36/22; 40/22 y 45/22 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

En síntesis, el mecanismo excepcional de revisión de precios se aplica solamente a los contratos de obra, sean administrativos o privados, y precisamente a aquellos contratos de obra para los que la documentación contractual no prevé aplicar revisión de precios o para los que, viniendo la revisión prevista en la documentación contractual, la revisión no resulta aplicable por no haberse ejecutado el 20 por ciento del importe del contrato o no hayan transcurrido 2 años desde su formalización (art. 103.5 LCSP). Ese mecanismo excepcional, evita, por ejemplo, plantearse si resultaría aplicable un reequilibrio contractual regido por normas ordinarias basadas en la irrupción de un riesgo imprevisible y se aplica solamente para los incrementos de coste de los materiales que taxativamente están contem-

plados en una lista, susceptible de ser ampliada, como así ha sucedido, mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

En el listado al que acabo de referirme no se incluye el coste de la energía, puesto que, según expresa el preámbulo del RDL 14/2022, el riesgo imprevisible energético ya ha sido atemperado por otro tipo de normativa excepcional *ad hoc* (básicamente mediante medidas tributarias), por lo que, a juicio del Gobierno, aplicando el mecanismo excepcional de revisión para el aumento de los costes de la energía se provocaría una suerte de injusta doble revisión que se ha querido evitar.

La normativa estatal excepcional de revisión de precios ha parecido insuficiente a algunas Comunidades Autónomas, como ha sido el caso de la de Andalucía. Esta última dictó el Decreto Ley 4/2022 de «desarrollo» de la normativa estatal, con algo más de generosidad, pues alcanza a algunos contratos de servicios útiles para la ejecución de obras, pero con una visión igualmente limitada, pues su aplicación se subordina a las disponibilidades presupuestarias y sigue sin reconocerse el aumento de los costes de la energía. La normativa autonómica de «desarrollo» ha sido tachada de inconstitucionalidad por invasión de competencias estatales.

El Decreto Ley 4/2022 vino precedido de un Informe (11/2021, de 24 de marzo de 2022) de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, emitido a petición de la Asociación Círculo de Empresas Andaluzas. Según dicho Informe, la situación desfavorable sobrevenida debió paliarse a través de la técnica del riesgo imprevisible, pero, según la Comisión Consultiva andaluza, toda vez que el Estado, ante dicha situación, arbitra solamente una revisión de precios excepcional y restrictiva se entiende que la Comunidad Autónoma andaluza no puede hacer otra cosa que dictar la ya mencionada «norma de desarrollo», tachada, finalmente, de inconstitucionalidad.

Y todo ello conduce a una reflexión: si resulta que desde la perspectiva de la normativa general, tal y como se aplica por la jurisprudencia, podría apreciarse —como se hace en los respectivos preámbulos de la normativa excepcional— la irrupción de un supuesto de riesgo imprevisible y, en consecuencia, la aparición de un escenario que podría dar pie al nacimiento de un derecho subjetivo por parte de los contratistas para reclamar el reequilibrio económico-financiero del contrato por tal causa, esa normativa excepcional ¿no estaría expropiando un derecho sin la suficiente compensación económica?, ¿no sería ello contrario a lo establecido en el art. 33 de la Constitución?

La cuestión se ha planteado frontalmente en el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, 1038/2022, de 19 de julio, Ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat. Actuaba como recurrente Ausur/Autopista del Sureste/Alicante-Murcia y se impugnaba un acuerdo presunto del Consejo de Ministros desestimatorio de una reclamación de reequilibrio formulada por la mencionada empresa, basada en el descenso de

tráfico motivado por las restricciones de movilidad impuestas a raíz de la pandemia COVID. En el recurso se ponía en cuestión, dentro de las diferentes soluciones excepcionales, la aplicación de la prevista en el art. 25 del Real Decreto Ley 26/2020, en vez de la establecida en el art. 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020.

El Alto Tribunal entendió que, en realidad, la recurrente pretendía que se planteara una cuestión de inconstitucionalidad basada en los arts. 14 (discriminación), 9.3 (irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima) y 33 de la CE, este último por entender la recurrente que se le estaba expropiando, a través de una norma excepcional con rango de ley, su derecho al reequilibrio, plasmado en la normativa general, sin la pertinente indemnización. No se trataba, según la empresa recurrente, de la desaparición de una mera expectativa abstracta, sino de la privación de un derecho subjetivo ya integrado en la esfera patrimonial de la misma.

Pues bien, el Tribunal Supremo desestimó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad entendiendo que no existía voluntad de privación o despojo en el dictado de la normativa excepcional, sino que la finalidad era la de dar solución a una situación también excepcional. Acude también la Sentencia TS 1038/2022 a la doctrina contenida en la STC 45/2018, indicando, así mismo, que no estamos ante una ley singular de contenido expropiatorio, pues no se expropia, a juicio del Alto Tribunal, un derecho consolidado, teniendo en cuenta que tal derecho no dimana directamente del pliego de condiciones de la concesión ni de la simple redacción de normas.

Sin discutir la bondad de la solución dada al asunto por el Tribunal Supremo, se encuentra a faltar en su pronunciamiento una mayor argumentación, sin que alcance a vislumbrarse si lo que quiso decir el Alto Tribunal es que el derecho al reequilibrio puede no surgir directamente de la irrupción de la situación de imprevisión en relación con la documentación contractual y las previsiones normativas, sino que, a tal efecto, es preciso un reconocimiento administrativo o judicial del derecho del concesionario.

Un mayor análisis sobre esta relevante cuestión desborda las posibilidades de esta ponencia.

#### **4. REFLEXIONES ADICIONALES SOBRE EL TRATAMIENTO DEL RIESGO IMPREVISIBLE EN LOS CONTRATOS SUJETOS A DERECHO PRIVADO Y EN LOS INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL.**

Quisiera en este momento realizar alguna reflexión final sobre algunos aspectos vinculados a los posibles desequilibrios económicos sufridos por quien es proveedor de un poder adjudicador no Administración Pública o por quien mantiene una relación de cooperación horizontal o vertical con un poder adjudicador.

En el primer caso, si el proveedor reclama la restauración del equilibrio contractual tendrá, *prima facie*, que articular la reclamación en base al derecho privado y, caso de serle desestimada por el poder adjudicador, acudir a los órganos del orden jurisdiccional civil.

Pueden darse situaciones especiales, como sería el caso de solicitar una revisión de precios, basada en la normativa general o excepcional de derecho público que obliga a tal revisión por parte de los entes del sector público, tengan o no el carácter de Administración Pública, pero que ello pueda acontecer no elimina la posibilidad de que sea el orden jurisdiccional civil quien acabe aplicando normas de derecho público. También podría suceder que se acudiera a algún tipo de modificación contractual que pudiera ser considerada como nueva adjudicación y, en tal concepto, ser susceptible de recurso especial en materia de contratación cuya resolución cupiera recurso contencioso administrativo, pero, repito, fuera de escenarios especiales, lo ordinario sería una reclamación de derecho privado ante los órganos de la jurisdicción civil.

En ese contexto ordinario (derecho civil/jurisdicción civil), el reequilibrio debería basarse en instituciones como la imprevisión, la teoría de la base del negocio o, lo que es más frecuente, en la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*. Valga precisar que tales instituciones, en su vertiente de derecho privado, han recibido también aplicación en reclamaciones de reequilibrio basadas en el derecho administrativo, como sucedió señaladamente en el supuesto, anteriormente mencionado, del caso *ligantes asfálticos*, tanto en los informes del Consejo de Estado como en la Sentencia ya citada del Tribunal Supremo (19 de enero de 1998).

Las pautas para la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*, se encuentran en la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como la que se plasma en la Sentencia 299/1991 de 23 de abril. Conforme a la misma, para tal aplicación se precisa:

- Alteración extraordinaria y sobrevenida de nuevas circunstancias.
- Excesiva onerosidad. La STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014 ha precisado en este punto que ello puede acontecer por reiteración de pérdidas (imposibilidad económica) o por desaparición del margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación), lo que impacta sobre la viabilidad o la conmutatividad del contrato.
- Imprevisibilidad del riesgo, con cierta relativización (*casi todo es previsible en esta vida*). La misma STS de 30 de junio de 2014 indica que basta con una alteración de la razón o causa económica del contrato por acontecimientos que no eran previsible en la configuración del *aleas* pactado. No es necesario un acontecimiento fortuito o rígidamente imprevisible.
- Nexo causal entre la alteración de circunstancias y la mayor onerosidad sobrevenida.
- Inexistencia de otro remedio que pueda poner fin a la inequidad de la situación, sea de carácter contractual o legal.
- Buena fe y ausencia de culpa.

Por otra parte, no creo que pueda hablarse de derecho/obligación de reequilibrio económico en sentido estricto en las relaciones jurídicas de colaboración horizontal entre poderes adjudicadores (arts. 6 y 31 LCSP) y de colaboración vertical en los supuestos de encargos a medio propio o *contratación in house* (arts. 31 a 33 LCSP), entre otras razones porque, como ha recordado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe emitido en el seno del Expediente 27/2020, en el que se dilucidaba si en los encargos a medio propio era aplicable el mecanismo de suspensión y compensación contemplado excepcionalmente en el art. 34 del Real Decreto Ley 8/2020 (medidas urgentes frente al COVID-19), tales relaciones jurídicas no son, en sentido propio, contratos públicos.

En las relaciones no contractuales de colaboración horizontal no hay relación clientelar, sino unión de esfuerzos para conseguir un objetivo común. Por supuesto, de los convenios surgen relaciones obligatorias que, en determinados escenarios, pueden requerir la aplicación de un instrumento legal para corregir efectos adversos sobrevenidos para cualquiera de los cooperantes, pero tales efectos adversos, aparte la corrección preferente de los mismos según lo previsto en el convenio, en ningún caso deberán corregirse a través de un expediente de reequilibrio administrativo como el que debería afrontar un concesionario.

En los encargos a medio propio, es prácticamente imposible pensar en un derecho del medio propio a ser reequilibrado por el ente o los entes que lo controlan y en una obligación de este o estos últimos en orden a reequilibrar al medio propio. Los encargos a medio propio, recuérdese, son de ejecución obligatoria por parte este último, quien carece de poder negociador respecto de las tarifas impuestas por el ente de control, tarifas que, además, deben cubrir únicamente los costes sufridos en la ejecución del encargo por el medio propio y no incorporar beneficio industrial (artículo 32.2.a) LCSP). Lo usual será, pues, que, ante un aumento desmesurado de los costes soportados por el medio propio, el poder adjudicador que formula el encargo acuda económicamente en auxilio de su medio propio, siendo difícil asimilar una situación en la que el medio propio sea abandonado a su suerte.

En todo caso, como se indicaba al inicio de este último apartado de la ponencia, estamos ante cuestiones que, al revés de lo que ha sucedido con el reequilibrio económico de los contratistas, no han merecido una atención detallada —salvo error por mi parte— ni de la doctrina ni de la jurisprudencia, por lo que, en este momento, dejo simplemente planteado como reto el trabajo de afrontarlas.

