



**ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LA SUBIDA DEL
PRECIO DE LA ELECTRICIDAD EN LOS CONTRATOS
DE SERVICIOS Y POSIBLES SOLUCIONES**

Facultad de Derecho, Universidad Pontificia de Comillas, ICADE

Autor: María Gistau Mur
5º E3-Analytics
Derecho Administrativo

Tutor: Antonio Jesús Alonso Timón

MADRID
Abril 2023

Resumen

La crisis provocada por la pandemia del Covid-19 y la guerra de Ucrania son algunos de los factores que han provocado una subida en el precio de la electricidad, lo que ha tenido un gran impacto en los contratos de servicios. En el presente trabajo se analizan las posibles soluciones que se podrían dar a dicha problemática, estudiando figuras como el *factum principis*, las fórmulas de revisión de precios, la modificación de los contratos, el concepto de riesgo imprevisible o el enriquecimiento injusto y apoyándonos en la LCSP y en las Directivas europeas de referencia en la materia. Se concluye que, con la legislación vigente actualmente, la solución consistiría en la resolución del contrato, al no ser posible la modificación del mismo para alterar un elemento esencial como es el precio, o en instar una reclamación ante la Administración derivada del enriquecimiento injusto que esta situación ocasiona.

Palabras clave: electricidad, precio, contratos de servicios, *factum principis*, fórmulas de revisión de precios, modificación de los contratos, riesgo imprevisible, enriquecimiento injusto.

Abstract

The crisis caused by the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine are some of the factors that have led to a rise in the price of electricity, which has had a major impact on the service contracts. This paper analyzes the possible solutions that could be given to this problem, studying figures such as the *factum principis*, price review formulas, contract modification, the concept of unforeseeable risk or unjust enrichment, and relying on the LCSP and the European Directives of reference in this field. It is concluded that, with the legislation currently in force, the solution would consist of terminating the contract, as it is not possible to modify it to alter an essential element such as the price, or to file a claim before the Administration derived from the unjust enrichment that this situation causes.

Keywords: electricity, price, service contracts, *factum principis*, price revision formulas, modification of contracts, unforeseeable risk, unjust enrichment.

Listado de abreviaturas

BOE: Boletín Oficial del Estado

LCSP: Ley de Contratos del Sector Público

RD: Real Decreto

RDLeg: Real Decreto Legislativo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tabla de ilustraciones

<i>Ilustración 1: Precio medio final anual de la electricidad en España de 2010 a 2022 (en euros por megavatio-hora)</i>	<i>5</i>
<i>Ilustración 2: Variación de la media anual del índice de precios de consumo (IPC) en España de 2005 a 2021</i>	<i>10</i>

Tabla de contenidos

1. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA	4
1.1. LAS VARIACIONES DE PRECIOS DE LOS SUMINISTROS EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS.....	4
1.2. SOLUCIONES JURÍDICAS A APLICAR A LOS CONTRATOS EN VIGOR.....	7
2. LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS	9
2.1. EXISTENCIA HISTÓRICA DE FÓRMULAS DE REVISIÓN DE PRECIOS.....	9
2.2. LA LEY 2/2015, DE 30 DE MARZO, DE DESINDEXACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA Y EFECTOS SOBRE LAS FÓRMULAS DE REVISIÓN	10
3. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS	12
3.1. EL TRATAMIENTO DE LA VARIACIÓN EN EL PRECIO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 2004/18/CE	12
3.2. EL TRATAMIENTO DE LAS VARIACIONES DE PRECIOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LAS DIFICULTADES JURÍDICAS PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS CREADOS POR ESTE MOTIVO EN LOS ÚLTIMOS MESES	14
4. EL RIESGO IMPREVISIBLE Y LAS CAUSAS DE FUERZA MAYOR: ¿ES LA SUBIDA DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD UN RIESGO IMPREVISIBLE? ANÁLISIS DEL ARRÊT DE GAZ DE BORDEAUX DE 30 DE MARZO DE 1916, A PARTIR DEL CUAL SE EMPIEZA A APLICAR LA TEORÍA DEL RIESGO IMPREVISIBLE	21
5. ¿SE PUEDE CONSIDERAR EL NO ABONO DE UN INCREMENTO EVIDENTE DE COSTES UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA? ¿EN QUÉ SUPUESTOS? SI FUERA ASÍ, ¿CÓMO SE RESOLVERÍA?	27
6. DAÑO QUE PUEDE CAUSAR EL FACTUM PRINCIPIS Y SU POSIBLE APLICACIÓN A ESTE CASO. ESTUDIO DEL EXPEDIENTE 10/19 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO, RELATIVO A LA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ANTE LA SUBIDA DEL SMI	30
7. LA POSIBLE PRÓRROGA FORZOSA EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y SU PROBLEMÁTICA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	35
8. LAS POSIBILIDADES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS POR ALTERACIONES GRAVES DE LOS PRECIOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO	38
9. LAS CONSECUENCIAS DE NO RECONOCER EN LOS PRECIOS LA SUBIDA DE LA ENERGÍA	40
10. CONCLUSIÓN	41
11. BIBLIOGRAFÍA	42

1. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. LAS VARIACIONES DE PRECIOS DE LOS SUMINISTROS EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS.

El contrato de servicios viene definido en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, «LSCP»), cuyo artículo 17 reza:

“Artículo 17. Contrato de servicios.

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

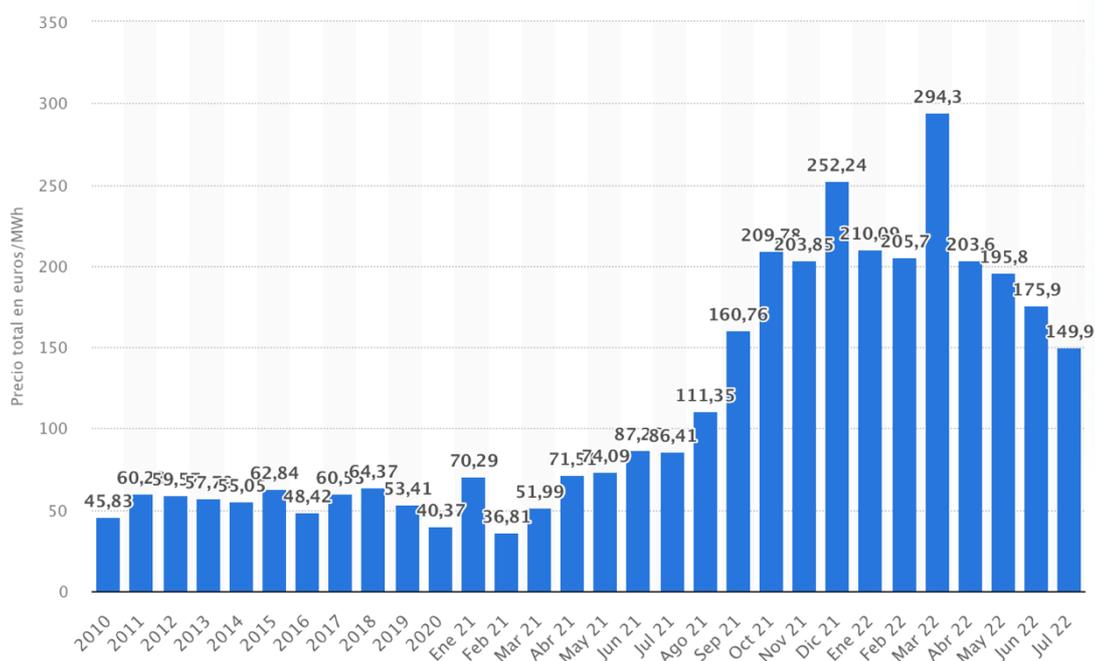
Así, de los cinco contratos tipificados en el artículo 12 de la LCSP, esto es, obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministros y servicios, éstos últimos se definen por exclusión. Es decir, dentro de los contratos de hacer, serán aquellos que no estén definidos como obras o suministros en los artículos 13 y 16 respectivamente, lo que desemboca en un gran número de sub-tipologías dentro de los contratos de servicios.

En cualquier tipo de contrato de servicios en el que se necesite suministrar energía eléctrica para la prestación del objeto del contrato, por ejemplo, en los contratos de servicios de gestión de depuradoras, habitualmente ésta ha de ser abonada por la empresa adjudicataria, que se ha de hacer cargo de los costes necesarios para la prestación del servicio. El problema surge cuando hay un gran incremento en el precio del suministro, que es un coste para el contratista, mientras que el precio por el que ha sido adjudicado el contrato permanece fijo.

El precio de este suministro no depende de la empresa adjudicataria, que sólo puede adquirirlo a las empresas comercializadoras de energía eléctrica a los precios de mercado, públicos y transparentes, sin posibilidad ninguna de actuar sobre los mismos.

La realidad es que estos precios han oscilado estos dos últimos años de una manera muy importante, tal y como se puede apreciar en el siguiente gráfico¹:

Ilustración 1: Precio medio final anual de la electricidad en España de 2010 a 2022 (en euros por megavatio-hora)



Fuente: Statista

Esto ha afectado sin duda a aquellos contratos de servicios en vigor en los que la energía eléctrica representa un coste significativo, por lo que una subida importante de este coste, como ha ocurrido, puede llevar al adjudicatario a incurrir en pérdidas elevadas. El coste de la energía eléctrica pasó de un 44 por ciento del coste total de explotación a un 56 en tan solo tres años, entre 2009 y 2012². Entendemos que, con la subida experimentada en

¹ Fernández, R., “Precio medio final anual de la electricidad en España de 2010 a 2022 (en euros por megavatio-hora)”, 2022 (disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/993787/precio-medio-final-de-la-electricidad-en-espana/>; última consulta 20/11/2022).

² Albadalejo Ruiz, A., & Trapote Jaume, A., “Influencia de las tarifas eléctricas en los costes de operación y mantenimiento de las depuradoras de aguas residuales”, 2013, (disponible en: <https://tecnoaqua.test->

2022, cuando se ha triplicado el precio de la electricidad, en contratos de explotación de depuradoras puede alcanzar un gran porcentaje del montante total³.

No podemos perder de vista que el plazo máximo de esta tipología de contratos asciende, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 29 de la LCSP, a cinco años, incluyendo prórrogas forzosas en algunos supuestos:

“Artículo 29. Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación

4. 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 (...). No obstante (...), 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 periodo 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”.

Así, partimos de que hay importantes variaciones en los precios de los suministros imprescindibles para el desarrollo de la actividad, que pueden poner en riesgo la viabilidad económica de los contratos en vigor. Precisamente esto se va a analizar en el presente trabajo de fin de grado, junto con su solución jurídica. De alguna manera, si el coste de un suministro tiene incidencia elevada en el coste total del servicio y éste no depende del adjudicatario (que ha de seguir prestando el servicio durante cinco años o más), entendemos que podría generarse una situación de indefensión y desconocimiento a la hora de licitar.

[overalia.com/descargar_documento/articulo-tecnico-tarifas-electricas-costes-mantenimiento-edar-tecnoaqua-es.pdf](https://www.overalia.com/descargar_documento/articulo-tecnico-tarifas-electricas-costes-mantenimiento-edar-tecnoaqua-es.pdf), última consulta 10/12/2022).

³ Fernández, R., *Op. cit.*

1.2. SOLUCIONES JURÍDICAS A APLICAR A LOS CONTRATOS EN VIGOR.

Partimos de que conceptualmente y, tal vez, jurídicamente, no parece razonable que la Administración Pública aboque a sus proveedores, en este caso adjudicatarios de los contratos de servicios, a incurrir en resultados negativos. Matizando lo dicho, el sistema de adjudicación vigente puede hacer que un contratista pierda dinero bien porque no haya estimado correctamente los costes o bien por no haber estimado correctamente los ingresos. Entendemos que esto, bajo el principio de riesgo y ventura recogido en el artículo 197 de la LCSP, no sería reprochable. Más reproche parece merecer el hecho de que el contratista haya de asumir los incrementos de coste, que es el caso de la electricidad, en los que:

- El contratista no puede incidir en nada, al ser un mercado nacional, es decir, no puede “buscar mejores precios”.
- Parte de la subida, si no la totalidad, es achacable a la propia Administración Pública (tal vez no al órgano de contratación, pero si la Administración como ente genérico). No es objeto del presente trabajo de fin de grado, pero se ha de remarcar la inclusión legislativa del conocido como “tope del gas”, cuya limitación se paga con el consumo de los contratos suscritos a partir del 26 de abril de 2022, según el Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista.

El análisis de la solución jurídica de esta problemática y, por tanto, de su posible abono, es complejo.

Por una parte, la vigente LCSP, consecuentemente con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, configura la variación del precio como un elemento esencial del contrato.

Por otra parte, desde la entrada en vigor de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (en adelante, «Ley 2/2015»), es inhabitual el uso

de fórmulas de revisión de precios. Parece que la falta de abono de estas cantidades puede dar lugar a un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Pública, ya que se trata de un riesgo imprevisible, y podría incardinarse en el denominado *factum principis* (este principio se analizará en el sexto apartado del presente trabajo).

El contrato, como se ha señalado, es ley entre las partes, pero junto al principio de la *lex contractus*, hay otros principios que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización de estos diferentes principios obliga a buscar el equilibrio en un punto diferente. Las adaptaciones o alteraciones que el interés público exige introducir en la obra, suministro o servicio tienen, en todo caso, su contrapartida en el deber de respetar la ecuación financiera del contrato. La mutabilidad del objeto y el mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa⁴.

Por último, se suscita una problemática adicional, que ya está ocurriendo, y que es aún más compleja. Así, parte de los contratos de servicios se dedican a prestar labores esenciales para la comunidad, lo cual significa que no puede cesar la prestación del servicio⁵. Así, nos podemos encontrar con nuevos concursos no convocados al finalizar el plazo del anterior, convocados sin haber sido aún resueltos los anteriores o, peor todavía, convocados y declarados desiertos por no haber ningún licitador que se exponga a incurrir en pérdidas al asumir el riesgo y ventura de la operación. Es difícil obligar a quién está perdiendo dinero a seguir prestando un servicio, lo cual se analiza en el apartado séptimo del presente trabajo, al igual que la viabilidad de resolución unilateral por parte del contratista.

⁴ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, I, 20ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, p. 872.

⁵ A modo de ejemplo, esto se ve reflejado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, y que hace referencia a que pese a las circunstancias que pueda estar sobrepasando un país, hay una serie de servicios que, por ser esenciales, deben tener continuidad. Además, respecto de los servicios esenciales se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Expediente 86/18.

2. LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS

2.1. EXISTENCIA HISTÓRICA DE FÓRMULAS DE REVISIÓN DE PRECIOS

Históricamente, nuestra legislación en materia de contratación pública preveía la inclusión de fórmulas de revisión de precios en los contratos del sector público. Así, el ya derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, «RDLeg 3/2011»), heredero en este sentido de la legislación precedente, establecía en la redacción original del primer apartado de su artículo 89 lo siguiente:

“1. La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión. (...)”.

Es decir, no solo se preveía la revisión de precios en los contratos, sino que, salvo que en los pliegos se hubiera establecido lo contrario, ésta era de oficio. Como detalle, cabe reseñar que las fórmulas de revisión de precios, salvo disposición en contra de los pliegos que rigieran en el procedimiento, venían recogidas en el ya derogado Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos para el año 1971, y tenían todas la misma estructura: adicionaban a un 0,15 fijo (que, por tanto, minoraba el total del coeficiente de revisión) la relación de índices entre el momento de ejecución y adjudicación ponderados según el distinto peso que tenían en la tipología de contrato.

Dichos índices eran el coste de la mano de obra, la energía, el cemento, los materiales siderúrgicos, los ligantes bituminosos, los cerámicos, la madera, el aluminio o el cobre⁶.

⁶ Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos para el año 1971 (BOE 29 de Diciembre de 1970).

Actualmente, esto se recoge en el Real Decreto 1359/2011⁷, que elimina el 0,15 fijo de 1970 para desglosarlo en un porcentaje fijo dependiendo de cada categoría.

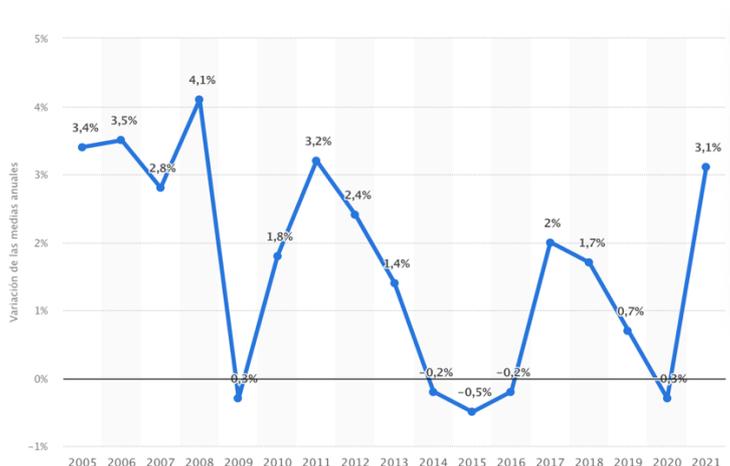
Matemáticamente su expresión sería de la forma:

$$K_T = \text{término fijo} + \sum_i (c_i * \frac{I_t}{I_0}) \quad 8$$

2.2. LA LEY 2/2015, DE 30 DE MARZO, DE DESINDEXACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA Y EFECTOS SOBRE LAS FÓRMULAS DE REVISIÓN

La Ley 2/2015 se promulgó en un momento de muy baja inflación, como podemos apreciar en la siguiente gráfica⁹:

Ilustración 2: Variación de la media anual del índice de precios de consumo (IPC) en España de 2005 a 2021



Fuente: Statista

⁷ 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 (BOE 26 de Octubre de 2011).

⁸ K_T es el índice de revisión de precios; I_t es el índice del coste i (mano de obra, madera, cerámica, etc.) a la fecha t , esto es, la de ejecución; I_0 es el índice del coste i en el momento 0, de adjudicación o licitación según el caso; y c_i es el coeficiente “peso” de cada índice, siendo obligado que el sumatorio total de este coeficiente fuera 0,85.

⁹ Fernández, R., “Variación de la media anual del índice de precios de consumo (IPC) en España de 2005 a 2021”, 2022 (disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/476953/tasa-de-inflacion-anual-en-espana/>; última consulta 29/11/2022).

Modifica el artículo 89 de la norma entonces vigente, el precitado RDLeg 3/2011, estableciendo en el apartado segundo de su Disposición final tercera lo siguiente:

“(...) Tres. El artículo 89 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 89. Procedencia y límites.

1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios. (...)

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo. (...).”

Es decir, en primer lugar, se suprime la práctica obligatoriedad de la revisión de precios que establecía la legislación anterior cuando exigía que, en caso de no pretender aplicarla, había que hacer constar su improcedencia expresamente en pliegos o en el contrato y, en segundo lugar, se limita esta revisión obligando a un análisis pormenorizado en cada contrato por parte del órgano de contratación.

Esto da lugar, en la práctica, y partiendo de un país con inflación prácticamente nula, a que de facto se supriman estas fórmulas, lo cual era el objetivo de la Ley 2/2015, que ya en su preámbulo decía¹⁰:

“(...) La práctica indexadora tiende a ser más generalizada en economías donde la inestabilidad macroeconómica, en particular una elevada inflación, erosiona el poder

¹⁰ Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (BOE 31 de Marzo de 2015).

adquisitivo de los valores monetarios, de forma que se recurre a referenciar la evolución en el tiempo de tales valores a índices de precios como mecanismo de defensa. (...)”.

Es decir, la propia ley partía de la base de un país con estabilidad macroeconómica y baja inflación, pero, dado que en el momento actual no está presente este escenario, parece que el objetivo de la desindexación no es de evidente aplicación a la actualidad. En el momento actual, el órgano de contratación puede incluir en los pliegos fórmulas de revisión. El problema surge en los contratos vigentes que, por una parte, no tienen prevista una revisión y, por otra, tienen unos evidentes sobrecostes por incumplirse la premisa de estabilidad económica contenida en el preámbulo de la ley.

3. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS

3.1. EL TRATAMIENTO DE LA VARIACIÓN EN EL PRECIO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 2004/18/CE

El artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE configura el precio como un elemento esencial del contrato, limitando así su modificación. No obstante, en el supuesto de estar así previsto en los pliegos, se permite la modificación del precio, *“con independencia de su valor pecuniario”*, siempre que no *“puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco”* (letra a) del primer apartado del citado artículo). De cara al presente trabajo, resalta particularmente el apartado 4, en concreto su letra b):

“Artículo 72. Modificación de los contratos durante su vigencia: (...)

4. Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial (...) cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, (...) una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) 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 habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

*b) que la modificación **altere el equilibrio económico** del contrato o del acuerdo marco **en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista** en el contrato o acuerdo marco inicial;*

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d)''.

Este apartado define como modificación sustancial, entre otras, aquella que altera el equilibrio económico a favor del contratista de una forma no prevista en el contrato, y esto es precisamente lo que estamos analizando. Así, a nuestro juicio se podría entender que la Directiva consideraría que un incremento económico, por la subida del precio de la energía, sería una modificación sustancial del contrato. La Directiva tan solo prevé la posibilidad de modificar contratos si los cambios que se inducen no son sustanciales y, como hemos visto, la subida actual del precio de la electricidad no parece ser el caso. Además, en caso de ser requeridas esas modificaciones sustanciales, procedería resolver y volver a licitar el contrato.

De alguna manera esto podría entrar en contradicción con la necesidad de seguir prestando los servicios públicos esenciales y con el principio de eficiencia en la contratación pública recogido en el apartado 1 del artículo 1 de la LCSP. Esto es así ya que los dilatados plazos de licitación, unidos a la posibilidad de que el procedimiento sea objeto de recurso, una vez resuelto el contrato, puede derivar en que haya un periodo de tiempo considerable en el que se interrumpa la prestación del servicio. Además, y partiendo de la base de que el coste de la electricidad para los licitadores de un nuevo

procedimiento será idéntico para todos, no se entiende la ventaja que supondría resolver un contrato y hacer una nueva licitación.

3.2. EL TRATAMIENTO DE LAS VARIACIONES DE PRECIOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LAS DIFICULTADES JURÍDICAS PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS CREADOS POR ESTE MOTIVO EN LOS ÚLTIMOS MESES

La subsección 4ª de la vigente LCSP y, en particular, a los efectos que nos ocupa, sus artículos 203 a 205 delimitan el **perímetro de modificación de los contratos** trasponiendo el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Así, el apartado segundo del artículo 203 de la LCSP dice:

“2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

*a) Cuando así se haya **previsto en el pliego** de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;*

*b) **Excepcionalmente**, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las **condiciones que establece el artículo 205.***

*En cualesquiera **otros supuestos**, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su **resolución** y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina”.*

Nuevamente nos encontramos ante los dos escenarios indicados en la tantas veces citada directiva: modificaciones previstas y no previstas en los pliegos que rigieron en la licitación del contrato. Por su importancia real, cabe reseñar la mención al apartado 6 del

artículo 213 de la LCSP, que será analizado con más detenimiento en el séptimo apartado del presente trabajo.

De aplicación al tema que nos ocupa es, por tanto, el artículo 205 de la LCSP (si las modificaciones estuvieran previstas no habría lugar a hacer esta reflexión), que establece lo siguiente:

*“Artículo 205. **Modificaciones no previstas** en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.*

*1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes **requisitos**:*

*a) Que encuentre su **justificación** en alguno de los **supuestos** que se relacionan en el **apartado segundo** de este artículo.*

*b) Que se limite a **introducir** las **variaciones** estrictamente **indispensables** para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.*

*2. Los **supuestos** que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla **todos los requisitos** recogidos en el **apartado primero** de este artículo, son los siguientes:*

a) (...)

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

*1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una **Administración diligente no hubiera podido prever.***

*2.º Que la modificación **no altere la naturaleza** global del contrato.*

3.º Que la modificación del contrato implique una **alteración** en su cuantía que **no exceda**, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, **del 50 por ciento de su precio inicial**, IVA excluido.

c) Cuando las **modificaciones no sean sustanciales**. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

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 siguientes**:

1.º 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 habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación **altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista** en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría **más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato**.

3.º Que la modificación **amplíe de forma importante el ámbito del contrato**. (...).”

Este artículo traspone al derecho español la normativa sobre la modificación de contratos contenida en la directiva de referencia, exigiendo para poder modificar un contrato, por contraposición a la resolución del mismo, el cumplimiento de lo indicado en las letras a) y b) del apartado 1; que se varíe lo estrictamente necesario para resolver la causa objetiva acaecida y que esté en, al menos, uno de los tres supuestos que enumera en las siguientes letras del segundo apartado. El supuesto concreto objeto de análisis podría entenderse incluido en la letra b) del segundo apartado.

Esto es, que las modificaciones deriven de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, teniéndose que cumplir adicionalmente las siguientes condiciones:

- Que una Administración diligente no las hubiera podido prever.
- Que no se altere la naturaleza del contrato.
- Que la modificación no exceda del 50 por ciento del precio inicial del contrato.

Procede, por tanto, analizar si las citadas condiciones se dan en el supuesto objeto de este trabajo.

En primer lugar, entendemos que las circunstancias que en parte han determinado la subida del precio de la electricidad como pueden ser la pandemia o guerra de Ucrania eran difícilmente previsibles por una Administración diligente.

En segundo lugar, la modificación en su caso propuesta para incrementar el precio del contrato no altera la naturaleza global del contrato en cuanto al objeto del mismo y las prestaciones a realizar.

Por último, sería necesario exigir que la modificación propuesta no excediera del 50 por ciento del precio inicial del contrato. Condicionado al cumplimiento de esta última condición, no vemos impedimento para poder concluir que, en el caso objeto de análisis, se dan las circunstancias mencionadas y, por tanto, estamos ante el supuesto previsto en la letra b) del apartado segundo del artículo 205, que permitiría modificar el contrato por causas sobrevenidas.

Dada la interpretación literal del artículo 205 que, como se ha visto, establece por un lado requisitos para posibilitar las modificaciones imprevistas y, por otro, enumera tres supuestos que justifican la tramitación de este tipo de modificaciones, siempre que se cumplan los requisitos anteriores, podríamos llegar a pensar que los supuestos establecidos en el apartado 2 del artículo 205 son independientes entre sí, por lo que ante un caso de modificación justificada por circunstancias sobrevenidas (letra b) del segundo apartado del artículo 205), ya estaría justificada la tramitación de una modificación no prevista. No obstante, hemos de plantearnos si aun en el supuesto de que la modificación se derive de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, se puede llevar a cabo una modificación sustancial. Sobre este aspecto se ha pronunciado recientemente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, «TACRC») en el sexto fundamento de derecho de su resolución 436/2022¹¹, en el que ha señalado:

“Sexto. Como declara este Tribunal en la Resolución nº 27/2020, de 9 de enero de 2020 es preciso analizar si con la modificación operada en el objeto del contrato se ha producido una modificación de carácter sustancial, en cuyo caso no podrá llevarse a cabo la modificación aun cuando ésta responda a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en el que tuvo lugar la licitación. El propio art. 205 LCSP ya recoge como primer criterio a tomar en consideración para interpretar cuándo una modificación ha de tener el carácter de esencial, el siguiente: que 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 habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En sintonía con esta argumentación, el TJUE ha señalado en su Sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549/14) lo siguiente:

‘28 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 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

¹¹ Resolución 436/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Sección 1ª). Recurso 298/2022 C.A. Principado de Asturias 17/2022, de 7 de abril de 2022. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2022\138002]. Fecha de última consulta 01/03/2023.

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 (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)’.

‘30 En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, por analogía, la sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, apartado 42). Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las cláusulas del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apartados 37, 40, 60, 68 y 69)’. (...)

No obstante lo anterior, y sin necesidad de entrar a analizar si la evolución en los precios 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 este sentido, se pronuncia la JCCP del Estado, en su recomendación de 10 de diciembre de 2018, explica 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'. Coincide con esta visión, la sentencia 1823/2017, del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre, cuando dice que 'las "modificaciones no previstas" a las que se refiere el artículo 107 reseñado, se ciñen a las "prestaciones" o "actuaciones" objeto del proyecto modificado, y no al precio o coste de tales prestaciones o actuaciones, o en otras palabras, que lo que regula el precepto son modificaciones de las prestaciones que tiene que llevar a cabo el contratista para la Administración y no otra cosa, sin que quepa incluir en este concepto el precio o coste de determinada actuación o prestación prevista no en el proyecto modificado, sino en el proyecto original previo al proyecto modificado'.

No estando prevista en el PCAP la posibilidad de revisión de precios del contrato (cláusula 7.5 'El contrato no será objeto de revisión de precios en cumplimiento de lo establecido en el artículo 103 de la LCSP'), la variación de precios de los proveedores del adjudicatario debe ser asumida por el mismo de conformidad con lo expresado en el artículo 197 de la LCSP, que consagra el principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos. Este principio supone, como explica el Tribunal Supremo en su sentencia 1868/2018, de 20 de julio, que 'en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución'.

En sentido similar, la sentencia 6531/2009, de 27 de octubre, declaró que 'como señalan las Sentencias de 14 de mayo (RJ 2001, 4478) y 22 de noviembre de 2001 (RJ. 2001, 9727), 'el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general 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''''.

De conformidad con los argumentos señalados, **no parece que podamos acudir a la vía de la modificación contractual** para incrementar el precio del contrato y poder así compensar el aumento de costes.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos concluir que el supuesto objeto de nuestro trabajo implica una modificación sustancial y, por tanto, conforme a la normativa actual no podrá ser objeto de tramitación¹². Por ello, a través de la modificación contractual no podremos compensar al contratista de los mayores costes incurridos.

4. EL RIESGO IMPREVISIBLE Y LAS CAUSAS DE FUERZA MAYOR: ¿ES LA SUBIDA DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD UN RIESGO IMPREVISIBLE? ANÁLISIS DEL ARRÊT DE GAZ DE BORDEAUX DE 30 DE MARZO DE 1916, A PARTIR DEL CUAL SE EMPIEZA A APLICAR LA TEORÍA DEL RIESGO IMPREVISIBLE.

Es pacífico que el contratista, al suscribir un contrato con la Administración Pública, lo asume “a riesgo y ventura”, es decir, con carácter general no puede repercutir a la Administración contratante las posibles pérdidas en que incurra. Así queda explicitado en el artículo 197 de la vigente LCSP, que establece que “[l]a ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”. Valga en este sentido la STS, de 27 de octubre de 2009 (recurso 763/2007)¹³, donde se dice:

“como señalan las Sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001, ‘el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra

¹² Artículo 205 de la Ley 9/2017. *Op. cit.* Vid. p. 13 del presente trabajo.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 6531/2009 de 27 de octubre de 2009. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2010\1207]. Fecha de última consulta 11/12/2022.

que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general 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”.*

Así, a pesar de que el citado riesgo y ventura es el principio general que rige en los contratos públicos, hay ciertos límites. Dos de ellos son el riesgo imprevisible y las causas de fuerza mayor, cuya aplicación al caso que nos ocupa analizamos en este epígrafe.

La profesora María Matute Botella establece en uno de sus artículos lo siguiente: “*El origen del riesgo imprevisible se encuentra en el arrêt de Gaz de Bordeaux de 30 de marzo de 1916, en el que se pretendía reclamar a la Administración francesa el incremento de los costes de una concesión que había ocasionado la subida del precio del carbón, aumento que se produjo como consecuencia de la ocupación de la mayor parte de las regiones productoras de carbón de Europa continental durante la 1ª Guerra Mundial. El Consejo de Estado francés consideró que el aumento de los costes de producción del gas era tan alto que superaba los límites máximos que pudieron ser tenidos en cuenta por las partes en el momento de firmar el contrato de concesión y que, al darse esas circunstancias extraordinarias, la economía del contrato se había visto totalmente trastocada sin que se le pudiera exigir a la compañía que garantizara el funcionamiento del servicio en las mismas condiciones de origen*”¹⁴.

¹⁴ Matute Botella, M., “El *factum principis* como técnica de equilibrio económico del contrato administrativo”, 2019, p.7 (disponible en: https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/21789/AFD_36_%282019%29_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 4/11/2022).

Así, se entiende que el **riesgo imprevisible** aparece ante una **desproporcionada subida de los suministros** (en este caso el carbón), completamente **ajena al contratista** (en este caso trae causa de la guerra mundial), **no previsible** en el momento de la firma del contrato y que **altera** completamente el **equilibrio** del mismo, esto es, que excede el riesgo y ventura que el contratista debe asumir para la ejecución del contrato.

Hay numerosas sentencias de nuestros tribunales superiores referentes a la existencia del riesgo imprevisible, como excedente del riesgo y ventura propio del contratista (por todas, STS 1868/2016, 20 de julio de 2016, STSJ de Galicia 328/2019, 11 de junio de 2019 y STS 1290/1990, 19 de enero de 1998), las cuales incluyen como supuestos para la consideración del hecho como riesgo imprevisible:

- La alteración económica extraordinaria, profunda e imprevista.
- La alteración extraordinaria padecida entre la fecha de celebración del contrato y la fecha de su ejecución.
- El desequilibrio importante y significativo no subsumible en el riesgo y ventura.
- La ineficacia de la técnica correspondiente a la revisión de precios.

En el caso que nos ocupa, parece claro que la extraordinaria subida de precio de la energía eléctrica encajaría en el riesgo imprevisible. Es más, nos parece curiosa la similitud con el *arrêt de Gaz de Bordeaux*: carbón frente a luz, guerra mundial contra guerra en Ucrania, etc.

Así, la fuerza mayor tenía tradicionalmente supuestos contemplados en la ley, siendo la discusión doctrinal si se trataba de *numerus apertus* o *numerus clausus*. García de Enterría se inclina por el *numerus apertus*, sin embargo, la jurisprudencia dice lo contrario

limitando la fuerza mayor a los supuestos tasados en la Ley, tal y como podemos ver en las STSS de 15 de Marzo de 2005 y 27 de Octubre de 2009¹⁵.

En el artículo 239 de la vigente LCSP, los supuestos que tienen la consideración de fuerza mayor son los incendios causados por la electricidad atmosférica, los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público¹⁶. Por ello, entendemos que no parece tener encaje en esta figura el objeto del presente trabajo.

Para reforzar esto, conviene recordar que el propio Derecho positivo ha reconocido expresamente que, en los momentos actuales, un número considerable de contratos han visto roto su equilibrio económico-financiero debido a un riesgo imprevisible, aunque, incomprensiblemente, parece que sólo en el caso de los contratos de obras.

En efecto, el Real Decreto-ley 3/2022¹⁷, de 1 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, modificado posteriormente por el Real Decreto-ley 6/2022¹⁸, de 29 de marzo, y por el Real Decreto-ley 11/2022¹⁹, de 25 de junio, prevé un

¹⁵ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, I, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 763.

¹⁶ Ley 9/2017. *Op. cit. Vid.* Artículo 239.2: “2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, 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”.

¹⁷ 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 (BOE 2 de marzo de 2022).

¹⁸ 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 (BOE 30 de marzo de 2022).

¹⁹ Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma (BOE 26 de junio de 2022).

sistema excepcional de revisión de precios de los contratos de obras. Un sistema excepcional que, como tal, se aparta de las previsiones sobre revisión de precios de la LCSP, pero que se fundamenta en la teoría del riesgo imprevisible, como puede apreciarse en su Exposición de Motivos.

La Exposición de Motivos de dicha norma, en efecto, reconoce expresamente que las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia y la guerra en Ucrania han repercutido de una manera directa y significativa en la ejecución de determinados contratos del sector público, pues, tras el descenso experimentado en 2020, los precios de las materias primas han subido con fuerza y de forma extraordinaria en 2021 en el contexto de la recuperación económica, lo que ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras. Añade 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”*.

La Exposición de Motivos también reconoce la **insuficiencia del actual sistema de revisión de precios** para hacer frente al problema, pues *“la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras no es posible afrontarla con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20% de su importe”*.

Por ello, concluye que, *“ante esta circunstancia, notablemente perjudicial para el interés público subyacente en cualquier contrato del sector público”*, se ha considerado oportuno adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional para permitir en estos supuestos una **revisión excepcional de precios**. Esta regulación excepcional, que en su estricta literalidad no resultaría aplicable a los contratos objeto del presente trabajo (pues ni son de obras ni prevén la revisión de precios), resulta relevante, en cualquier caso, por dos razones.

En primer lugar, porque la *ratio legis* que subyace en su regulación para el contrato de obras también está presente en otros contratos públicos en los que también se ha producido “*un incremento extraordinario de sus costes*”, que era “*imprevisible en el momento de la licitación*”, que excede “*del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar*” y que “*altera fuertemente la economía del contrato*”, lo que, si no se subsana mediante el reequilibrio económico, “*resultará notablemente perjudicial para el interés público subyacente*” en el contrato en cuestión, por utilizar las mismas expresiones que la Exposición de Motivos.

Entendemos que no hay una razón jurídica para aplicar las medidas excepcionales de revisión de precios referidas a los contratos de obras y no hacerlo a otros contratos públicos en los que su economía también se ha visto fuertemente alterada como consecuencia del “*alza extraordinaria del conște*” de los medios materiales necesarios para su ejecución.

En segundo lugar, y sobre todo, porque el Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo, demuestra la vigencia de la teoría del riesgo imprevisible en nuestro ordenamiento jurídico y la imperiosa necesidad de aplicarla cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles en el momento de la licitación que produce una grave onerosidad a una de las partes y se altera por completo la economía del contrato. Así, en otro caso, el propio interés público que subyace en todo contrato público se vería gravemente afectado, en particular en un contrato como el que analizamos, en el que se realizan prestaciones esenciales a favor de la ciudadanía.

Por ello, podríamos entender que un encarecimiento tan importante como el del precio de la energía eléctrica es una circunstancia imprevisible y cumple tanto la letra b), esto es, subir la contraprestación por el incremento del precio de este suministro, objetiva y determinada, como la letra a), que remite al apartado segundo en su letra b).

Además, nuestra jurisprudencia²⁰ ha demostrado que, si la revisión de precios es insuficiente por haber circunstancias imprevisibles que conducen a desequilibrios

²⁰ Sentencias de 14 de marzo de 1985, de 20 de diciembre de 1986 (ROJ: 7263/1986) (FD 4), de 4 de febrero de 2014 (rec. 486/2011), de 6 de noviembre de 2015 (rec. 2785/2014), entre otras muchas.

económicos, se puede acudir a la doctrina de riesgo razonablemente imprevisible con el fin de restablecer la estabilidad económica del contrato. Así, sólo en los contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la revisión extraordinaria de precios establecida en el Real Decreto-ley 3/22, se puede atender a otras fórmulas, como la doctrina del riesgo imprevisible. Valga por todas la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 706/2001, de 23 de octubre, que establece *“las técnicas que la Ley de Contratos establece en favor del contratista para preservar el equilibrio financiero del contrato (revisión de precios, riesgo imprevisible, factum principis) matizan el principio de riesgo y ventura y sitúan al contratista de la Administración en una posición distinta a la surgida de las relaciones de Derecho privado (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14-2-1986, de 17-7-1991 y de 29-6-1990). En efecto, la contratación administrativa tiene como finalidad la satisfacción de intereses públicos. El fin público prevalece sobre el objeto del contrato, lo que se traduce tanto en una serie de prerrogativas de la Administración como en unas garantías específicas del contratista administrativo”*.

5. ¿SE PUEDE CONSIDERAR EL NO ABONO DE UN INCREMENTO EVIDENTE DE COSTES UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA? ¿EN QUÉ SUPUESTOS? SI FUERA ASÍ, ¿CÓMO SE RESOLVERÍA?

El enriquecimiento injusto, también conocido como enriquecimiento injustificado o enriquecimiento sin causa, es una creación jurisprudencial cuyo objetivo es, según Nuñez Lagos, *“la interdicción del tránsito de un valor sin causa de un patrimonio a otro”*²¹. El único artículo de nuestro Código Civil que se le puede asimilar es el 1901, que establece que: *“se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa”*.

De este artículo deduce el profesor Lacruz Berdejo que *“cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique, es decir, absolutamente indebida, puede ser reclamada*

²¹ “Enriquecimiento injusto”, guiasjuridicas.laleynext.es, (disponible en: https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMjU3MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAhI9LHTUAAAA=WKE; última consulta 6/2/2023).

por quien la realizó”, que es lo que la doctrina y jurisprudencia vienen manteniendo constantemente²².

En el ámbito del Derecho Administrativo la jurisprudencia reconoce este tipo desde los años sesenta. Probablemente, de la ingente cantidad de sentencias emitidas la de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2012 sea la más completa, de la que extraemos lo siguiente:

*“La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del **enriquecimiento injusto** a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo (...) como **principio general o como supraconcepto**, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, (...) los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, (...). Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, **forma parte, (...) del ordenamiento jurídico (...)**”²³.*

Así, entendemos que el enriquecimiento injusto existe, es de aplicación a las relaciones de los particulares con la Administración Pública y que, además, sus requisitos son los establecidos por la jurisprudencia civil, a saber:

“Una ventaja patrimonial, es decir, el disfrute de una parte del aumento sin justificación en el patrimonio.

Un empobrecimiento comprobable del demandante como consecuencia del mismo acto.

²² “Enriquecimiento injusto”, *Op. cit.*

²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), núm. 5694/2010 de 12 de diciembre de 2012. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2013\770]. Fecha de última consulta 27/12/2022.

Una relación causa-consecuencia entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento de otro.

No debe existir un contrato que avale ese acto ni causa justificada.

No se ha hecho valer el derecho mediante otra acción ni existe una norma que planteé la excepción.

No es necesario que el demandado haya actuado de mala fe, con un acto ilícito o negligencia”²⁴.

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que el enriquecimiento injusto es de carácter subsidiario, esto es, si hay legislación de aplicación prevalece sobre éste, e independiente, en el sentido de no requerir culpa o negligencia para producirse.

En el caso que nos ocupa parece que se genera un enriquecimiento de la Administración paralelo al empobrecimiento del prestador de servicio, y entendemos que no es razonable pensar en una actuación de mala fe, con acto ilícito o negligencia por parte de la Administración. Sin embargo, se aprecian varios problemas a la aplicación de este principio.

En primer lugar, en el supuesto objeto de este trabajo sí existe un contrato, aun cuando su inexistencia es uno de los requerimientos para poder hacer valer la figura del enriquecimiento injusto. Podríamos pensar entonces en su aplicación tan solo a los supuestos de prórroga forzosa o tácita. En el caso de prórroga forzosa, aunque haya un contrato inicial, la prestación del servicio se convierte en obligatoria para el contratista y, por tanto, no refleja la voluntad de las partes, porque el contratista no puede abandonar la prestación del servicio, a pesar de que esa fuera su voluntad.

Por otra parte, el carácter de subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto deriva de que se incluya como requisito para su posible aplicación el que no se haya hecho valer el derecho mediante otra acción, ni que exista una norma que planteé la excepción.

²⁴ “Enriquecimiento injusto: Concepto, Regulación y características”, *Conceptos Jurídicos*, 2021 (disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/enriquecimiento-injusto/>; última consulta 6/2/2023).

Esto hace que consideremos que su aplicación al caso que nos ocupa quede restringida a ciertos supuestos: claramente a los mantenimientos sin contrato (probablemente por vencimiento del vigente sin renovación), al caso de prórroga forzosa (supuesto este en el que, aun cuando hay un contrato, se podría interpretar que la prórroga no obedece a la voluntad de las partes y, por tanto, no es válido (*vid.* artículo 1261 del Código Civil, que establece como elementos esenciales del contrato el objeto, la causa y el consentimiento)) y a los contratos con carácter general en caso de no ejercer la Administración su *ius variandi* modificando el contrato (lo cual es cuando menos discutible).

En cualquier caso, y aun con los limitados supuestos en que entendemos sería de aplicación el enriquecimiento injusto, éste sí creemos sería de aplicación al presente supuesto: se enriquece a una parte, la Administración Pública, empobreciendo a otra, la empresa contratista, sin mala fe o negligencia por ninguna de las partes.

6. DAÑO QUE PUEDE CAUSAR EL *FACTUM PRINCIPIS* Y SU POSIBLE APLICACIÓN A ESTE CASO. ESTUDIO DEL EXPEDIENTE 10/19 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO, RELATIVO A LA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ANTE LA SUBIDA DEL SMI.

Siguiendo a García de Enterría, el *factum principis* o “hecho del príncipe” se refiere a la obligación que tiene la Administración contratante de compensar al contratista cuando, por actuaciones propias, generales y obligatorias, provoca de forma indirecta un desequilibrio del contrato en perjuicio del contratista²⁵.

La Profesora María Matute Botella analiza la aplicación de la figura del *factum principis* en la “*Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1895 (asunto Compañía de Aguas Potables de Cádiz) sobre un contrato de obras de ampliación del puerto de Málaga, cuyo precio había aumentado por la implantación de nuevos aranceles sobre la cal hidráulica que debía emplearse. El Tribunal Supremo se pronunció a favor del contratista, al considerar que se había impuesto un gravamen injustificado e imprevisible que generaba un enriquecimiento en beneficio de la Administración como consecuencia*”

²⁵ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R., *Op. cit.*

de un acto propio alejado de los cambios de mercado y que, por tanto, debía indemnizarse”²⁶.

Sin embargo y, pese a que, siguiendo a la citada profesora, en la distinta legislación que en materia de contratación pública ha tenido este país el *factum principis* ha sido progresivamente contemplado, la vigente legislación tan solo lo contempla expresamente para los contratos de concesión de obras (*vid.* artículo 270.2.b de la LCSP) y concesión de servicios (*vid.* artículo 290.4.b de la LCSP), quedando excluidos los de servicios, sobre los que trata este trabajo²⁷. Adicionalmente, una novedad de la vigente LCSP con respecto a la legislación precedente es que acota el *factum principis* al derivado de la propia Administración adjudicadora²⁸, de modo que en nuestro caso sería de extraordinariamente escasa aplicación, ya que la inmensa mayoría de contratos de servicios con elevado consumo eléctrico son licitados y adjudicados por Administraciones locales o autonómicas cuando, de haber alguna Administración responsable del precio de la luz, ésta sería la Administración General del Estado. Esto se debe a que la competencia en materia de depuración es de las Entidades Locales y/o Autonómicas y, sin embargo, el precio de la electricidad depende de gran cantidad de factores, entre los cuales destacan los que dependen de la Administración General del Estado (inclusión de costes ambientales, fijación de “peajes”, etc.).

Abundando en este tema, resulta interesante analizar el Expediente 10/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que, a su vez, se limita a hacer suyo, y transcribir el previo pronunciamiento de la Abogacía General del Estado²⁹, en su informe referido a la incidencia que tiene la importante subida del salario mínimo interprofesional en los contratos de servicios (caso similar al que nos ocupa).

En primer lugar, descarta que se pueda tratar de un riesgo imprevisible, ya que dentro de las potestades de la Administración se encuentra fijar dicho salario mínimo, y no está acotado o normalizado cómo debe procederse, por lo que considera predecible su

²⁶ Matute Botella, M., *Op. cit.*

²⁷ Ley 9/2017. *Op. cit.*

²⁸ “El reequilibrio económico del contrato público con la Administración”, 2022, (disponible en <https://administrativando.es/el-reequilibrio-economico-del-contrato-publico/>).

²⁹ Informe de la Abogacía General del Estado, núm. 1/2019 de 1 de febrero de 2019. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2019\76098]. Fecha de última consulta 01/13/2023.

variación. Añade que la teoría del riesgo imprevisible tiene su correlato en el derecho privado en la cláusula de *rebus sic stantibus*³⁰.

Esta cláusula, atendiendo a José Antonio Ferrer, abogado especialista en derecho civil, “pretende un restablecimiento del equilibrio de las prestaciones contractuales, esto es, que una parte no se vea más beneficiada que la otra por mantener las condiciones de un contrato que se pactó antes del hecho imprevisible e inevitable”³¹. En cuanto a su aplicación, la STS 1090/2004, de 12 de noviembre, en su quinto fundamento de derecho establece lo siguiente³²:

“En cuanto a la aplicación de la cláusula ‘rebus sic stantibus’, dice la sentencia de 23 de abril de 1991 que ‘la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula ‘rebus sic stantibus’ como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula ‘rebus sic stantibus’ no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el

³⁰ Expediente 10/19, *Op. cit.*

³¹ Ferrer, J.A., “Rebus sic stantibus”, 2022, (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/rebus-sic-stantibus/>).

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), núm. 1090/2004 de 12 de noviembre de 2004. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2004\6900]. Fecha de última consulta 28/02/2023.

desequilibrio de las prestaciones; doctrina que se mantienen en sentencias de 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002, 21 de marzo de 2003 y 22 de abril de 2004' (...).”.

Expone el segundo fundamento de derecho de la STS de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1490) que *“la línea de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada sobre esta materia, relativa a que por la aplicación de la cláusula implícita rebus sic stantibus cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio pacta sunt servanda y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisible (aparte de otras, SSTS de 15 de marzo de 1972 [RJ 1972, 1252] , 19 de abril de 1985 [RJ 1985, 1804], 17 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2725], 6 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6720], 16 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6927], 21 de febrero [RJ 1990, 707] y 10 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9927], 23 de abril de 1991 [RJ 1991, 3023] y 6 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9226])”³³.*

A continuación, el citado Expediente 10/19 analiza si la situación podría encajar en el *factum principis*, para concluir, sin llegar a decir si encaja o no, que, en cualquier caso *“el factum principis no es una potestad o prerrogativa contractual, las consecuencias que se siguen de él no pueden resolverse con arreglo al marco normativo constituido por la legislación sobre contratación pública. Así las cosas, la mayor onerosidad de la relación contractual a que dé lugar el factum principis ha de recibir el tratamiento que resulte del régimen jurídico sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, en definitiva, esa mayor onerosidad que se produce en el seno de la relación contractual por razón del factum principis y respecto de la cual se pretende una compensación o*

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 129/2001 de 20 de febrero de 2001. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2001\1490]. Fecha de última consulta 27/02/2023.

indemnización no deja de ser un perjuicio ocasionado por consecuencia del ejercicio de una potestad jurídico-pública de conformación u ordenación económico-social, ajena, como se ha dicho, a la materia contractual”.

Entiende, por tanto, que la forma de aplicar a una relación contractual de la Administración el *factum principis* sería mediante una reclamación patrimonial, que a continuación desestima, basándose en que no son indemnizables vía responsabilidad patrimonial de la Administración los perjuicios que se ocasionan de carácter general, que afectan a todos los operadores (este es el caso tanto de la subida del salario mínimo como de la luz), apoyándose en el artículo 32.2 de la LRJSP, que es la de que el daño sea “individualizado con relación a una persona o grupo de personas”³⁴.

Así, tanto el Expediente de la Junta Consultiva como el Dictamen de la Abogacía del Estado cierran toda posibilidad de resarcimiento del contratista como consecuencia de la subida del salario mínimo interprofesional, y entiendo que esto sería extrapolable a la subida del precio de la luz.

Sin embargo, esta conclusión no deja de ser, en cierto modo, controvertida, y no debemos olvidar que es la extraída de un Expediente de la Junta Consultiva que se apoya en el citado informe de la Abogacía del Estado, y que esto no es jurisprudencia, sino doctrina administrativa. No hemos localizado sentencias sobre este tema de tribunales superiores, que son las que dan lugar a la jurisprudencia, y esto probablemente se deba al escaso tiempo transcurrido entre la promulgación del RD 1462/2018³⁵, de 21 de diciembre, y la fecha de redacción del presente trabajo, pero no sería extraño un pronunciamiento radicalmente distinto de los tribunales en un futuro. A nuestro entender, vincular el *factum principis* a su no generalidad es equivalente a suprimirlo, ya que el *factum principis* por definición afecta al colectivo, al emanar de la legislación y ser ésta de obligado cumplimiento para todos (*vid.* artículo 9 de la Constitución Española)³⁶. De hecho, la precitada STS de 7 de marzo de 1895 lo reconoce en una tasa que afecta a todos los usuarios de cal hidráulica.

³⁴ Expediente 10/19, *Ibid.*

³⁵ Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019 (BOE 27 de diciembre de 2018).

³⁶ Constitución Española (BOE 29 de Diciembre de 1978). *Vid.* Artículo 9: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...)”.

7. LA POSIBLE PRÓRROGA FORZOSA EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y SU PROBLEMÁTICA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Es importante el análisis del artículo 29 de la vigente LCSP, que trata sobre los plazos de duración de los contratos y sus posibles prórrogas forzosas. Este artículo regula la previsión de duración de los distintos tipos de contratos y su traslación a los pliegos que rigen en las pertinentes licitaciones y, en lo que respecta al presente trabajo, inciden con importancia el apartado segundo y parcialmente el cuarto.

Transcribimos a continuación el segundo apartado del citado artículo:

“2. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes. La prórroga del contrato establecida en este apartado no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 198.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses”.

En lo que se refiere al apartado 2, se indica que los pliegos podrán prever prórrogas que serán, a criterio de la Administración contratante y salvando algunas formalidades, de obligado cumplimiento para el contratista en las mismas condiciones que tenía el contrato original. Así, nos podemos encontrar con un servicio ruinoso por la subida de los

suministros que, además, la Administración decide prorrogar (y tiene derecho a ello), lo cual agrava las pérdidas del contratista.

En este caso, y como se ha expuesto con anterioridad, entendemos que se produce un enriquecimiento injusto de la Administración, ya que de alguna manera se soslaya la existencia de contrato, como acuerdo de voluntades, al ser una prórroga forzosa del anterior.

Respecto del apartado 4 del artículo 29, éste establece lo siguiente:

“4. (...). 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 periodo 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 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”.

Este apartado reviste, a nuestro juicio, mayor importancia. En él se indica que, si al vencimiento de un contrato cuya prestación no debe ser interrumpida por razones de interés público y, partiendo de una serie de supuestos, el contrato se podrá prorrogar forzosamente un máximo de nueve meses. Han de hacerse a continuación una serie de precisiones:

Las razones de interés público que motivan la ininterrumpibilidad de un contrato tienen carácter difuso, casi son discrecionales por parte de la Administración. Podríamos entender que se trata de servicios esenciales los regulados como de obligatoria prestación

por las Administraciones Locales en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local³⁷, pero esto no deja de ser una opinión no refrendada por la legislación, por la jurisprudencia, ni por la doctrina. En términos reales son esenciales los servicios que la Administración contratante considera que son esenciales.

El requerimiento de que la prórroga obedezca a acontecimientos imprevisibles es de difícil concreción. ¿Cómo de imprevisible es que se interponga un recurso en un procedimiento? Así, entendemos que, en términos reales, la “imprevisibilidad” queda sujeta, nuevamente, al criterio de la Administración actuante.

El tope de nueve meses en la prórroga es, una vez más, una limitación de difícil justificación. Por una parte, ¿qué pasa si pasados nueve meses no hay contratista adjudicado?

Sí parece claro que las condiciones de la prórroga serán las del contrato original, esto es, se abonarán los mismos precios³⁸, lo cual, evidentemente, agrava aún más la situación del contratista.

Es cierto que esta regulación legal ha venido a regular algo que se venía produciendo, pero no estaba regulado, esto es, la prórroga forzosa de los contratos, que ha dado lugar a importante litigiosidad (con la regulación anterior) que, además, históricamente ha entendido que el contrato debía ser forzosamente prorrogado y a los mismos precios. En cualquier caso, la regulación introducida ni arregla el problema de los precios ni da plazo suficiente para asegurar la entrada en servicio de un nuevo licitador (ya que, discurridos nueve meses, es posible que no se ha ya fallado el concurso).

A nuestro criterio, en esta ocasión nos encontramos ante un supuesto de enriquecimiento injusto de la Administración. La prórroga forzosa no es un contrato, sino una imposición derivada de la legislación a quien tuvo un contrato. Entendemos que en cualquier caso es discutible que los precios deban ser los del contrato ya extinguido; pero ante tan notables subidas en los precios de los suministros, es evidente la aplicación de esta figura.

³⁷ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE 3 de Abril de 1985).

³⁸ *Vid.* artículo 29.4 LCSP: “*sin modificar las restantes condiciones del contrato*”.

8. LAS POSIBILIDADES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS POR ALTERACIONES GRAVES DE LOS PRECIOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Establece el artículo 189 de la LCSP que “[l]os contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas”, por lo que parece claro que los contratos se firman para cumplirlos. A pesar de ello, esto no es óbice para que existan causas de resolución de los mismos tasadas en la propia LCSP. Éstas quedan recogidas en el primer apartado del artículo 211, que desglosamos y analizamos a continuación.

Las causas expuestas en el primer apartado, letras a) y b) obedecen a la incapacidad del contratista para realizar lo contratado y, por tanto, no son de aplicación al presente trabajo:

“a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista (...).

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”.

Por otro lado, las expuestas en el primer apartado, letras d), f) e i) se refieren a incumplimientos del contratista, y las de la letra e) a incumplimientos de la Administración, por lo que también son improcedentes para el presente trabajo.

“d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. (...)

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general. (...)

i) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato”.

La letra h), que se refiere a “[l]as que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley”, no es de aplicación por no haber en la LCSP ninguna especificidad a mayores como causa de resolución.

Por tanto, tan solo podrían ser de aplicación la c) y la g), que pasamos a analizar a continuación.

La letra c) contempla la resolución de mutuo acuerdo “entre la Administración y el contratista”, lo cual parece de poca aplicación al caso que se está estudiando, ya que la comprensión de la problemática por parte de la Administración contratante no implica un deseo de incrementar sus costes y menos aún de rescindir un contrato que desarrolla un servicio, en ocasiones esencial, que habrá de volver, probablemente, a licitar y que, con certeza, adjudicará más caro.

Mayor importancia tiene la letra g), que contempla la **resolución por imposibilidad de aplicar los artículos 204 o 205 para la modificación, o cuando de ellos se obtenga una modificación superior al 20 por ciento del importe del contrato:**

“g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más

o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”³⁹.

En el apartado tres del presente trabajo se ha tratado esta modificación en profundidad, concluyéndose que, el presente supuesto no entra en la cabida de los tipos de modificaciones recogidos en la LCSP. Por tanto, y como hemos analizado anteriormente, de acuerdo con el artículo 211 LCSP procedería resolver (no modificar) el contrato si al contratista le es imposible ejecutar la prestación con los costes actuales.

9. LAS CONSECUENCIAS DE NO RECONOCER EN LOS PRECIOS LA SUBIDA DE LA ENERGÍA

Parece lógico que la subida desproporcionada del coste de un suministro en un servicio en el que tiene un elevado peso específico condiciona la rentabilidad del contrato. Es más discutible si el efecto consiste tan solo en reducir la rentabilidad del contratista o directamente lleva el contrato a pérdidas (rentabilidad negativa), lo cual será función de numerosos factores (rentabilidad previa del contrato, peso específico del suministro eléctrico sobre este, evolución de los precios de las distintas partidas del contrato...), y esto dará lugar a un abanico de situaciones distintas que exceden el alcance del presente trabajo.

Centrándonos en los contratos que, por esta causa, pasen a incurrir en pérdidas, cabe hacer una serie de reflexiones:

En primer lugar, ¿es lícito que la Administración aboque a una persona física o jurídica a incurrir en pérdidas?

Esta cuestión está completamente vinculada a los ya estudiados casos de *factum principis* y enriquecimiento injusto, que nos pueden llevar a pensar en la ilicitud de esa actitud.

En segundo lugar, ¿qué ocurre si estas pérdidas abocan a la no continuidad de la empresa?

³⁹ Ley 9/2017, *Ibid.*

Esta cuestión es más compleja: llevar a una sociedad a una situación que pueda desembocar en concurso de acreedores, aun cuando se pudiera pensar que tan solo afecta a sus accionistas, no es conveniente para la Administración, porque puede encontrarse con impagos (a ella misma y a otras empresas, que puede desencadenar el siempre temido efecto dominó). Por ejemplo, pueden existir empleados de la misma que pasan a situación de desempleo, con su consiguiente coste para las arcas públicas, etc.

En tercer y último lugar, ¿qué impacto tendría en la Administración la asunción de esas pérdidas?

Por una parte, el servicio prestado se encarecería para la Administración (la misma prestación le cuesta más dinero), lo que es aparentemente cierto y del todo inmediato (paga más). Sin embargo, hay importantes matices a lo expuesto, ya que nunca llegaría a pagar la totalidad del sobrecoste (piénsese en el término fijo de las fórmulas de revisión de precios) y, por otra, en un futuro tendría que afrontar el coste real (los contratos acaban y hay que licitarlos nuevamente). Además, en caso de producirse la asunción de las pérdidas por parte de la Administración, los contratistas actuarán con menor cautela de cara a una nueva licitación que en el caso de no haber obtenido esta compensación, pudiendo hacer ofertas más competitivas.

10. CONCLUSIÓN

La importante subida del precio de la electricidad ha tenido gran impacto en los costes a soportar en los contratos de servicios vigentes y, a través del presente trabajo de fin de grado se ha intentado analizar esta problemática, junto con sus posibles soluciones.

Tras haber estudiado diferentes figuras jurídicas como el *factum principis*, las fórmulas de revisión de precios, la modificación de los contratos, el concepto de riesgo imprevisible o el enriquecimiento injusto, hemos de concluir que, a día de hoy, no sería posible solucionar la problemática expuesta a través de la modificación del contrato inicial, principalmente por ser el precio un elemento esencial del contrato. Así, la compensación del contratista de los mayores costes incurridos no se puede llevar a cabo a través de una modificación contractual, lo que nos llevaría a tener que resolver el contrato e iniciar un nuevo procedimiento de licitación.

Otra posible solución, invocando el enriquecimiento injusto de la Administración que se deriva de la situación planteada, la encontramos en instar una reclamación patrimonial ante la misma con objeto de que el contratista obtenga una compensación.

11. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española (BOE 29 de Diciembre de 1978).

Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos para el año 1971 (BOE 29 de Diciembre de 1970).

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (BOE 28 de Marzo de 2014).

Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (BOE 31 de Marzo de 2015).

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE 3 de Abril de 1985).

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de Noviembre de 2017).

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 (BOE 26 de Octubre de 2011).

Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019 (BOE 27 de diciembre de 2018).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de Julio de 1889).

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 16 de Noviembre de 2011).

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 (BOE 2 de marzo de 2022).

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 (BOE 30 de marzo de 2022).

Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma (BOE 26 de junio de 2022).

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), núm. 1090/2004 de 12 de noviembre de 2004. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2004\6900]. Fecha de última consulta 28/02/2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 129/2001 de 20 de febrero de 2001. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2001\1490]. Fecha de última consulta 27/02/2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 6531/2009 de 27 de octubre de 2009. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2010\1207]. Fecha de última consulta 11/12/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), núm. 5694/2010 de 12 de diciembre de 2012. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2013\770]. Fecha de última consulta 27/12/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1895 (asunto Compañía de Aguas Potables de Cádiz) [*non vidi*].

3. OBRAS DOCTRINALES

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, I, 5ª ed., *Civitas*, Madrid, 1992.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, I, 20ª ed., *Dykinson*, Madrid, 2020.

Matute Botella, M., “El *factum principis* como técnica de equilibrio económico del contrato administrativo”, 2019, p.7 (disponible en: https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/21789/AFD_36_%282019%29_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 4/11/2022).

4. OTROS DOCUMENTOS

Expediente 10/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Informe de la Abogacía General del Estado, núm. 1/2019 de 1 de febrero de 2019. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2019\76098]. Fecha de última consulta 01/13/2023.

Resolución 436/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Sección 1ª). Recurso 298/2022 C.A. Principado de Asturias 17/2022, de 7 de abril de 2022. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2022\138002]. Fecha de última consulta 01/03/2023.

5. RECURSOS DE INTERNET

Albadalejo Ruiz, A., & Trapote Jaume, A., “Influencia de las tarifas eléctricas en los costes de operación y mantenimiento de las depuradoras de aguas residuales”, 2013, (disponible en: https://tecnoaqua.test-overalia.com/descargar_documento/articulo-tecnico-tarifas-electricas-costes-mantenimiento-edar-tecnoaqua-es.pdf, última consulta 10/12/2022).

“El reequilibrio económico del contrato público con la Administración”, 2022, (disponible en <https://administrativando.es/el-reequilibrio-economico-del-contrato-publico/>).

“Enriquecimiento injusto: Concepto, Regulación y características”, *Conceptos Jurídicos*, 2021 (disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/enriquecimiento-injusto/>; última consulta 6/2/2023).

“Enriquecimiento injusto”, *guiasjuridicas.laleynext.es*, (disponible en: https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjU3MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAhI9LHTUAAAA=WKE; última consulta 6/2/2023).

Fernández, R., “Precio medio final anual de la electricidad en España de 2010 a 2022 (en euros por megavatio-hora)”, 2022 (disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/993787/precio-medio-final-de-la-electricidad-en-espana/>; última consulta 20/11/2022).

Fernández, R., “Variación de la media anual del índice de precios de consumo (IPC) en España de 2005 a 2021”, 2022 (disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/476953/tasa-de-inflacion-anual-en-espana/>; última consulta 29/11/2022).

Ferrer, J.A., “Rebus sic stantibus”, 2022, (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/rebus-sic-stantibus/>).