Fuerza mayor, *factum principis* y COVID

Carlos Morales

Director en el Departamento de Derecho público y regulatorio de Andersen

Este artículo recoge un estudio de los conceptos civiles y administrativos de fuerza mayor y *factum principis* a partir de la jurisprudencia civil y administrativa así como de la evolución histórica de la normativa de contratación. Se estudian sus características, límites, diferencias, efectos y ámbitos de aplicación. Tras este ejercicio, se analiza la regulación de emergencia que en materia de contratación ha sido adoptada por el Gobierno de la Nación a consecuencia de la crisis del COVID-19.

I. Introducción

¿El COVID-19 es una causa de fuerza mayor? A día de hoy, pocos parecen dudarlo a pesar de la confusión legislativa. De una semana para otra, de forma impredecible y con una virulencia nunca antes conocida, nuestra vida cambió de forma repentina y con ella, el transcurrir de nuestras relaciones…también con la Administración.

El Estado ha intervenido como nunca antes lo había hecho. El Gobierno de la Nación declaró el Estado de alarma (prorrogado en sucesivas ocasiones previa autorización del Congreso de los Diputados), centralizó la toma de decisiones limitando la capacidad de autogobierno de las Comunidades Autónomas, restringió la libertad de movimientos y con ello el ejercicio de otros derechos fundamentales (reunión, manifestación o libertad religiosa), ordenó la incautación de bienes e instalaciones e intervino los precios de productos sanitarios, entre otras muchas medidas. El Estado ha desplegado todas las atribuciones de las que constitucionalmente dispone ante una situación de fuerza mayor virulenta e incontrolable.

En el ámbito de la contratación, la fuerza mayor tiene eficacia exonerante en las relaciones contractuales y extracontractuales (art. 1.105 CC, LA LEY 1/1889). Además, en el ámbito de las relaciones contractuales públicas se erige, en ciertas ocasiones, como un supuesto de quiebra del riesgo y ventura que habilita al contratista a exigir una indemnización o el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Sin embargo, ni esta previsión es aplicable a todos los contratos ni la jurisprudencia lo ha interpretado extensivamente.

La normativa de contratación pública no estaba preparada para regular las consecuencias derivadas de una catástrofe de origen pandémico

La normativa de contratación pública no estaba preparada para regular las consecuencias derivadas de una catástrofe de origen pandémico. Tampoco lo estaba ningún otro sector del ordenamiento jurídico. Ello ha desembocado en una vorágine legislativa; un auténtico marco normativo de emergencia. En materia de contratación pública, esta regulación está constituida por una batería de reales decretos leyes que han configurado una regulación específica con medidas inauditas en nuestra historia legislativa. Estas medidas sólo se pueden entender y

valorar desde el análisis riguroso de las figuras con las que tradicionalmente se pueden asociar: la fuerza mayor y el *factum principis*.

Comenzaremos con el análisis de estos conceptos desde su origen definiéndolos a partir de la caracterización que ha realizado la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa en los últimos años. Desde la comprensión de sus perfiles, límites y efectos analizaremos las medidas adoptadas por el Gobierno Nación que, podemos adelantar, nacen como un auténtico rescate a los contratistas públicos.

II. La fuerza mayor

1. Aproximación civil al concepto de fuerza mayor

El concepto administrativo de fuerza mayor se alimenta de su concepto civil. El Código Civil (LA LEY 1/1889, art. 1.105) vincula la fuerza mayor a un supuesto que nadie ha podido prever y tiene una fuerza irresistible. La Real Academia de la Lengua Española define «fuerza mayor», en el Diccionario del Español Jurídico como «*circunstancia imprevisible e inevitable que altera las condiciones de una obligación*».

La aproximación tradicional a la fuerza mayor nos lleva a dos ideas: la inevitabilidad y la imprevisibilidad. Un acontecimiento imprevisible es aquel que la conducta de una persona media diligente no puede prever. Aquí se introduce el primer elemento casuístico: la diligencia, cuya exigencia se agravará cuando sea un actor cualificado del mercado. La diligencia es una conducta debida vinculada al principio de buena fe (art. 1258 CC, LA LEY 1/1889) y a la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del caso. No es lo mismo la diligencia propia del gestor de una central nuclear a la hora de garantizar la continuidad en el suministro eléctrico que la propia de un prestador de servicios de hostelería a la hora de asegurar el abastecimiento a un centro educativo.

La inevitabilidad nos conduce al suceso que la conducta humana no puede controlar y, por tanto, no es posible ontológicamente evitable aunque se hubiera previsto. La fuerza mayor está dominada, frente al caso fortuito, por su carácter exógeno a la relación.

El elemento disruptor viene de fuera. La distribución de riesgos propia de la relación contractual se ve sobrepasada por un elemento ajeno a las partes, incontrolable, que la destruye. En la definición de la fuerza mayor el elemento predominante es su inevitabilidad y, por ello, la fuerza mayor admite cierto componente de previsibilidad.

La fuerza mayor debe ser distinguida de la imposibilidad legal o física de cumplir con la obligación de hacer

La fuerza mayor debe ser distinguida de la imposibilidad legal o física de cumplir con la obligación de hacer (Art. 1.184 CC, LA LEY 1/1889). La fuerza mayor exonera de las consecuencias derivadas del incumplimiento de una obligación. Trae aparejadas consecuencias estáticas pero no regula *per se* los efectos derivados de la fuerza mayor la imposibilidad temporal (exclusión de la responsabilidad del incumplimiento y una posible mayor onerosidad que puede justificar la activación de la cláusula *rebus sic stantibus*) o la imposibilidad definitiva (art. 1.218 CC, LA LEY 1/1889).

La fuerza mayor exonera de responsabilidad en las relaciones contractuales y en las extracontractuales. En ambos casos, puede ser la causante del daño (por ejemplo, el resultado de muerte a causa del COVID) o puede ser el elemento que rompe el nexo causal [(1)] entre la conducta y el resultado lesivo (por ejemplo, la mora en el cumplimiento de las obligaciones derivada de ralentización en la ejecución de los contratos por el confinamiento obligatorio de los trabajadores). En ambos casos, exonera de responsabilidad.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha delimitado, con precisión, los elementos característicos del concepto de fuerza mayor que deberán ser tomados en consideración a la hora de aproximarse a este concepto:

i. • La fuerza mayor se define como un «***hecho** jurídico que dimana de la naturaleza, o de una persona que **actúa imponiendo la fuerza o violencia para impedir el desarrollo natural de los acontecimientos***» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, n.º 167/2013, de 21 de marzo de 2013, LA LEY 36390/2013).

ii. La **fuerza mayor no se puede equiparar a la cláusula *rebus sic stantibus***. La fuerza mayor puede ser la causa que justifica la activación de esta cláusula cuando implica una mayor onerosidad que altera y quiebra el sinalagma contractual. La *rebus* lleva a la resolución cuando se revela que no fórmula de reequilibrio y que concurre un supuesto de resolución por imposibilidad. La *rebus* mitiga el principio *pacta sunt servanda*. La fuerza mayor tiene, en principio, un simple efecto exoneratorio: «*lo que pretende es quedar liberada del cumplimiento de la obligación que se le exige, por imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor*» (Sentencia del Tribunal Supremo 266/2015, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2015, LA LEY 37100/2015).

iii. La fuerza mayor es **imprevisible**. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 13 de julio de 1999 (LA LEY 10777/1999) lo explica así: «*dado su carácter absoluto productor de un incumplimiento "legal" de las obligaciones, deviene como consecuencia de factores exteriores a la empresa —(rayos, huracanes, inundaciones) lo que se compadece mal con un evento tan previsible, para una sociedad, como la apelante— W., S.A., perteneciente al segundo grupo societario exportador e importador de tabaco del mundo, como es la reducción de cuotas de producción, por cambio legislativo de la Comunidad Europea*». Esta Sentencia, como se desprende de su lectura, niega que pueda calificarse como un supuesto de fuerza mayor un acto legislativo comunitario que, a lo sumo, sería un supuesto de *factum principis*.

iv. La fuerza mayor tiene **carácter irresistible e inevitable**: «*en todo caso el cumplimiento de esta medida de seguridad, haría el accidente en inevitable, porque en este supuesto, la fracción del árbol procedía de una unidad o pie situado en lugar alejado de esa franja, hecho éste que hace inevitable el accidente y, por consiguiente hay que estimarlo comprendido en el art. 1105 del código civil, y por tanto no se puede imputar los resultados dañosos a la propiedad de la línea, ya que los mismos, en forma alguna, han dependido de su voluntad negligente o culposa como pretende en este motivo la parte recurrente*» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, n.º 825/2002, de 12 de septiembre de 2002 LA LEY 7691/2002). Como se ha indicado, esta sentencia acentúa el carácter inevitable del acontecimiento causante del incumplimiento. Este es el elemento caracterizador, por excelencia, de la fuerza mayor.

La Sentencia del Tribunal Supremo [(2)] , Sala 1ª, n.º 1321/2006, de 18 de diciembre de 2006 (LA LEY 154712/2006) abunda en esta idea: «*para que se pueda aplicar el art. 1.105 del Código Civil requiérese que se trate de un hecho que no hubiere podido preverse o que previsto fuera inevitable.... la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido "a posteriori" de la convención que **hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado*** (S. 24 de diciembre de 1999), *debiendo concurrir en dicho acontecimiento —hecho determinante— **la cualidad de ajenidad***». El juicio sobre la evitabilidad estará impregnado de un juicio sobre la diligencia de la partes que hace que la valoración sea siempre casuística tanto objetiva como subjetivamente.

v. La fuerza mayor tiene **origen externo a la relación contractual**. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, n.º 3/2015, de 4 de febrero de 2015 (LA LEY 154712/2006) distingue entre los casos de fuerza mayor interna (caso fortuito) de la fuerza mayor externa: «*en los supuestos en que la fuerza mayor pueda considerarse "propia", generada en el seno, círculo o concreta esfera de actividad del riesgo desplegado, estaríamos ante un supuesto de caso fortuito que no sería liberatorio en sede de responsabilidad objetiva. Por ello la doctrina distingue entre la fuerza mayor, propiamente dicha, como la que es extraña al riesgo específico que se analiza y el caso fortuito como la fuerza mayor interna, es decir, ínsita en el riesgo. Con mayor expresividad refieren otros autores que el caso fortuito encierra siempre la posibilidad de una sospecha de culpa que no existe cuando el suceso consiste en una fuerza mayor extraña o ajena al riesgo desplegado*». La diferencia entre una y otra es clara: la fuerza mayor siempre exonera y el caso fortuito no siempre lo hace.

Por ello, el Tribunal Supremo califica la crisis empresarial o económica como un hecho no ajeno «*al círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)*» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 2014, LA LEY 176210/2014).

La Sentencia de la AP de Madrid 205/2012, de 21 de marzo de 2012 (LA LEY 37698/2012) señala que la fuerza mayor estricta es liberadora y *la extrañeidad o ajenidad es nota más significativa (definitoria)* señalando que, por ejemplo, el accidente aéreo provocado por un rayo entrada dentro de los riesgos propios del sector de la aviación aunque no del sector del transporte de carretera. Por ello, añade que cuando se está «*ante una fuerza mayor típica de la índole del riesgo desplegado… constituye una fuerza mayor propia del mismo, es una fuerza mayor que no exonera, constituyendo, pues, un caso fortuito*».

vi. La apreciación de la fuerza mayor exige el **análisis de la diligencia de quien lo alega**. Buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, n.º 185/2001, de 2 de marzo de 2001 (LA LEY 3764/2001) que concluye que los daños sufridos a consecuencia de un evento meteorológico adverso es imputable a una de las partes ya que éste era habitual en la zona y las medidas preventivas eran insuficientes: «*descartado que la notable fuerza del viento (folio 131) registrada en Badalona…pueda merecer la calificación de*

fenómeno meteorológico extraordinario y de inevitables consecuencias que se pueden derivar del mismo, máxime cuando la insólita ubicación del muro cortafuegos le exponía abiertamente a recibir la fuerza de cualesquiera vientos y demás inclemencias meteorológicas, debemos considerar que la caída del muro derivó de las insuficientes reparaciones o medidas de acondicionamiento a que le sometió su propietario, lo que convierte a éste en responsable de los daños de todo género que se produjeron a raíz del viento». También en un supuesto de incendio la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 23 de noviembre de 2004, n.º 1136/2004 (LA LEY 154/2005) entendió que no concurría un supuesto de exoneración por fuerza mayor ante la insuficiencia de las medidas preventivas adoptadas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 30 de septiembre de 1983 (LA LEY 8164-JF/0000) con cita de la doctrina legal de la Sala lo explica de este modo incidiendo en el carácter insólito y extraordinario del acontecimiento. Resulta muy ilustrativa por la cita de la doctrina legal de la Sala desde los años 20 del siglo pasado: «*así lo entendió la S 2 Ene. 1945, cuando manifiesta que debe entenderse por vis maior una fuerza que está fuera del círculo industrial de la empresa, que haya causado un daño material que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación; por lo que, en definitiva, la fuerza mayor, en su singularidad, habrá que estudiarla en cada caso concreto (S 2 Feb. 1926), desde el momento en que su concepto jurídico debe deducirse del conjunto de circunstancias que motiven el hecho o acontecimiento que sobreponiéndose a la voluntad del obligado y forzándole, lo determinan a quebrantar la obligación que le corresponda, ya que* ***siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo, hay que entenderlo en su aplicación legal y práctica como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos o extraordinarios, que, aunque no imposibles físicamente, y por tanto teóricamente previsibles, no son de los que puede calcular una conducta prudente****… no exige la llamada "****prestación exorbitante****", es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos**, *pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor, por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían con arreglo al art. 1104 CC (S 9 Nov. 1949)*».

vii. La fuerza mayor puede dar lugar a la **resolución del contrato por causa no imputable** al deudor. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, n.º 744/2014, de 22 diciembre de 2014 (LA LEY 178193/2014) lo explica así: «*aun cuando pudiera exonerarse al deudor de responsabilidad derivada del incumplimiento —por caso fortuito o fuerza mayor— en todo caso habría quedado alterado sustancialmente el cumplimiento del contrato de compraventa, con efecto tan negativo para el comprador como es un retraso tan notable para la entrega, lo que sin duda ha de facultarle para pedir la restitución de la parte de precio satisfecha y renunciar definitivamente a la entrega del inmueble*». En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 2014, n.º 741/2014 (LA LEY 178189/2014).

viii. La fuerza mayor **no justifica la exoneración de obligaciones pecuniarias** (Sentencia del Tribunal Supremo 266/2015, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2015, LA LEY 69720/2015).

ix. Las **contingencias vinculadas con la salud** que afectan a la solvencia de la persona o su núcleo familiar **no se erigen en causa de fuerza mayor**. Las consecuencias de un accidente o enfermedad son inevitables pero no sus consecuencias económicas (Sentencia del Tribunal Supremo 266/2015, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2015, LA LEY 69720/2015). Debemos destacar esta Sentencia, relativamente reciente, por su indudable actualidad y habrá que prestar atención a si el Alto Tribunal atempera su doctrina a la vista de la dramática situación que hemos vivido y que puede multiplicar situaciones como la enjuiciada en ese caso.

x. La **carga de la prueba de la fuerza mayor**, en tanto que causa exoneratoria de la responsabilidad civil, **es de quien la alega** (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 29 de julio de 1998, rec. 1579/1996; de 10 de octubre de 2002, LA LEY 1872/2003).

La jurisprudencia de la Sala 1ª nos facilita los elementos característicos de la fuerza mayor. Es un acontecimiento imprevisible, inevitable y exógeno.

El Código Civil no incluye un listado tasado de supuestos de fuerza mayor. La apreciación será casuística y tendrá un efecto exoneratorio de la responsabilidad llegando, en algunos casos, a justificar la modificación de la relación contractual (*ex rebus sic stantibus*) o, incluso, la resolución no culpable que traerá consigo la restitución de las prestaciones.

2. El tratamiento de la fuerza mayor en la normativa de contratación pública: exoneración y redistribución del riesgo

A) El concepto de fuerza mayor en el derecho administrativo

La fuerza mayor es una institución civil que resulta plenamente aplicable a las relaciones jurídico-públicas contractuales y

extracontractuales.

La fuerza mayor tendrá, con carácter general, fuerza exoneratoria: (i) la acción de responsabilidad patrimonial extracontractual no existirá cuando el funcionamiento normal o anormal de la Administración que lesione a un administrado sea por causa de fuerza mayor (art. 32.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LA LEY 15011/2015 —**LRJSP**—); y (ii) la acción de responsabilidad patrimonial contractual no existirá cuando el incumplimiento esté justificado en una causa de fuerza (art. 1.105 CC —LA LEY 1/1889— aplicable a los contratos administrativos por remisión del art. 25.2 de la 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, LA LEY 17734/2017—**LCSP**— y por aplicación directa en el caso de los contratos privados, *ex art.* 26.2 LCSP).

El concepto administrativo de fuerza mayor es idéntico al concepto civil y requiere, de igual modo, la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la diligencia

El concepto administrativo de fuerza mayor es idéntico al concepto civil y requiere, de igual modo, la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la diligencia desde un punto de vista objetivo (en atención a las circunstancias objetivas de la situación) y subjetivo (en atención a la posición y cualificación del sujeto). Así, lo explica el Consejo de Estado: «*La fuerza mayor, como causa excluyente y dispensadora de la responsabilidad, se define como "aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1968, cuya doctrina se reitera posteriormente en otras Sentencias del Alto Tribunal de 30 de noviembre de 1985, 28 de julio de 1986, 19 de enero de 1987, 13 de febrero de 1990, 28 de enero de 1991, 8 de junio de 1993, 11 de julio de 1995, 19 de abril de 1997, y 13 de diciembre de 2001, entre otras). Por consiguiente, la fuerza mayor se configura como "una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus riesgos propios, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista" (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995)*» (por todos, Dictámenes de 19 de diciembre de 2019, expdte. 1076/2019 y 14 de noviembre de 2019, expdte. 874/2019).

El Dictamen de 3 de octubre de 2019 (expdte. 709/2019) abunda en la misma idea: «***son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud***».

El concepto administrativo de fuerza mayor debe completarse con la aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 8 de julio de 2002 (LA LEY 7170/2002) se hacía eco de la doctrina del tribunal comunitario que coincide con la sentada por la Sala 1ª del Alto Tribunal español: «*la noción de fuerza mayor aplicable al caso que nos ocupa se relaciona con circunstancias anormales, externas, es decir, independientes de la voluntad del interesado, cuyas consecuencias imprevisibles no habrían podido ser evitadas ni siquiera por quien obrara con la mayor diligencia exigible salvo mediante sacrificios excesivos (SS 16 Dic. 1997, caso Fábrica de Queijo Eru Portuguesa; 17 Jul. 1997, caso Pascoal amp Filhos; 9 Ago. 1994, caso Boterlux SPRL; 7 May. 1991, caso Organisationen Danske Slagterier). Por tanto, el concepto de fuerza mayor contiene, junto al elemento objetivo consistente en las circunstancias anormales y ajenas a la voluntad del operador, el elemento subjetivo relativo a la obligación, por parte del interesado, de tomar precauciones contra las consecuencias del acontecimiento anormal, adoptando las medidas adecuadas, sin aceptar sacrificios excesivos (S 15 Dic. 1994, caso Bayer AG)*».

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha distinguido entre el caso fortuito y la fuerza mayor a la hora de analizar la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente lo hizo a propósito del examen de una demanda de responsabilidad patrimonial provocada por el contagio de hepatitis C) en instalaciones sanitarias. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 10 de octubre de 2002 (LA LEY 1891/2003) señala que: «*en el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora"); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 Dic. 1974: "Evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida*" mientras que en la fuerza mayor "*hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es*

decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio"». La Sentencia concluye que no hay responsabilidad del Estado porque en la fecha en que se causó el daño el virtud no estaba identificado «(*hasta octubre de 1.989 no se publicaron en la revista Science los trabajos que permitieron el reconocimiento serológico del virus C de la Hepatitis y hasta el inicio de 1.990 no se dispuso comercialmente de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus*».

Esta última Sentencia puede ser un adelanto de hacia dónde puede evolucionar la Sala 3ª cuando comience a resolver los casos de responsabilidad patrimonial derivados del COVID-19.

B) El tratamiento de la fuerza mayor en la contratación administrativa

La peculiaridad del tratamiento de la fuerza mayor en los contratos administrativos —reiteramos, únicamente los administrativos que son los únicos sujetos *ex lege* a las previsiones de la LCSP LA LEY 17734/2017 (art. 25.2) sobre efectos y extinción de los contratos— reside en que se erige en ciertas ocasiones no sólo como un supuesto que justifica la exoneración de responsabilidad sino que faculta al contratista para solicitar el reequilibrio económico de la relación contractual.

La fuerza mayor surge como un elemento de redistribución de los riesgos contractuales donde la Administración no sólo asume que no podrá ser indemnizada por el incumplimiento provocado por causa de fuerza mayor sino que, además, compensa al contratista por los daños y perjuicios soportados. La fuerza mayor es un instrumento de redistribución del riesgo que quiebra el principio de riesgo y ventura.

El artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril («**LCE**», LA LEY 16/1965) identificaba la fuerza mayor como una causa que no sólo quiebra el riesgo ventura de la relación contractual sino que genera un derecho resarcitorio a su favor en los contratos de obras. La Administración se compromete a la reparación íntegra de la situación del contratista. La LCE incluye un listado cerrado de supuestos de fuerza mayor: «*incendios causados por electricidad atmosférica, daños causados por terremotos y maremotos, los que provengan de movimiento del terrenos, los destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos, las inundaciones catastróficas como consecuencias de desbordamiento de ríos y arroyos siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que hubiera debido construir el contratista* —he aquí el elemento de la diligencia identificado anteriormente— *y cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros*». En idéntico sentido se pronuncia el art. 132 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre («**RCE**», LA LEY 1770/1975).

El artículo 57.a, b, c y d) del Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 («**RCCL**», LA LEY 1/1953) preveía idénticos supuestos para los contratos de obras. El acontecimiento de fuerza mayor quiebra el sinalagma del contrato de obras y genera un derecho del contratista a ser indemnizado. Por otro lado, en este precepto, se ve claramente como la fuerza mayor produce un efecto traslativo íntegro del riesgo que asume exclusivamente la administración mientras que el derivado del *factum principis* es compartido (se exige un incremento superior al 10%).

También, en la misma línea, el artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 («**RSCL**», LA LEY 18/1955) reconoce el derecho al reequilibrio de las concesiones de gestión de servicios público cuando se introduzcan modificaciones sobrevenidas e imprevisibles en el contrato que rompan la economía de la concesión. Esta previsión incluye los supuestos de fuerza mayor como hechos intrínsecamente imprevisibles.

El artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas («**LCAP**», LA LEY 1900/1995), en sede de contrato de obras, regula la fuerza mayor manteniendo los supuestos previstos en la LCE.

La LCAP pasa de un sistema de numerus clausus de carácter restrictivo a un sistema de números apertus limitado

La LCAP (LA LEY 1900/1995) pasa de un sistema de *numerus clausus* de carácter restrictivo a un sistema de números *apertus* limitado al permitir apreciar supuestos catastróficos de origen natural semejantes a los ya previstos. Es interesante subrayar, por la estricta vinculación

con el debate sobre la caracterización del COVID-19 como un supuesto de fuerza mayor a los efectos del 239 LCSP (LA LEY 17734/2017), que la norma se refiere a catástrofes de origen natural que afecten a la obra y no a las personas: «*incendios causados por la electricidad atmosférica; fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes* (art. 144.2).». El legislador acaba con la exigencia de que los supuestos análogos sean declarados por el Consejo de Ministros (como exigía la LCE) pero está pensando en fenómenos que impacten en el sustrato material del contrato y no en el personal. La fuerza mayor como causa de quiebra del equilibrio económico del contrato de obras no es un concepto abierto.

Estas previsiones se mantienen en el artículo 144 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («**TRLCAP**», LA LEY 2206/2000) que mantiene la ubicación sistemática del precepto dentro de la regulación del contrato de obras.

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (LA LEY 919/2003) incorpora la fuerza mayor como un supuesto que habilita a la prórroga del contrato de concesión de obra pública, al reequilibrio económico y en supuestos extremos, a la resolución del contrato debiendo el órgano de contratación abonar todas las obras ejecutar y el coste del endeudamiento con terceros (arts. 239 y 248).

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público («**LCSP**», LA LEY 10868/2007) mantiene la redacción del TRLCAP (LA LEY 2206/2000) en la redacción dada por la Ley 13/2003 (LA LEY 919/2003), de nuevo, en sede de contrato de obras (Art. 214) y concesión de obras. Además, por primera vez, incorporó la fuerza mayor como una causa justificativa del reequilibrio económico de los contratos de gestión de servicio público (art. 258.4.c LCSP, LA LEY 17734/2017).

Tras la modificación operada en la LCSP (LA LEY 17734/2017) por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible (LA LEY 3603/2011) con el fin de adecuar el régimen de modificaciones contractuales a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004-asunto C-496/99, *Succhi di frutta*) se incorporó la fuerza mayor como un supuesto habilitante para la modificación del contrato (Art. 92.1.quáter) y se dispuso expresamente que la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados sería una causa de resolución (art. 206 LCSP, LA LEY 17734/2017). Esta previsión no había sido necesaria en la regulación anterior dado los amplios términos en los que se planteaba la modificación contractual que únicamente requería la acreditación de una razón de interés público vinculada a necesidades nuevas o causas imprevistas debidamente justificadas (art. 149 LCE —LA LEY 16/1965—, 102 LCAP —LA LEY 1900/1995—, 101 TRLCAP —LA LEY 2206/2000— o 202 LCSP —LA LEY 17734/2017—, en su redacción original).

El 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 adelanteTRLCSP**», LA LEY 21158/2011) mantiene las mismas previsiones. La fuerza mayor será presupuesto habilitante para la modificación cuando haga imposible la prestación en los términos inicialmente planteados, será causa de resolución cuando haga imposible ejecutar la prestación (Art. 223.g) y será causa exoneratoria de responsabilidad del contratista de obras que le habilitará a ser indemnizado (art. 231 TRLCSP). Además, se configura como un motivo para obtener el reequilibrio económico de la concesión de obras (Arts. 242 y 258 TRLCSP) o del contrato de gestión de servicio público (art. 282.4.c TRLCSP).

La LCSP de 2017 (LA LEY 17734/2017) mantiene la fuerza mayor como una causa exonerante que otorga el derecho a la indemnización del contratista de obra (art. 239). También prevé que será una causa que permitirá ajustar el plan económico financiero de la concesión e, incluso, la resolución si impide la ejecución «*debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros*» (art. 254.2 LCSP, LA LEY 17734/2017). Mantiene la fuerza mayor como presupuesto habilitante del reequilibrio (art. 270.2 para la concesión de obras y 290.4 para la concesión de servicios). Por último, y aunque no citada explícitamente, constituye como hecho imprevisible un supuesto que habilita a la modificación del contrato (art. 205.2) y, en casos extremos a la resolución (art. 211.g).

El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («**RGLCAP**», LA LEY 1470/2001) regula el procedimiento, como ya lo hiciera el RCE (art. 133). El RGLCAP (LA LEY 1470/2001) prevé que, en caso de fuerza mayor, el contratista deberá comunicarlo al director de la obra (como se observa, está directamente enfocado al supuesto del contrato de obra) en el plazo de 20 días desde la fecha final del acontecimiento, manifestando los fundamentos que lo justifican, los medios empleados (esto es, se exige una prueba de diligencia) y la naturaleza, entidad e importe de los daños. El incidente contractual se resolverá previa audiencia e informe de la asesoría jurídica.

La fuerza mayor actúa en la relación contractual como una quiebra de la normal distribución de los riesgos que permite al contratista

solicitar el reequilibrio económico del contrato mediante su modificación, prórroga, reequilibrio tarifario o, incluso, indemnización pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 15 marzo 2005 (LA LEY 1241/2005) señala que se trata de una excepción al principio de *pacta sunt servanda* y riesgo y ventura propio de la contratación administrativa: «*dicho principio tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor, al constituir factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación*».

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, n.º 1077/2019, de 16 de julio de 2019 (LA LEY 108401/2019) lo sintetiza y señala que nuestro ordenamiento reconoce excepciones tasadas a la aleatoriedad de los contratos administrativos *cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración («ius variandi» o «factum principis»), o, por hechos que se consideran «extra muros» del normal «alea» del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible*.

Sin embargo, como hemos visto, no pierde su caracteres originales: mantiene su fuerza exoneratoria, novativa e incluso resolutoria. La peculiaridad en la contratación administrativa es que, en casos muy tasados (contratos de obras y concesiones) permite la traslación del riesgo a la Administración de modo que, el «*nadie*» *responderá de aquellos sucesos que no hubieras podido preverse o, que previstos, fuera inevitable* pasa a tener nombre y se convierte en la Administración podrá responder de ellos en los contratos de obras y de concesión.

C) Los efectos de la fuerza mayor en los distintos contratos administrativos

El legislador no ha querido que la fuerza mayor se convierta en un presupuesto de restablecimiento del equilibrio económico de todos los contratos. El tratamiento de contratos de servicios, obras o concesiones es distinto:

- Contratos de servicios, suministros y atípicos: La fuerza mayor tendrá una fuerza exonerante por aplicación supletoria del régimen civil (art. 1.105 CC, LA LEY 1/1889) y justificará la modificación o extinción en casos en los que resulte imposible ejecutar el contrato (art. 211.g LCSP, LA LEY 17734/2017). No hay ninguna previsión en la normativa de contratación que habilite a solicitar una indemnización a la Administración.

- Contratos de obras: La fuerza mayor no sólo tendrá carácter exoneratorio sino que habilitará al contratista a solicitar el auxilio de la Administración que deberá reparar su situación únicamente en los casos expresamente previstos en la Ley.

  En este punto debemos subrayar que el concepto de fuerza mayor que se recoge en sede de contrato de obras como presupuesto para la indemnización contractual no es abierto.

  La interpretación de las causas de fuerza mayor tiene carácter restrictivo y tasado aunque se haya admitido incluir entre los supuestos de fuerza mayor acontecimientos catastróficos de origen natural: «*no puede dejarse de señalar, a efectos de interpretación, que el artículo 144 de la Ley 13/1985 (sic), al enunciar los casos de fuerza mayor, incluye "los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes", lo que supone centrar la concurrencia de fuerza mayor en la existencia de un fenómeno natural y su carácter catastrófico, sin que la modalidad o forma de manifestación sea determinante, pues* ***la Ley enuncia unos supuestos concretos pero sin excluir otros semejantes, según expresión literal de la misma***» (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 15 marzo 2005, LA LEY 1241/2005; de 24 de junio de 2009, LA LEY 119178/2009).

  La jurisprudencia también admite otros acontecimientos vinculados con los enunciados en la Ley. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 8 de junio de 2016 (LA LEY 61248/2016) admitió los incidentes, disturbios y altercados sufridos por el contratista como un caso de fuerza mayor que obligan a la Administración a indemnizar al concesionario mediante una indemnización en metálico (y no mediante la técnica de prórroga o revisión de tarifas) ya que se produjeron retrasos y sobrecostes de seguridad.

  La fuerza mayor tendrá, además, fuerza exonerante justificando la modificación (en tanto que hecho imprevisible) y, en casos extremos, la resolución *ex art.* 211.g) LCSP (LA LEY 17734/2017).

- Contratos de concesión: La fuerza mayor es presupuesto para solicitar el reequilibrio económico de la concesión. Además, tendrá los efectos habituales: exoneración de la responsabilidad, modificación y resolución.

  La evolución legislativa ha provocado que, si bien estaba previsto en el RSCL, no se incorporara formalmente a la normativa estatal hasta la LCSP de 2007 (LA LEY 10868/2007) aunque se pudiera entender que era presupuesto habilitante de la modificación de la

concesión o de su reequilibrio en tanto que acontecimiento imprevisible. El concepto de fuerza mayor que habilita al reequilibrio contractual está tasado porque la norma se remite a la regulación del contrato de obras (art. 270.2 y 290.4 LCSP; LA LEY 17734/2017).

El diferente tratamiento que la contratación pública ofrece a la fuerza mayor podría estar justificado en diversos motivos vinculado con cada tipo de contrato.

La administración actúa en el contrato de obras como el promotor de una obra de interés público y, a tal efecto, impone la ubicación, el proyecto y facilita el terreno donde se desarrollará. El contratista asume una obligación de resultado cuyo cumplimiento se ve alterado por circunstancias que afectan a la obra por razón de su ubicación o sustrato material (incendios causados por la electricidad atmosférica —rayos—, maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno u otros semejantes) o por disturbios de orden público por lo que parece razonable que asuma esta obligación de reparar quien acordó situar allí la obra o quien no pudo garantizar el pacífico goce del terreno necesario para ejecutarla. En el caso de los contratos de concesión, la Administración pone a disposición del concesionario una infraestructura (concesión de servicio) o encarga la construcción y explotación de un bien de su titularidad que revertirá al término del contrato, determinando su ubicación. Por ello, se explica que no se prevea la aplicación de estas disposiciones a los contratos de servicios y suministros que no tienen una conexión conceptual con un determinado lugar en el que fenómeno natural puede arrasar con el objeto del contrato (*i.e.* una obra o la red de alcantarillado que gestiona un concesionario). De este modo, se debe entender también la interpretación restrictiva que la jurisprudencia da a los supuestos recogidos en el actual art. 239 LCSP (LA LEY 17734/2017) que incide en que no exista actuación imprudente del contratista.

En el caso de los contratos de concesión, la razón del tratamiento de la fuerza mayor puede radicar en el principio de equilibrio económico de la concesión

Además, en el caso de los contratos de concesión, la razón del tratamiento de la fuerza mayor puede radicar en el principio de equilibrio económico de la concesión que subyace en todo negocio concesional por razón de la titularidad de la obra o servicio. Así, y conforme a la doctrina tradicional que viene desde el Arrêt Gas de Bordeau» del Consejo de Estado francés de 1916 se asume que en el mantenimiento del servicio (no lo olvidemos, de titularidad pública y gestión indirecta) concurre el interés general por lo que se debe «*determinar, teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización a la cual la compañía tiene derecho en razón de las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado*». La Administración, como *partner* público del contratista, decide asumir los riesgos ajenos a la esfera propia del contrato cuando estos son imprevisibles e impactan en la sostenibilidad económica del contrato.

El contratista tendrá derecho a ser indemnizado por todos los conceptos (daño emergente y lucro cesante) ante la ausencia de límite legal. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 10 de marzo de 2008 (LA LEY 20955/2008) entiende que la falta de limitación legislativa lleva a concluir que la indemnización tiene que ser total: «*es cierto que en la STS de 5 de febrero de 1986 se afirma por este Tribunal que, además de los perjuicios que afectan real y directamente a las obras comprende "todos aquellos otros perjuicios que haya experimentado el contratista y que puedan afectar a cuantos medios pusiera al servicio y ejecución de la obra entre los que se encuentran con una especial y singular dedicación la maquinaria empleada". En el marco aplicable, la ausencia de restricciones en el art. 144 LCAP conduce a que bajo el concepto "daños y perjuicios que se hubieren producido" se comprendan todos los daños efectivos o reales que hubiere sufrido el contratista. Por ello pueden tomarse en cuentan tanto el daño emergente como el lucro cesante y, por ende, comprende tanto los perjuicios materiales que abarcan las unidades de obras ejecutadas pero destruidas, las pérdidas de instalaciones, materiales y equipos necesarios para las obras, el deterioro de la maquinaria, como los perjuicios derivados por su paralización y el coste financiero ya que todos esos conceptos se engloban en el marco legal aplicable. Pues, cuando fuere aplicable la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre, el concesionario de obra pública tendrá derecho al ajuste del plan económico financiero cuando implicare mayores costes, al igual que establece el art. 239.3 del TRLCAP tras el añadido operado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo*».

De este modo, la Administración se convierte en aseguradora universal de la actividad del contratista de obras. Como indica expresamente el artículo 197 LCSP (LA LEY 17734/2017) el contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239 LCSP (LA LEY 17734/2017). En fin, una auténtica excepción legal.

III. El *factum principis*

1. Definición

El *factum principis* (hecho del príncipe) es un acto de la autoridad pública (el príncipe) que agrava la posición del contratista. El *factum principis* es un concepto administrativo por su origen cuyas consecuencias se proyectan en las relaciones públicas y privadas.

2. Aproximación civil al concepto de *factum principis*

El *factum principis* en las relaciones jurídico privadas se vincula a un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito. Se aproxima a un concepto genuino y próximo a su significado original y actuará, a lo sumo, como causa de exoneración de la responsabilidad para el caso en que se concluya que constituye una causa de fuerza mayor.

La clave en su tratamiento residirá en si se trata de un actuación gubernativa que se inserta en el marco regulatorio al que se encuentran sujetas las partes (*i.e.* el incremento de aranceles a un determinado producto) o si, por el contrario, se trata de una medida de carácter general, imprevisible e irresistible que imposibilite, por completo, el cumplimiento de la obligación o la ejecución del contrato (*i.e.* el contrato de transporte aéreo cancelado a causa del cierre de fronteras). Como ya se ha adelantado, el tratamiento de un supuesto u otro será totalmente diferente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 11 de octubre de 1985 (LA LEY 1161/1985) subrayaba que el *factum principis* sólo podrá calificarse como un supuesto de fuerza mayor cuando concurren en él dos caracteres (imprevisible e inevitable): «*dentro de la fuerza mayor cabría también incluir a aquellos actos jurídicos, que procedentes de sujetos extraños al círculo en donde se desenvuelve la empresa, afectan a ésta en sus relaciones jurídicas, siempre que concurran en ellos los requisitos de ser imprevisibles e inevitables. Precisamente por darse estas dos notas, el "factum principis" puede catalogarse como un supuesto de fuerza mayor,* ***ya que al adoptarse medidas administrativas generales por razones de interés público, las mismas sin siquiera pretenderlo, pueden modificar e incluso impedir relaciones contractuales previas o el desenvolvimiento de la Empresa***».

La jurisprudencia recoge este tratamiento casuístico. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, n.º 41/2016, de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3348/2016) asocia el *factum principis* a un supuesto de caso fortuito mientas que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 205/2012, de 21 de marzo de 2012 (LA LEY 37698/2012) lo equipara a supuestos de fuerza mayor tales como «*la niebla, la tempestad, la inundación, una tromba de agua, la lluvia copiosa y persistente, el estado de guerra, la invasión, el bandolerismo, la revolución, el motín, el hecho del príncipe (el factum principis, es decir, la orden de la autoridad) y el hecho de tercero… la fuerza mayor se opone no sólo a la culpa, sino también al caso fortuito, que es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de una concreta esfera de riesgo*». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, n.º 92/2012, de 7 de marzo de 2012 (LA LEY 71390/2012) ratificaba este tratamiento casuístico e incidía en la necesidad de analizar si el acto gubernativo se insertaba en el ámbito de actividad del deudor, era previsible o debió haber sido previsto y podía ser superado con una conducta diligente.

Se podrá justificar la resolución o modificación del contrato en caso de que reúna los requisitos de imprevisibilidad necesarios para justificar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

El *factum principis*, desde una perspectiva civil, será un supuesto de fuerza mayor que enervará la responsabilidad cuando cumpla con los requisitos propios de este instituto jurídico. Además, en algunos casos, podrá justificar la resolución o modificación del contrato en caso de que reúna los requisitos de imprevisibilidad necesarios para justificar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o determine la imposibilidad legal o física de prestar el servicio (*i.e.* la prohibición sorpresiva de comercializar un fitosanitario al descubrirse de forma repentina que provoca cáncer). En este sentido, se pronunciaba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, n.º 98/2017, de 15 de febrero de 2017 (LA LEY 18931/2017): «*Es cierto que tanto la doctrina del factum principis como la de la "alteración de las circunstancias" —el tradicional "rebus sic stantibus"—, y la de "riesgo imprevisible" pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato, en función de "circunstancias sobrevenidas", como excepción admitida al principio fundamental "contractus lex"….La doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse*».

La valoración del carácter imprevisible e irresistible de la orden gubernativa deberá hacerse tomando en consideración la posición de las partes contratantes, el tipo de medida, su carácter sorpresivo o anunciado y las causas que la justifican, tal y como apunta acertadamente Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga n.º 405/2008, de 3 de julio de 2008 (LA LEY 340424/2008).

En definitiva, no es lo mismo la desaparición de unas ayudas públicas o la devaluación de la moneda (previsible dentro del carácter discrecional y cíclico de las medidas de carácter monetario o fiscales) que la incautación por orden gubernativa y por primera vez en la historia de las materias primas necesarias para garantizar el suministro del bien contratado por la Administración o el cierre total de fronteras terrestres y áreas.

3. El tratamiento del *factum principis* en la contratación administrativa: causa de reequilibrio

A) El concepto de factum principis

El *factum principis*, cuando reúna los requisitos de fuerza mayor, tendrá los efectos propios de ésta. Sin embargo, en ese caso, no estaremos ante el concepto clásico de la contratación administrativa. Por ello, en el ámbito de la contratación administrativa podemos referirnos al *factum principis como* un supuesto de fuerza mayor (las menos de las veces y, en ese caso, su tratamiento será el propio de ésta) o como supuesto específico, distinto de la fuerza mayor, que permite el restablecimiento del equilibrio económico de ciertas relaciones concesionales (aceptación clásica y compartida en el ámbito administrativo).

Como señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, n.º 1077/2019, de 16 de julio de 2019 (LA LEY 108401/2019), el *factum principis* es uno de los casos en que la Administración debe auxiliar al contratista cuando se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato. Es un supuesto excepcional y, como tal, de interpretación restrictiva.

El *factum principis* se produce cuando la Administración concedente toma una decisión específica fuera del marco contractual, que repercute negativamente al contratista hasta el punto de producir una alteración sustancial del equilibrio contractual (*i.e* el Ayuntamiento decide que la fuente de aprovisionamiento del agua municipal, que distribuye el concesionario, será un pozo situado 25 kilómetros más que el actual). El *factum principis* se distingue de la fuerza mayor en que no es un acontecimiento exógeno a las partes. No tiene un origen natural, indómito e incontrolable. Se trata de una decisión adoptada por una de las partes contratantes, de forma legítima, en el ejercicio de sus competencias como poder público.

La fuerza mayor es un concepto tasado (art. 239 LCSP, LA LEY 17734/2017) que siempre da lugar al restablecimiento económico del contrato de concesión, con independencia de su impacto. Existe un principio de indemnidad íntegra. No hay reparto de riesgos mientras que el *factum principis* es un concepto abierto (no hay un listado tasado de medidas administrativas) y debe provocar un desequilibrio exorbitante que justifique la adopción de medidas de reequilibrio. En palabras del Consejo de Estado (Dictamen de 11 de abril de 2019, expdte. 243/2019): «*El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata* ***no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando esta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico-financiero contractual, por su excesiva onerosidad****, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por* ***suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente***».

El *factum principis* se acercó en su origen a un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual (de hecho se insertaba como un presupuesto de revisión de precios) ya que el funcionamiento normal de la Administración provoca un daño evaluable e individualizado al contratista. GARCÍA DE ENTERRIA [(3)] señalaba, como apunta FERNÁNDEZ FIGUEROA [(4)] , que el *factum principis* supone en cierta manera una responsabilidad extracontractual liquidable en el seno de un contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en informe de 15 de febrero de 1973 vinculó directamente la doctrina del *factum principis* a la responsabilidad directa y objetiva del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado aprobada por Decreto de 26 de julio de 1957 (LA LEY 28/1957).

El Consejo del Estado en su Dictamen 31/92 también ratificaba este origen: «*resulta pacífico que el fundamento de la indemnización en el caso del "factum principis" es el mismo de la responsabilidad extracontractual de la Administración en general*». Sin embargo, como veremos, a día de hoy, el *factum principis* se ha insertado en la relación contractual y se ha difuminado en la teoría del restablecimiento del equilibrio económico.

El *factum principis* no se debe confundir con el ejercicio del *ius variandi* por la administración. En ese caso, una de las partes dotada de una prerrogativa exorbitante acuerda la modificación del contenido obligacional de la relación. El acto del príncipe no incide sobre el contrato. El *factum principis* no incide en la esfera interna de reparto de riesgo pero altera la posición de las partes contratantes.

B) El factum principis en la contratación administrativa

El *factum principis* en el ámbito de la contratación pública se vincula a un supuesto específico de reequilibrio de las concesiones o de modificación de los contratos. Como hemos indicado, rara vez, tendrá el carácter de fuerza mayor y cuando lo tenga será tratado como tal [(5)] .

La diferencia entre una relación jurídico-pública y privada es que el contratista de la Administración tiene un derecho subjetivo a la modificación y reequilibrio contractual mientras que el contratista privado tendrá derecho a ejercer la acción de responsabilidad patrimonial.

El *factum principis*, como la fuerza mayor, quiebra el principio de riesgo y ventura y habilita al reequilibrio económico del contrato

El *factum principis*, como la fuerza mayor, quiebra el principio de riesgo y ventura y habilita al reequilibrio económico del contrato. Así lo expresa el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 28 de febrero de 2019 (expdte. 93/2019) o de 11 de abril de 2019 (expdte. 243/2019): «*la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula rebus sic stantibus). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (bouleversement, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración factum principis, bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor*». El Consejo se hace eco de su doctrina histórica y concluye que el restablecimiento sólo será posible cuando no exista otro mecanismo previsto para corregir la quiebra de la economía contractual (*i.e.* la revisión de precios).

Como explica FERNÁNDEZ-FIGUEROA [(6)] , el Tribunal Supremo reconoció en su Sentencia de 7 de marzo de 1985 el derecho al reequilibrio de un contrato por motivo del incremento arancelario porque impactaba de forma directa y precisa en la ejecución del contrato «*El Tribunal Supremo concluyó que al alterarse de manera tan importante el nuevo arancel, se impone al contratista un gravamen injustificado, que no pudo prever al aceptar los precios de la contrata, cuyo gravamen resulta impuesto contra todo principio de justicia. Por ello de no atenderse las pretensiones de la sociedad demandante resultaría un lucro para los intereses generales del Estado con perjuicio evidente de la sociedad contratista*». Cabe apuntar que, décadas más tarde, el Tribunal Supremo asentó que una decisión de política económica, monetaria o fiscal de carácter general no genera nunca derecho al reequilibrio económico al insertarse en la esfera propia del riesgo y ventura del negocio que, por otro lado, soportan todos los empresarios del país.

Desde el momento en que el Alto Tribunal asumió que el *factum principis* era un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual ínsito en una relación contractual se desplazó el elemento de imprevisibilidad para centrar el análisis en los presupuestos típicos de las acciones extracontractuales.

El *factum principis* aparece reflejado en la contratación administrativa como un hecho ajeno a la relación contractual que rompe el sinalagma. La Ley de Revisión de Precios de 17 de julio de 1945 previó en su artículo segundo el aumento de los costes de la mano de obra o de materiales por disposición administrativa por encima del 10% como causa justificativa de la revisión de precio. El artículo 57.e) del RCCL (LA LEY 1/1953) preveía que los aumentos de jornales o materiales superior al 10% por precepto obligatorio habilitarían a solicitar una alteración del precio del contrato o una indemnización. También el artículo 127.2 del RSCL (LA LEY 18/1955) reconoce el derecho al reequilibrio cuando se introduzcan modificaciones sobrevenidas e imprevisibles en el contrato que rompan la economía de la concesión.

El artículo 80 de la LCE (LA LEY 16/1965) configura *los acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato* de gestión de servicio público como un supuesto que habilita a su resolución y permite al contratista solicitar la indemnización por los elementos pendientes de amortización y el lucro cesante (art. 79).

La LCAP (LA LEY 1900/1995) y el TRLCAP (LA LEY 2206/2000) tampoco previeron específicamente esta figura hasta que la Ley 13/2003, de 23

de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (LA LEY 919/2003) incorporó las «*actuaciones de la Administración* [que] *determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión*» (Art. 248.2.b) como un supuesto específico que obliga a la Administración a restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión. La LCSP de 2007 (LA LEY 10868/2007) mantiene esta previsión (art. 241.2.b) para el contrato de concesión de obra y 258.4.b) para el contrato de gestión de servicio público) así como el TRLCSP, LA LEY 21158/2011 (arts. 258.2.b) y 282.4.b, respectivamente).

La vigente LCSP (LA LEY 17734/2017) mantiene la regulación del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) aunque con una redacción más clara reconociendo que únicamente procederá por «*actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato*» (art. 270.2.b para la concesión de obras y art. 290.4.b para la concesión de servicios).

El Consejo de Estado caracteriza el *factum principis* desde su Dictamen de 3 de noviembre de 1948 (expdte. 3.725) (i) como un acto de autoridad de contenido económico; (ii) que tiene impacto directo en la prestación contratado al agravarla sin culpa o dolo del contratista ya que el *factum principis debe ser la causa y no la ocasión del aumento por lo que no es operante cuando se trata de disposiciones de carácter general y universal que sólo de manera indirecta generan el aumento de costes* (*i.e.* las medidas fijando la circulación fiduciaria, manejo del tipo de interés, política de deuda pública, manejo del crédito oficial no podrán ser tomadas en consideración porque se trata de medidas que deben soportar todos los ciudadano); (iii) imprevisto y posterior a la adjudicación; y (iv) que causa un daño cierto y especial que no deriva de disposiciones de carácter general que impongan cargas públicas para todos los ciudadanos.

El Dictamen del Consejo de Estado 31/92 señala que existe *factum principis* cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del «*imperium*» aunque «*la mera concurrencia de una típica relación jurídica entre la Administración y reclamante no prejuzga, sin más, la necesidad de sustanciar la reclamación a partir de las normas reguladoras de aquella relación. En determinados casos, la existencia de una previa relación jurídica se configura como presupuesto "de facto" para la efectividad de una eventual responsabilidad extracontractual*». Se insertará en la relación contractual cuando la decisión «*entraña un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato administrativo precisamente aseguraba*».

El reciente Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 18/19 analiza la figura del *factum principis*, a propósito de la subida del Salario Mínimo Interprofesional. La Junta asume punto por punto el informe de la Abogacía del Estado 1/2019 (R-33/19) de 1 de febrero y asume que la mayor onerosidad de un contrato puede derivar de: (i) la modificación del objeto (*ius variandi*); (ii) la adopción de medidas o disposición de intervención u ordenación económica cuyos efectos pueden incidir en la relación (*factum principis*); (iii) de hechos impredecibles.

El *factum principis* es una acción indemnizatoria extracontractual que se inserta en la relación contractual. Por ello, la fuerza mayor actuará como elemento interruptor de la misma

La Junta Consultiva entiende que esta medida económica es una actuación administrativa que sería encuadrable en un supuesto de *factum principis*. La Junta concluye que, dado que se trata de una disposición de carácter general dictada en ejercicio de una potestad pública conferida por la Ley y ejercida legítimamente, no se produce un supuesto de *factum principis que* genere el derecho al derecho reequilibrio porque se trata de una carga general y no una medida que incida específicamente en el contrato. Se apoya en el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de julio de 1971 que señalaba que: «*los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad; sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para alguno de los administrados, se convierte en una típica lesión indemnizable en razón a la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa sobre el patrimonio del perjudicado. Esta mayor intensidad del sacrificio postula claramente el reconocimiento al administrado del derecho a obtener una indemnización compensatoria del daño sufrido que, por su gravedad excepcional, no puede ser considerado como una carga general de obligado acatamiento…*». Pues bien, ésta es la naturaleza del *factum principis*: una acción indemnizatoria extracontractual que se inserta en la relación contractual. Por ello, la fuerza mayor actuará como elemento interruptor de la misma.

Lo que convierte la acción indemnizatoria en contractual es, precisamente, que la actuación lesiva procede de la Administración

contratante. No es posible hablar de reequilibrio por *factum principis* cuando la lesión procede de la actuación de otra Administración. En ese caso, estaremos en un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual.

El Dictamen del Consejo de Estado de 21 de enero de 2016 (expdte. 1030/2015) señalaba que «***La aplicación de esta teoría únicamente resulta viable cuando la medida que da lugar al desequilibrio contractual procede de la Administración concedente**...El Consejo de Estado ha reiterado que existe un supuesto de necesario reequilibrio económico-financiero por concurso del denominado factum principis **cuando la Administración se encuentra vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente** acordada a través de un acto propio nacido del poder general del imperium (dictámenes números 3.275, de 12 de noviembre de 1948 y 31/92, de 13 de febrero)*».

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2019 (LA LEY 185519/2019) ratifica esta conclusión al señalar el presupuesto del *factum principis* es que el acto gubernativo tengo su origen en la Administración concedente. De este modo, se abunda en el carácter de responsabilidad contractual extracontractual que se inserta en la relación contractual: «*Lo que en el motivo se sostiene es que la sentencia recurrida realiza una indebida aplicación del concepto de "Administración» contenido en dichos artículos, constriñendo tal concepto y la posibilidad de que las actuaciones de otras administraciones puedan impactar en el equilibrio de la concesión. En concreto, se expone que se trata de un concepto polisémico que puede referirse tanto a un "conjunto de Administraciones públicas», o a un sector de estas, o, en fin, a una entidad dotada de personalidad jurídica propia, y que la sentencia de instancia yerra cuando lleva a cabo una interpretación tan limitada del términos expresado…**La sugerente argumentación de la recurrente no puede ser acogida por cuanto, solo y exclusivamente, la Administración que adjudica la concesión de la obra es la que puede variar —y no otra— el contenido del contrato afectando al equilibrio económico financiero del mismo**. Es evidente que solo las actuaciones de la Administración contratante —y no las de otra— son las que pueden determinar la ruptura sustancial de la economía de la concesión….A mayor abundamiento, el propio precepto —en su apartado 2.b), que se considerada infringido por la recurrente— requiere que las actuaciones de la Administración, que puedan dar lugar a una ruptura sustancial de la economía de la concesión, han de llevarse a cabo "de forma directa». De ello debe deducirse —de tal concreta expresión— que **sólo la Administración implicada en la concesión es la que, "de forma directa», puede provocar la ruptura sustancial de la economía de la misma; la intervención de otras Administraciones, como se pretende, sólo sería una intervención indirecta, pero sin entidad para afectar al equilibrio del contrato**; si bien se observa, el legislador ha contemplado, en el mismo artículo y apartado, otra causa de alteración del citado equilibrio, cual es la "fuerza mayor» pero, obviamente, en tal concepto no tienen cabida las actuaciones de otra Administración, y menos con los motivos por lo que aquí ha actuado la Administración del Estado*».

El presupuesto del *factum principis* no reside en la actuación de cualquier poder público sino de la Administración concedente, tal y como se ha incorporado expresamente a la Ley (art. 270.2.b LCSP, LA LEY 17734/2017).

La figura del *factum principis* constituye una de las manifestaciones concretas del principio del equivalente económico que tiene por objeto garantizar la equivalencia del sinalagma contractual cuando las decisiones de una de las partes contratante en el ejercicio de sus potestades extracontractuales impactan en la relación negocial. Este es el caso, de la administración concedente de una autopista que al tiempo que pone en servicio la vía de pago pone en funcionamiento otros viales gratuitos. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 2 de diciembre de 2015 (LA LEY 191026/2015) conforme la Sentencia del TSJ de Madrid que reconoció derecho al reequilibrio al concesionario ya que «*ambos datos permiten identificar las notas con las que se viene configurando el "factum principis», ya que, por un lado revelan una actuación procedente de la propia Administración concedente y, por otro, ponen de manifiesto una evidente incidencia en uno de los hechos determinantes de la contraprestación que corresponde al concesionario, cual es el tráfico o número de vehículos que ha de ser tomado en consideración para fijar la subvención que como derecho se le reconoce en el contrato*».

En definitiva, el *factum princiis* es una acción de responsabilidad (en su origen extracontractual) que se inserta en la relación convencional y así debe ser analizada.

IV. Las medidas adoptadas en el marco de la crisis del COVID

Las medidas adoptadas por el Gobierno de la Nación en materia de contratación pública, y convalidadas por el Congreso de los Diputados, en el marco de la crisis del COVID-19 se han materializado en diversos reales decretos leyes.

Las medidas más relevantes a efectos de contratación pública se concentran en el artículo 34 RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) modificado sucesivamente RDL 11/2020 (LA LEY 4471/2020) y el RDL 15/2020 (LA LEY 5476/2020). La calificación de las medidas adoptadas permite concluir que estamos ante una regulación de emergencia, específica y que incorpora al ordenamiento jurídico español un mecanismo resarcitorio hasta ahora no previsto.

El COVID-19, a la vista de la doctrina y jurisprudencia expuestas puede ser caracterizado, con carácter general, como un acontecimiento de fuerza mayor. Es evidente que conforme el tiempo avanza los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad decaen ante la exigencia de una mayor diligencia por parte de los agentes para minorar los efectos y consecuencias del virus.

Sin embargo, el RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) huye de esta expresión cuando regula las medidas en materia de contratación pública aunque la exposición de motivos y su articulado consideran las pérdidas económicas derivadas de la situación del COVID-19 como una causa de fuerza mayor a la hora de adoptar medidas de ajuste temporal de actividad en el empleo. En cualquier caso, a la vista de lo expuesto, entendemos que estamos ante un supuesto de fuerza mayor regulado *ad hoc*.

Discrepamos del Informe de la Abogacía del Estado de 2 de abril de 2020 (R 394/20) que niega la calificación del COVID-19 como causa de fuerza mayor al entender que el RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) no lo prevé como tal y que, por tanto, tampoco merece el tratamiento propio de un hecho imprevisible. En nuestra opinión, una cosa es su naturaleza jurídica que viene dada por su naturaleza (fuerza mayor) y otra las consecuencias que el legislador ha vinculado a esta situación desplazando todo el marco legislativo ordinario. GIMENO FELIU [(7)] o DOMENECH PASCUAL [(8)] también abogan por esta calificación. La ausencia de calificación expresa como causa de fuerza mayor no debe equipararse a la exclusión legislativa de esta categoría, por otro lado, insostenible conceptualmente.

No estamos ante un supuesto de *factum principis* porque las medidas adoptadas por el Gobierno tienen carácter general, no están dirigidas a un sector específico y, además, vienen provocadas por una causa de fuerza mayor lo que impide apreciar la concurrencia de este instituto jurídico que, como hemos expuesto, tiene su origen en la responsabilidad patrimonial extracontractual.

Como se ha expuesto, la aproximación a la fuerza mayor debe ser siempre casuística y ello habría exigido una valoración de la situación de cada contrato para adoptar las medidas ordinariamente previstas para ellos. Se habría tenido que valorar el carácter imprevisible e irresistible, la ajenidad, la concurrencia de culpa o dolo, las medidas diligentemente adoptadas de prevención y contención, etc.

Este análisis casuístico no habría sido operativo y, desde luego, habría dado lugar a una inseguridad jurídica absoluta ante la más que previsible disparidad de criterios. Ello habría conducido a una segura judicialización de las situaciones lo que, por otro lado, tampoco es descartable a la vista de la situación actual.

El legislador ha optado por desplazar toda la normativa ordinaria de contratación pública sobre fuerza mayor e implantar una regulación de excepción o, mejor dicho, de alarma (*rectius* y para evitar la polémica). El artículo 34.3 RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) declara expresamente inaplicable el artículo 239 LCSP (LA LEY 17734/2017) y el artículo 34.4 RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) articula un nuevo supuesto de reequilibrio que desplaza por especialidad la regulación general de la normativa aplicable a cada contrato *ratione temporis*.

Sin embargo, no sólo se debe atender al efecto desplazamiento o negativo sino también al efecto positivo porque introduce medidas resarcitorias no previstas en la regulación general. Merece la pena detenerse en comparar los efectos que anuda la legislación ordinaria a una situación de pandemia y los que prevé el RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020):

- Ámbito subjetivo: Las medidas se aplican a contratos administrativos y privados porque se predican para todos los contratos celebrados por entes del sector público y sujetos a cualquier norma temporalmente aplicable (art. 34.7 RDL 8/2020, LA LEY 3655/2020). Esta previsión introduce una previsión especial al régimen de los contratos privados previsto en el art. 26.2 LCSP (LA LEY 17734/2017). De este modo, los contratos privados estarán sujetos en sus efectos y extinción al derecho privado salvo cuando les sea aplicable el art. 34 del RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020).

- Contratos de servicios, suministros y atípicos: La fuerza mayor como concepto amplio que incluiría una situación pandémica únicamente tiene eficacia exoneratoria por aplicación supletoria del régimen civil (art. 1.105 CC, LA LEY 1/1889) y justificará la modificación del contrato y, en casos extremos, su resolución por imposibilidad legal o física de su prestación como también apunta YBARRA MALO DE MOLINA [(9)] .

  El RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) no sólo preserva el efecto exonerante y, por ello, contempla su prórroga y resolución sino que reconoce un derecho resarcitorio. Los entes del sector público (y no sólo la Administración Pública) comparten los riesgos. El ordenamiento jurídico español incorpora, por primera vez, una cláusula indemnizatoria en los contratos de servicios y suministros que permitirá reclamar a la Administración (a) los gastos salariales y cotizaciones sociales que efectivamente hubiera abonado al personal adscrito a fecha 14 de marzo de 2020 durante el período de suspensión; (b) los gastos de mantenimiento de la garantía definitiva; (c) los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al período de suspensión del

contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que se acredite que no pudieron ser empleados para otros fines; y (d) los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

Además, en el caso de los contratos de interpretación artística y espectáculos públicos se reconoce una indemnización del 3 al 6% en caso de resolución (art. 4 RDL 17/2020, LA LEY 6189/2020) lo que, bajo un régimen ordinario, no estaría justificado [(10)] . De hecho, esta medida se revela claramente como una ayuda encubierta al sector artístico damnificado por la cancelación de espectáculos y eventos.

- Contratos de obras: La fuerza mayor mantiene su carácter exoneratorio (así se prevé expresamente la prórroga) y habilita al contratista a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios soportados.

  De acuerdo con lo expuesto en apartados anteriores, resultaba seriamente dudoso que un supuesto de pandemia fuera un acontecimiento de fuerza mayor indemnizable de acuerdo con el art. 239 LCSP (LA LEY 17734/2017). El legislador parece aceptarlo implícitamente al desplazar expresamente la aplicación de este precepto [(11)] en el art. 39.3 RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) pero lo cierto es que la LCSP (LA LEY 17734/2017) únicamente contempla (como la normativa que la precedió) acontecimientos catastróficos naturales. Las enfermedades no están entre estos acontecimientos y el carácter restrictivo de la interpretación del precepto, a la vista de la jurisprudencia analizada, permiten concluir que el Gobierno de la Nación ha aclarado un aspecto que presentaba serias dudas.

  Por otro lado, la indemnización regulada tiene un alcance bastante inferior a la recogida en el art. 239 LCSP (LA LEY 17734/2017) que, como ya hemos visto, no sería aplicable: El RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) limita la indemnización a los siguientes conceptos: (a) gastos salariales y cotizaciones sociales que efectivamente abone el contratista durante el período de suspensión al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato antes del 14 de marzo y que continúe adscrito cuando se reanude, que determinarán de acuerdo con el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021 o convenios equivalentes; (b) gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato; (c) gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos; y (d) los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

  En este punto, debemos recordar que la indemnización del artículo 239 LCSP (LA LEY 17734/2017) no está limitada e incluye daño emergente y lucro cesante, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada *ut supra*.

- Contratos de concesión: La fuerza mayor actúa como causa exonerante del incumplimiento y como presupuesto para solicitar el reequilibrio económico de la concesión.

  Sin embargo, al igual que ocurre con el contrato de obras, resultaría difícil defender que la pandemia se erija en un supuesto de fuerza mayo como causa de restablecimiento del equilibrio a la vista de la interpretación del artículo 239 LCSP (LA LEY 17734/2017) al que se remiten los artículos 270.2 y 290.4 LCSP (LA LEY 17734/2017).

  El art. 34.4 RDL 8/2020 (LA LEY 3255/200) desplaza la legislación ordinaria e impone una regulación de emergencia reconociendo el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 (tal y como se prevé en los arts. 270.3 y 290.5 aunque eliminando el requisitos de que el 50% de los ingresos provenga de tarifas de los usuarios) o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato para compensar por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales y de cotizaciones sociales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato. Las concesiones son las que menos ven alteradas su régimen general.

Las medidas adoptadas rompen con el marco legislativo ordinario. El COVID-19 convierte al sector público en valedor de sus contratistas mutualizando las pérdidas vinculadas a los episodios de suspensión total o parcial de los contratos derivadas del COVID-19.

No hay ningún precedente en nuestro marco legislativo que permita identificar medidas con el alcance que tienen las adoptadas. Ni tan siquiera las previsiones ordinarias sobre fuerza mayor recogidas para los contratos de obra y concesión podrían alcanzar, de mantenerse su actual interpretación, acontecimientos catastróficos de origen pandémico o epidémico.

El COVID-19 no sólo es una causa de fuerza mayor que exonera de la responsabilidad vinculada al incumplimiento contractual sino que,

además, permite solicitar una reparación parcial de los daños soportados. Por ello, las medidas adoptadas deben valorase positivamente aunque, como siempre, la prueba del algodón estará en su aplicación por los poderes adjudicadores y en su interpretación por nuestros tribunales. Lo veremos más pronto que tarde.

---

(1) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) n.º 23/1998, de 23 de enero de 2014 (LA LEY 747/2004).

(2) Esta Sentencia sintetiza con amplia cita jurisprudencia la doctrina legal sobre la fuerza mayor: «*No se infringe la doctrina general porque la concurrencia de los requisitos para la aplicación del art. 1.105 CC, es decir, la imprevisibilidad y la inevitabilidad exige una prueba cumplida y satisfactiva (Sentencias 28 de diciembre de 1997 y 2 de marzo de 2001), incumbiendo la carga de la prueba a quien alega la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor (SS. 31 de mayo de 1985; 11 de octubre de 1991; 31 de julio de 1996; 29 de diciembre de 1998; 8 de noviembre de 1999; 8 de febrero de 2000; 10 de octubre de 2002)…También tiene dicho esta Sala que la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S. 24 de diciembre de 1999), debiendo concurrir en dicho acontecimiento —hecho determinante— la cualidad de ajenidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quien lo alega (SS. 19 de mayo de 1960, 28 de diciembre de 1997, 13 de julio y 24 de diciembre de 1999 y 2 de marzo de 2001), sin que pueda confundirse la ajenidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento (S. 22 de febrero de 2005); y asimismo debe haber una total ausencia de culpa (SS. 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 18 de abril de 2000, 23 de noviembre de 2004), porque la culpa es incompatible con la fuerza mayor y el caso fortuito (S. 2 de enero de 2006). La «fuerza mayor» ha de consistir en una fuerza superior a todo control y previsión (S. 20 de julio de 2000), y para ponderar su concurrencia habrá de estarse a la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto, o inevitabilidad en una posibilidad de orden práctico (S. 4 de julio de 1983, reiterada en las de 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 20 de julio de 2000 y 15 de febrero de 2006). La jurisprudencia, en su versión casuística, insiste en la exigencia de haber obrado con la diligencia exigible por las circunstancias de cada caso (atención y cuidados requeridos —S. 16 de febrero de 1988—; diligencia razonable —S. 5 de diciembre de 1992—; adecuada —S. 5 de febrero de 1991 y 2 de enero de 2006—; precisa —S. 31 de marzo de 1995—; debida —SS. 28 de marzo de 1994 y 31 de mayo de 1997—; necesaria —S. 8 de noviembre de 1999—), pues la fuerza mayor, como el caso fortuito, no procede ante un comportamiento negligente con suficiente aportación causal*».

(3) GARCÍA ENTERRÍA, E., Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, Madrid, 1954.

(4) FERNÁNDEZ-FIGUEROA GERRERO, F.; *El factum principis en la doctrina del Consejo de Estado*; INAP (http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100465)

(5) Esto es, fuerza exonerante justificativa de la modificación del contrato (por imprevisible) y de su resolución (por ejecución imposible, art. 211.g) aunque nunca tendrá carácter indemnizatoria al no estar prevista en el listado del artículo 239 LCSP (LA LEY 17734/20).

(6) *Opus cit* 4.

(7) GIMENO FELIU, J.M.; *La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n.º 86-87, marzo-abril 2020.

(8) DOMENECH PASCUAL, P.; *Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n.º 86-87, marzo-abril 2020.

(9) YBARRA MALO DE MOLINA, B, *Nota sobre la problemática legal derivada de la suspensión y ampliación de plazo de los contratos administrativos de servicios y suministros como consecuencia del COVID-19 y las medidas adoptadas para combatirlo*, SEPIN, 2020 (ref. SP/DOCT/104356).

(10) Nótese que con carácter general la indemnización en caso de imposibilidad de prestación está limitada al 3% de la prestación dejada de realizar (art. 213.4 LCSP, LA LEY 17734/2017). Por ello, el RDL 17/2020 (LA LEY 6189/2020) excluye expresamente la aplicación de este precepto.

(11) La Abogacía del Estado en su Informe de 2 de abril de 2020 (R 394/20) señala que (i) está expresamente excluido como un supuesto de fuerza mayor a los efectos del art. 239 LCSP (LA LEY 17734/2017) y 231 TRLCSP (LA LEY 21158/2011); y (ii), el RDL 8/2020 (LA LEY 3655/2020) rechaza tratar el COVID como un supuesto de fuerza mayor y, por tanto, señala que tampoco puede ser calificada como causa imprevisible.