

Mirta García Rosa¹
Técnica de auditoría
Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.
Secretaría de Administración Local

Restablecimiento del equilibrio económico del contrato: el *factum principis*

RESUMEN/ABSTRACT:

Durante la ejecución de un contrato pueden acaecer sucesos o circunstancias que alteren las condiciones establecidas en el momento de su perfección. El principio general de la contratación pública en virtud del cual los contratos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista debe ser matizado cuando se produzca un desequilibrio económico producido por el ejercicio del *ius variandi*, riesgo imprevisible o supuestos de *factum principis*. Este trabajo se centra en este último y propone unas pautas a seguir de cara a su correcta identificación, sugiriendo las comprobaciones que deben realizarse en las fiscalizaciones de cumplimiento de legalidad.

During the execution of a contract there may be events or circumstances that alter the conditions established at the time of its perfection. The general principle of public procurement under which contracts must be executed at the risk and liability of the contractor must be qualified when there is an economic imbalance caused by the exercise of the *ius variandi*, unpredictable risk or assumptions of *factum principis*. This work focuses on the latter and proposes guidelines to follow in order to identify them correctly, suggesting the verifications that must be made in the compliance audits of legality.

FACTUM PRINCIPIS, EQUILIBRIO ECONÓMICO, EJECUCIÓN, CONCESIÓN, SERVICIOS
FACTUM PRINCIPIS, ECONOMIC BALANCE, EXECUTION, CONCESSION, SERVICES

¹La autora agradece a Manuel Fueyo Bros su inestimable ayuda en la confección del gráfico (Figura 1)

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

1.- INTRODUCCIÓN

Frente a la revisión de precios que es la fórmula común articulada por nuestro ordenamiento jurídico para calcular a priori los posibles riesgos que pudieran acaecer en la ejecución del contrato y prever los mecanismos para paliarlos, las técnicas especiales de restablecimiento financiero surgen como medidas correctoras para hacer frente a desequilibrios económicos no previstos. Ante cambios sobrevenidos en la prestación que traen causa de la acción de la Administración (*ius variandi*), o por circunstancias ajenas e imprevisibles para ambos contratantes (*factum principis* y riesgo imprevisible) se articulan los medios para su reequilibrio.

La regulación de los supuestos en los que la Administración viene obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión de servicios se encuentra recogida en el artículo 290.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que, como veremos más adelante, ha sufrido una profunda transformación respecto a la redacción anterior.

El Tribunal de Cuentas² en su informe de fiscalización de las incidencias producidas durante el año 2012 en la ejecución de los contratos celebrados por las entidades locales de las comunidades autónomas sin órgano de control externo, detectó en varios de los contratos analizados irregularidades en el restablecimiento del equilibrio económico-financiero por una incorrecta aplicación, “al no combinarse esta técnica con el principio de riesgo y ventura, que requiere que la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público no se convierta en una garantía de los intereses del concesionario”.

De nada sirve, como dice Lago Núñez (2012), “la valoración efectuada para la determinación de la oferta más ventajosa, ya sea los criterios de plazo o precio, si luego no se respetan los tiempos o se modifica el precio”. Autores como Palacín Sáenz (2016) o Campos Acuña (2018) advierten sobre la tendencia a que la atención del gestor (y del órgano de control, podríamos añadir) se centre en la licitación “(...) pero una vez adjudicado, aparcamos el contrato, lo entregamos al adjudicatario y no volvemos a preocuparnos del mismo hasta su liquidación”. Por ello el legislador, como apunta Badal Ortiz (2018), ha querido cambiar la práctica del sector público, exigiendo la existencia del responsable del contrato, que debe velar por su correcta ejecución.

La incorrecta aplicación de las técnicas especiales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, tiene consecuencias legales y de eficiencia para los recur-

sos públicos al mismo nivel que las que puedan detectarse en las otras fases de la contratación. Sin embargo, nuestra contratación pública le ha dado siempre más importancia a estas fases que a la de ejecución lo que, siguiendo el símil utilizado por Palacín Sáenz (2016), “ha supuesto el alumbramiento de un vehículo muy potente pero ingobernable”.

2.- EL *FACTUM PRINCIPIS* COMO INSTRUMENTO PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.

A pesar de que en la ejecución de los contratos rige el principio de riesgo y ventura del contratista, dicho postulado no significa que éste deba asumir todas las alteraciones del precio del contrato. Atendiendo a consolidada doctrina del Tribunal Supremo, el riesgo que asume el contratista no incluye alteraciones derivadas del ejercicio del *ius variandi*, supuestos de fuerza mayor y otras técnicas como revisión de precios, el riesgo imprevisible y el *factum principis* que matizan dicho riesgo situando al contratista en una posición distinta a la surgida de las relaciones de Derecho Privado³.

Aunque presentan caracteres comunes, a diferencia del riesgo imprevisible y el *factum principis*, el *ius variandi* se enmarca dentro de la relación contractual, mientras que aquellos tienen su origen en acontecimientos imprevistos externos que se producen al margen del contrato administrativo al que afectan y que se producen con posterioridad a su adjudicación, siendo además inimputables a las partes.

El llamado *factum principis* o “hecho del príncipe”, previsto en el apartado b) del artículo 290.4 LCSP, se produce por una decisión de la Administración derivada de una decisión voluntaria, al margen de la relación contractual pero que, aunque no lo persigue, altera indirectamente las condiciones de ejecución del contrato haciéndolo más gravoso para el contratista y por tanto, produciéndose una alteración de su equilibrio económico.

El concepto del *factum principis* se encuentra recogido en numerosos Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁴ y dictámenes del Consejo de Estado⁵ de los que se desprende que la medida ha de ser imputable a decisiones administrativas que condicionan el régimen económico de la explotación, debiendo existir, en todo caso, relación de causalidad entre la medida y el perjuicio, mayor onerosidad del contrato y ausencia de culpa del contratista.

La doctrina se ha planteado si pueden ser reconducidos a la institución del *factum principis* las medidas

² Informe del TCU núm. 1.022 aprobado en Pleno en sesión de 30 de enero de 2014.

³ En este sentido, STSJ de Castilla-La Mancha 706/2001, de 23 de octubre (JUR 2002,17117).

⁴ Informes 7/03, de 22 de diciembre y 61/08, de 31 de marzo de 2009.

⁵ Por todos, el Dictamen 31/92.

de carácter legislativo (y no solo por decisiones administrativas o disposiciones de carácter reglamentario) y aquellas adoptadas por una administración distinta a la adjudicataria. Respecto a esta última, aunque la doctrina no es pacífica⁶, entendemos que sí puede hablarse de *factum principis* cuando estamos ante la medida adoptada tanto por la propia administración que es parte en el contrato, como otra distinta a esta, puesto que lo relevante para la economía del contrato no es de quién procede la medida, sino que se trate de una autoridad suficiente para imponerse en su ejecución. En este sentido, el Tribunal Supremo estimó la concurrencia del *factum principis* y el derecho del adjudicatario del servicio de ambulancia del INSALUD a ser resarcido cuando, como consecuencia del incremento del precio del combustible aprobado por el Ministerio de Hacienda, el equilibrio del contrato se rompió (SSTS de 20 de noviembre y 2 de diciembre de 1985, RJ 1985, 5566 y 6511, respectivamente).

También consideramos que el *factum principis* podría aplicarse cuando estamos ante una medida derivada de una decisión legislativa. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009, reconoce el derecho del contratista a que se restablezca el equilibrio económico del contrato por los mayores costes que debe asumir como consecuencia de la adaptación de la planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos a nuevos requisitos técnicos exigidos en una norma legal aprobada con posterioridad a la adjudicación del contrato. Otro ejemplo más común es el del incremento del coste de la prestación como consecuencia de la subida del IVA. El Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, en su Dictamen 279/2012, de 21 de noviembre, consideró que “El incremento del IVA es una medida adoptada por el Estado que, sin pretenderlo, ha incidido en el régimen económico del contrato haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. Resulta así de aplicación la teoría del *factum principis*, entendida por la doctrina como técnica de garantía del equilibrio financiero del contrato (...)”⁷.

Los aspectos que debemos tener presentes a los efectos de verificar el cumplimiento de la legalidad aplicable son los siguientes:

- Debe tratarse de medidas generales e imperativas. No son medidas dictadas por la Administración en calidad de poder adjudicador sino en ejercicio de su capacidad para dictar normas.
- La medida debe ser imprevisible para el contratista. En este sentido, la Junta Consultiva de

Contratación Pública del Estado, en una reciente Recomendación de 10 de diciembre de 2018, consideró que, ni en caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato, ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable, justifican la modificación del contrato, al no ser considerados riesgos imprevisibles para el contratista. En otro caso, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 51 de 4 de septiembre de 2014, admitió la validez de una cláusula de los Pliegos de Prescripciones Técnicas que delimitaba los costes que podrían ser invocados por el contratista para alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato, excluyendo expresamente aumentos tributarios, variaciones de los tipos de interés de la financiación, normativas laborales o revisiones laborales pactadas en convenios colectivos de aplicación.

- Debe acreditarse la relación de causalidad entre la medida y el perjuicio, que debe ser inimputable al contratista.
- Puede tratarse de disposiciones administrativas, de carácter general o con rango legal. Así, la JCCA en el mencionado Informe 61/2008, de 31 de marzo de 2009, apreció un claro ejemplo de *factum principis* en la medida impuesta al contratista por el ayuntamiento adjudicador que obligaba obtener una autorización para la actividad cuya obtención es exigida *ex novo* en virtud de lo dispuesto en una nueva norma con rango legal de la comunidad autónoma y de la que se deriva la obligatoriedad de realizar obras de adaptación en una planta de residuos sólidos urbanos de elevado importe respecto al volumen económico total de la concesión.
- Las medidas pueden ser acordadas tanto por la propia Administración contratante como por otra distinta. Aunque, como veremos más adelante, las consecuencias no serán las mismas. La JCCA en su informe 73/11, de 1 de marzo de 2012, recomendaba que “cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato...” se fijaran en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) “...las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de

⁶ Puede leerse una postura en contra de la defendida en este trabajo en la obra de Fernández García, J.F., (2014) y a favor Horgué Baena, C. (1997).

⁷ En contra de esta postura encontramos el Informe 8/2013, de 10 de abril, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón.



las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior al de la ejecución del contrato”.

- La medida que ha de ser de índole económica, debe repercutir en la prestación, haciendo su ejecución más costosa para el contratista.
- Las consecuencias de la apreciación del *factum principis* no serán necesariamente la indemnización al contratista. Mención especial requiere el supuesto planteado en un informe reciente de la Abogacía del Estado⁸ en el que se encuadra dentro de la figura del *factum principis* la mayor onerosidad sobrevenida en un contrato de servicios como consecuencia del incremento del salario mínimo interprofesional (SMI) acaecido con carácter general como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 1462/2018, de 29 de diciembre y cuya aplicación suponía para el citado contrato un incremento del 25% del coste respecto al ejercicio precedente. El informe expone como, siendo el *factum principis* una técnica de garantía de equilibrio económico del contrato, ello no tiene porqué implicar en todo caso medidas de ordenación económica de las que surja la obligación de indemnizar o compensar la mayor onerosidad de la relación contractual. Y así, la Abogacía del Estado concluye la inexistencia de derecho a la compensación del contratista al considerar que esta mayor onerosidad ha de recibir el tratamiento que resulte del régimen jurí-

dico sobre responsabilidad patrimonial (arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), considerando que la elevación del salario mínimo interprofesional no puede calificarse de perjuicio antijurídico (entendido como aquél que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar), ya que en estos supuestos de funcionamiento normal del servicio público el canon de antijuridicidad está constituido por el carácter singular o general del perjuicio, siendo ésta una medida claramente no individualizada.

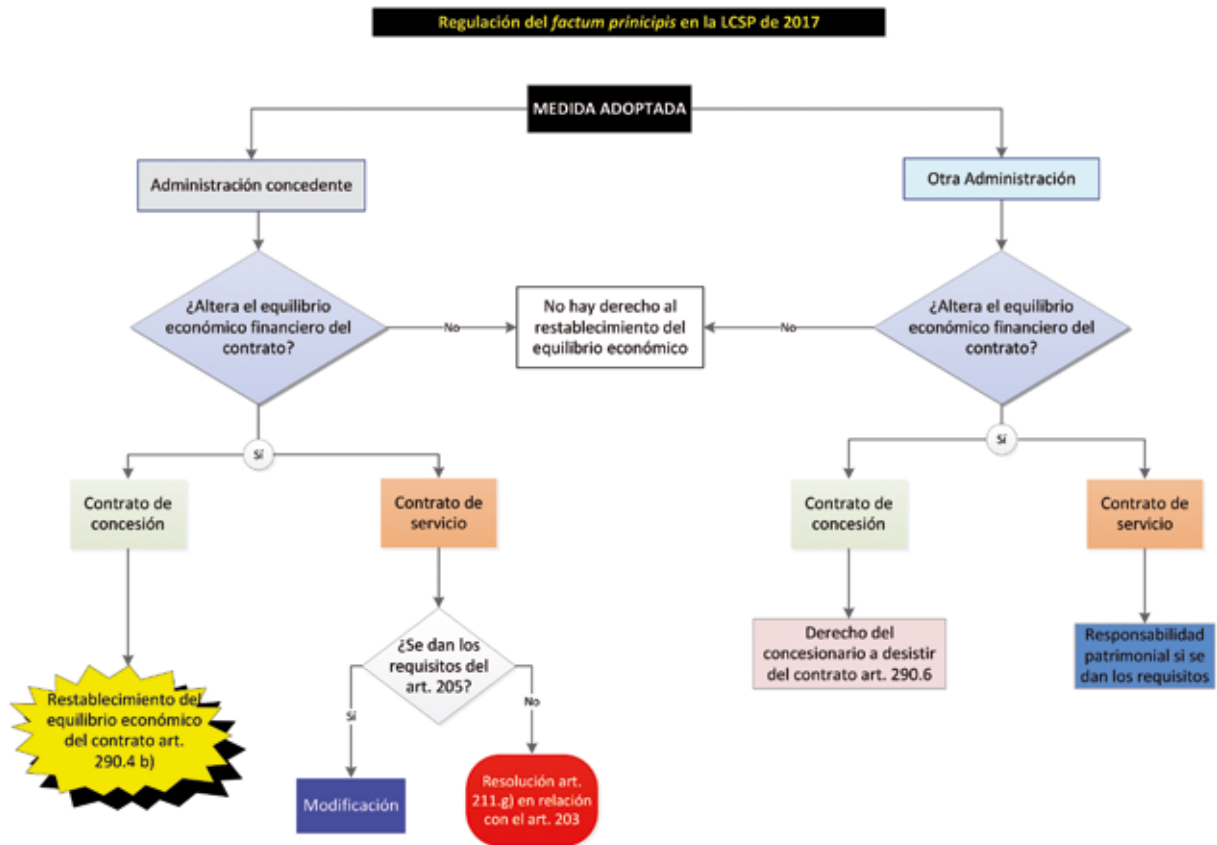
3.- EL *FACTUM PRINCIPIS* EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EN EL CONTRATO DE SERVICIOS TRAS LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017.

Las referencias a esta figura en nuestra legislación de contratos no son expresas, aunque sí existen algunos preceptos que la recogen dentro de la regulación de la modificación contractual y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

En el siguiente cuadro hemos querido recoger, de manera esquemática, la regulación de esta figura en relación a los dos contratos cuyo objeto es la gestión de los servicios públicos, dado que tras la entrada en vigor de la nueva LCSP el objeto del contrato de servicios también puede ser la gestión, siendo el elemento diferenciador de ambas figuras no ya la prestación sino la transferencia o no del riesgo operacional.

⁸ Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado: Ref. A.G. Economía, Industria y Competitividad 1/2019 (R-33719).

Figura 1. Regulación del *factum principis* en la LCSP 2017



Fuente: Elaboración propia.

Como se aprecia en la figura anterior, las consecuencias serán diferentes si la medida procede de misma administración contratante o de otra administración distinta.

Por un lado, para el contrato de concesión de servicios, por aplicación del artículo 290.4 b) LCPS, las actuaciones de la administración concedente que por su carácter obligatorio para el contratista determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato, darán lugar al restablecimiento del equilibrio económico del mismo en beneficio de la parte que corresponda.

Por otra parte, la aprobación de una disposición de carácter general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato, que comporte un incremento extraordinario del coste de la prestación o la introducción de lo que se ha venido a llamar la “cláusula de progreso” en el contrato, dará lugar al derecho del concesionario de desistir de la prestación del servicio en aplicación de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 29 de la LCSP.

Este derecho a desistir del concesionario fue introducido en el proceso de debate del proyecto de la ley, creando una figura nueva. El legislador de 2017 rompe así una tradición inherente al contrato de concesión de servicios, que es el de la garantía de la continuidad de la prestación, máxime cuando hablamos de servicios públicos esenciales que gozan de un régimen jurídico reforzado.

Lo que caracteriza a este supuesto del desistimiento es que no existirá ni derecho a recibir indemnización alguna ni obligación de compensar a la administración por la renuncia anticipada. De este modo se modula el riesgo operacional y los límites al reequilibrio económico. De hecho, aunque la decisión de desistir es un derecho del contratista, se configura en sus efectos como una resolución acordada por ambas partes en el que el contratista cuenta con que, si se dan las circunstancias descritas, podrá abandonar un negocio que ha resultado ruinoso sin sufrir penalización alguna y la administración, por su parte, evitará

que el servicio se preste de forma deficiente en perjuicio de los usuarios.

En opinión de Huevo Lora (2018) este derecho de desistimiento “ (...) que parece pensado sobre todo para descartar pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero, se antoja un punto débil del nuevo sistema, porque vuelve a colocar sobre los hombros del concesionario un riesgo difícilmente asumible sin compensación, sobre todo en vísperas, como parece que nos encontramos, de cambios tecnológicos que pueden alterar la economía de numerosas concesiones (como, sin ir más lejos, la electrificación y robotización del transporte por carretera).”

Este nuevo derecho del contratista tiene, sin embargo, sus límites dado que para poder desistir de la prestación del contrato su ejecución debe devenir extraordinariamente onerosa, concepto jurídico indeterminado que el propio precepto (art. 290 LCSP) se ocupa de precisar.

Además, las circunstancias que pueden justificar esta extraordinaria onerosidad están limitadas a dos supuestos distintos:

- La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato, que comporte un incremento extraordinario del coste de la prestación.
- Introducción de la “clausula de progreso”, es decir, la obligación del concesionario de incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Por otro lado, cuando estemos ante un contrato de servicios, las consecuencias de la adopción de una medida por la misma administración contratante que pueda ser calificada como *factum principis* no serán las mismas. La regulación de este tipo contractual, que carece de una disposición específica en materia de modificaciones, nos remite a las normas generales para la modificación de los contratos recogidas en los artículos 203 y ss. de la LCSP. De esta manera, en caso de darse los requisitos previstos en el artículo 205 se procederá a la modificación del contrato, de lo contrario la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados dará lugar a la resolución del mismo y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en aplicación de los artículos 211.g) y 203.2 de la LCSP.

En el caso de que la medida surja de una administración distinta no cabe acudir al *ius variandi*, pero en este caso, dada la falta de regulación específica, no está previsto el derecho a desistir por lo que al contratista solo le cabe acudir a la solicitud de una indemnización por responsabilidad patrimonial para el caso de que se den los requisitos previstos en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que, como hemos visto en el mencionado Informe de la Abogacía del Estado sobre el incremento del SMI, no siempre da lugar a una compensación.

4.- CONCLUSIONES

Para terminar resumimos los aspectos que debemos tener en cuenta ante el *factum principis* a los efectos de la verificación del cumplimiento de la legalidad aplicable:

- La correcta calificación del contrato a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable. Para ello, deberá comprobarse, principalmente en la fiscalización de los PCAP pero también en el seguimiento de su ejecución, que el contrato calificado de concesión no enmascara técnicas que trasladan a la Administración el riesgo económico consustancial a la explotación del servicio.
- La aplicación de cualesquiera técnicas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato debe interpretarse de forma conjunta con el principio de riesgo y ventura presente en todo tipo de contratos y con el riesgo operacional que necesariamente recae en el contratista en las concesiones.
- Al tratarse de medidas excepcionales debe comprobarse que no tienen en el contrato un tratamiento de garantía ordinaria de los intereses del concesionario.
- La calificación de una medida administrativa como *factum principis* requiere la verificación de los siguientes extremos:
 - General, imperativa e imprevisible.
 - Debe existir relación de causalidad entre la medida y el perjuicio y ser inimputable al contratista.
 - Puede tratarse de una disposición administrativa, de carácter general o de rango legal.
 - Acordada por la propia administración contratante o por otra distinta.
 - Debe implicar una mayor onerosidad para el contratista.

BIBLIOGRAFÍA

Badal Ortiz, G.G. “El responsable del contrato”, *Auditoría Pública*, nº 72 (2018), pp. 99-106.

Campos Acuña, C. <http://concepcioncampos.org/quien-responde-de-la-ejecucion-del-contrato-tras-la-lcsp/> (29 de junio de 2018).

Fernández García, J.F., “Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos”, *REDA*, núm. 163, 2014, pp. 161-163.

Horgué Baena, C., “La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Huergo Lora, A., *Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, marzo 2018.

Lago Núñez, G. “La Ejecución de los contratos públicos”. *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 120, Sección Reflexiones, del 1 Jun. al 31 Jul. 2012, pág. 64, Editorial LA LEY.

Palacín Sáenz, B. “La supervisión de la ejecución de los contratos. en especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿potencia sin control?” *Gabilex* nº 7, Septiembre de 2016, p.20.

Vázquez Lacunza, E., *El equilibrio económico del contrato de servicios como garantía de su correcta ejecución*, Directora Isabel Gallego Córcoles, Tesis doctoral, Universidad de Castilla La Mancha, Julio 2015, Toledo.