

ESTUDIOS

EL CONCEPTO DE ONEROSIDAD EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

CARLOS ALBERTO AMOEDO-SOUTO
Universidade da Coruña

Cómo citar/Citation

Amoedo-Souto, C. A. (2024).
El concepto de onerosidad en el derecho de los contratos públicos.
Revista de Administración Pública, 223, 103-140.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.223.04>

Resumen

El presente trabajo analiza la evolución y significados del concepto de onerosidad contractual como rasgo de los contratos en distintos ámbitos del ordenamiento, con especial referencia al doble papel que en la actualidad desempeña en el ámbito de los contratos públicos: como criterio de deslinde del contrato frente a operaciones de colaboración público-público y como criterio de adaptación de los precios contractuales en caso de circunstancias extraordinarias sobrevenidas.

Palabras clave

Onerosidad; teoría del contrato; derecho de los contratos públicos.

Abstract

This paper addresses the evolution and meanings of the concept of consideration as a feature of contracts in different areas of our legal system, with special refe-

rence to the dual role it currently plays in the field of public contracts: as a criterion for the demarcation of the contract from public-public collaboration operations, and as a criterion for the adaptation of contract prices in the event of extraordinary circumstances.

Keywords

Consideration; contract theory; Administrative contracts Law.

SUMARIO

I. EL ESTUDIO DE CONCEPTOS JURÍDICOS TRANSVERSALES CON METODOLOGÍA REALISTA. II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TÓPICO DE LA ONEROSIDAD COMO CAUSA DE LOS CONTRATOS. III. EL MITO DE LA ONEROSIDAD EN EL DERECHO (CIVIL) COMÚN. IV. LA ONEROSIDAD EN EL DERECHO EUROPEO: 1. La onerosidad en las directivas del IVA. 2. La onerosidad en las directivas de contratos públicos y en la jurisprudencia del TJUE. 3. Un nuevo escenario: la onerosidad en las normas europeas de contabilidad y su incorporación del concepto de onerosidad excesiva (*hardship*). V. LOS SIGNIFICADOS DE LA ONEROSIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL DE CONTRATOS PÚBLICOS: 1. El concepto propio de onerosidad del art. 2.1 LCSP. 2. La mayor onerosidad como criterio de adaptación del precio de los contratos ante circunstancias imprevistas y extraordinarias: 2.1. *La doctrina del Consejo de Estado*. 2.2. *La mayor onerosidad como táctica jurídica de reequilibrio del precio ante situaciones económicas extraordinarias*. IV. CONCLUSIÓN: EL FUTURO DEL CONCEPTO DE ONEROSIDAD CONTRACTUAL EN LA ADMINISTRACIÓN DEL COLAPSO CLIMÁTICO.

«Ces concepts de droit et d'économie que nous nous plaignons à opposer: liberté et obligation; libéralité, générosité, luxe, et *épargne*, intérêt, utilité, il serait bon de les remettre au creuset».

Marcel Mauss¹

I. EL ESTUDIO DE CONCEPTOS JURÍDICOS TRANSVERSALES CON METODOLOGÍA REALISTA

1. Uno de los motores de desarrollo histórico del derecho público ha sido el paulatino *desdoblamiento de conceptos jurídicos nacidos en el derecho civil común*, que pasan a gozar de nuevos matices y contenidos cuando son aplicados sistemá-

¹ Cfr. «Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques», *L'Année sociologique*, 1, 1923-1924, pág. 171.

ticamente a la regulación de las relaciones jurídico-públicas surgidas al calor de la construcción del Estado liberal durante el siglo XIX.

Esta singularización conceptual respecto del derecho privado se fundamenta en buena medida en la existencia de relaciones «*desequilibradas*» —caracterizadas por la presencia, en uno de sus polos, de una organización portadora del interés general o público, llámese Estado o Administración pública²—, cuya formalización jurídica, impregnada por la tutela de intereses supraindividuales, obliga a abandonar la perspectiva igualitarista clásica del derecho privado liberal-burgués, codificado a lo largo del siglo XIX.

Múltiples estudios historiográficos de las categorías centrales del derecho administrativo han probado la frecuencia de tales exportaciones y resignificaciones conceptuales a lo largo de la evolución de nuestra disciplina: desde el contrato al dominio público o la responsabilidad patrimonial administrativa, nuestras categorías se han ido construyendo históricamente, mediante un proceso de paulatina decantación conceptual respecto del derecho privado³.

Esa mezcla de elementos conceptuales entre uno y otro campo del ordenamiento interno sigue produciéndose hasta hoy. Las fronteras disciplinarias entre esos campos se disuelven en el aire con relativa facilidad, permitiendo el trasiego de materiales jurídicos en función de tácticas argumentativas e intereses de naturaleza diversa. De ahí que cada vez se relativice más la propia consistencia de una distinción fuerte entre derecho privado y público⁴.

2. Hoy, sin embargo, el derecho privado ha dejado de ser el principal reservorio de conceptos básicos desde los que construir las relaciones jurídico-públicas. Ese papel es desempeñado hoy por el derecho de la Unión Europea, nuevo *Ius Commune* construido por agregación de las experiencias jurídicas de sus Estados

² Cfr. S. Martín Retortillo (1960), *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla: Instituto García Oviedo.

³ Desde la perspectiva de la teoría de los contratos públicos, G. Ariño Ortiz ha destacado la contradicción constitutiva que acompaña su construcción jurídica en nuestro país: el hecho de que una de las partes del contrato público sea la Administración, portadora de intereses generales, desequilibra estructuralmente la igualdad de partes sobre la que se ha construido la teoría general del contrato en el derecho privado, de la que bebe la iuspublicística desde el siglo XIX (y sigue viviendo en el siglo XX, aunque sólo sea por la propia definición del Código Civil como norma supletoria *de último recurso* en la Ley de Contratos del Sector Público) —art. 25.2 para los contratos administrativos, y 26.2 para los privados—. En todo caso, este autor ha subrayado que el alma y razón de ser del contrato público es sin duda «la especial tutela del interés público»: la existencia de un interés público prevalente que el ordenamiento jurídico encomienda a cada órgano o entidad, y que requiere una protección jurídica especial. Cfr. «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 79-102, en especial págs. 100-101.

⁴ Cfr. F. Velasco Caballero (2014), *Derecho público más Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons.

miembros hegemónicos, en esa fragua que son las instituciones comunitarias y sus peculiares fuentes del derecho europeo.

De ahí que, en una época caracterizada por un intenso pluralismo jurídico⁵, no quepa hablar de fronteras fuertes entre ordenamientos, sino, todo lo más, de superposición de funcionalidades regulatorias, que se van articulando desigualmente, con trazos de geometría variable, en el ordenamiento multinivel característico de la pluralidad de fuentes del derecho de nuestra época. Esta transformación de la experiencia jurídica contemporánea es especialmente visible en el ámbito de los *contratos públicos*⁶.

3. En esa acumulación de capas regulatorias, es posible detectar *conceptos o categorías jurídicas caracterizadas por su longevidad y transversalidad*⁷.

Aunque tales conceptos estén presentes en distintas geografías del campo jurídico, su significado es característicamente ambiguo, multifuncional y cambiante según se maneje entre iuspublicistas o iusprivatistas, o en un contexto de derecho europeo o interno. El hecho de que nazcan en un área del derecho y se apliquen en otra u otras, genera frecuentemente mutaciones semánticas, generalizaciones y distorsiones interpretativas que no obedecen a una lógica abstracta o inmanente, sino a orientaciones ideológicas e intereses materiales más o menos concretos, que producen significados adaptados a los problemas operativos de cada campo del derecho. La atribución de contenidos semánticos a conceptos jurídicos transversales no es una operación puramente lógica, que obedezca al desarrollo dogmático de axiomas abstractos e inmutables; más bien, es una imputación contingente, realizada en función de materiales, contextos y estrategias seleccionadas por los operadores jurídicos relevantes, en defensa de unos determinados intereses. De ahí que el uso interordinamental de ciertos conceptos ofrezca una atalaya particularmente interesante para observar el funcionamiento

⁵ Véase S. Cassese (2006), *La globalización jurídica*, Madrid, INAP, 2006. A. M. Hespanha (2019), *Pluralismo jurídico e Direito democrático. Prospectivas do Direito no século XXI*, Lisboa: Almedina, 4ª edición, quien destaca que en el contexto de las sociedades postestatalistas contemporáneas, la «buena interpretación» es la que, para estabilizar de manera duradera la resolución conflictos, elige, de entre varios sentidos inevitablemente posibles de la norma, aquel que, en el caso concreto, mejor responde a las diferentes expectativas sociales, teniendo en cuenta que el orden jurídico no es axiológicamente coherente (págs. 273 y 276).

⁶ Véase D. Berberoff Ayuda (2018), «La doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en J. M. Gimeno Feliú, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 163-202.

⁷ Véase, desde una perspectiva romanista privada, R. Panero Gutiérrez (2006), *Formación de conceptos jurídicos*, Valencia: Tirant lo Blanch; desde una perspectiva iuspublicística, véase S. Díez Sastre (2018), *La formación de conceptos en el derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid: Marcial Pons.

operativo de ese *pluriordenamiento* en su conjunto, tanto desde un punto de vista dinámico como estático.

Por su complejidad genealógica, la descripción sistemática de estas mutaciones de significado no es fácil, pero es altamente iluminadora de las confusiones que producen en cada subordenamiento. El esfuerzo descriptivo nos permite mejorar de una manera más depurada nuestra comprensión de lo jurídico, y formular políticas jurídicas propositivas, de evolución del derecho, más pertinentes. Propuestas que no pueden reducirse al control de la no contradicción entre reglas jurídico-positivas, sino que debe incluir también la exposición de sus posibles enfoques hermenéuticos, el análisis práctico de sus consecuencias y su impacto sobre la realización material de los valores superiores de nuestros ordenamientos, en la línea pospositivista que mejor define la experiencia jurídica contemporánea⁸.

4. Desde estas premisas metodológicas y teóricas realistas⁹, *poniéndolas a prueba*, se ha enfocado el presente trabajo sobre una de esas categorías jurídicas interordinamentales mutantes: la *onerosidad*¹⁰. En particular, sobre sus *significados y orientaciones en el campo de la causa de los contratos públicos*.

⁸ Véase M. Atienza (2018), *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta; (2019) *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Madrid, Trotta; en cuya página 12 puede leerse que «el postpositivismo ve el Derecho básicamente como una actividad (“una idea de fin”, como diría Ihering), cuya “esencia” debe determinarse funcionalmente, en términos prácticos (y que suele asociarse con la escritura de un libro, la construcción de un edificio o —como en alguna ocasión hizo Ihering— con el arte de la navegación). Según esta última concepción —la postpositivista—, la teoría del Derecho no puede limitarse a describir y explicar un fenómeno (lo que, por cierto, exigiría adoptar una perspectiva que no fuera solo estructural), sino que debe también (esta sería incluso su función central) establecer criterios de orientación para quienes participan en la práctica y, en particular, para los juristas profesionales».

⁹ Por decirlo en las palabras del maestro A. Nieto (2007), el mejor defensor entre nosotros de esta gran corriente de teoría del derecho, se trata de, «sin ignorar la importancia de los textos normativos, dedicar especial atención al Derecho que en la realidad se practica, y que es el que da el valor y la medida exacta de las normas formales». Cfr. *Crítica de la razón jurídica*, Madrid: Trotta, pág. 10. En *Una introducción al Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 215 y siguientes, Nieto resume su visión del realismo jurídico como una verdadera actitud, un movimiento cultural o, dicho en sus propias palabras, *un modo de ver el Derecho y de comportarse en consecuencia*, en el que el plano de análisis normativo formal del Derecho se complementa con el análisis de los factores que inciden en las decisiones singulares que lo aplican, sean de tribunales, de la Administración o de los propios individuos. Un enfoque realista en el análisis historiográfico de las doctrinas jurídicas ha sido desarrollado por G. Tarello (véase en castellano su *Cultura jurídica y política del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, págs. 11-33) y, en general, por la escuela generada por Paolo Grossi alrededor de los *Quaderni Fiorentini Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*.

¹⁰ Aunque el *Diccionario de la Lengua Española* no reconoce la voz «onerosidad», sí aparece en el *Diccionario Panhispánico* del español jurídico, por lo que hemos optado por

Expresándolo con palabras de Francesco Galgano, el viejo tópico de la onerosidad constituye en la actualidad un *problema de política de la construcción jurídica*¹¹. Sus significados sobre la causa de los contratos públicos y privados —reducibles a dos grandes nociones: expectativa de contraprestación e intercambio de equivalentes— y su mezcla de funciones descriptivas y prescriptivas, responden al acúmulo de capas de construcción del actual ordenamiento plurinormativo: desde el los posglosadores medievales y el iusnaturalismo racionalista francés del siglo XVII hasta la actual codificación del derecho europeo, pasando por la codificación civil decimonónica, la codificación de un derecho específico de los contratos públicos, la codificación de la *Lex mercatoria* internacional... Depurar los significados y funcionalidades de un concepto con tanta *potencia iusarqueológica* se revela como un empeño útil para iluminar una aplicación más coherente del derecho administrativo en un entorno normativo plural de fuentes del derecho, con importantes repercusiones en la operativa cotidiana de las Administraciones públicas. ¿Qué significa la onerosidad de un contrato en el ámbito público? ¿Qué papel juega en la definición de la causa de los negocios jurídico-públicos? ¿Puede hablarse de un concepto de onerosidad de derecho público distinto del concepto de onerosidad propio del derecho privado común? ¿Cómo opera la onerosidad para distinguir lo que se hace gratis de lo que se hace a cambio de algo? En definitiva: ¿qué concepto de onerosidad deberíamos aplicar en derecho público para entender la dinámica de sus contratos?

II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TÓPICO DE LA ONEROSIDAD COMO CAUSA DE LOS CONTRATOS

5. La onerosidad puede caracterizarse preliminarmente como una de las posibles *causas* constitutivas de todo contrato. En nuestro derecho civil común (art. 1.261 CC), la concurrencia de una de esas causas, junto con un objeto contractual lícito y la prestación válida de consentimiento, constituyen los tres elementos que determinan la existencia de un contrato válido.

Así, según la definición tradicional dada por el art. 1274 del Código Civil: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la

mantener este neologismo frente a la expresión «carácter oneroso». La voz «onerosité» se reconoce comúnmente en francés y en italiano («onerosità»), ambos derivados del latín tardío «onerositas». Como veremos más adelante, este término no figura en la tradición del *Common Law*.

¹¹ Cfr. F. Galgano (1982), «Teorías e ideologías del negocio jurídico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 22, pág. 44. En el mismo sentido, G. Ariño (2007, pág. 101) nos recuerda que «para un jurista el contrato administrativo es un desafío permanente. Porque requiere una continua re-construcción jurídica, tanto legal como jurisprudencial».

prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

6. El rasgo de la onerosidad, entendida como expectativa de una contraprestación a un comportamiento propio que supone una carga, caracteriza la causa de la obligación subyacente en relaciones jurídicas de variado tipo. En los sistemas jurídicos de raíz romana como el nuestro, el conocido como *do ut des, quid pro quo*, o expectativa de contraprestación, justifica o motiva la asunción de la carga de la obligación, el *onus*. Tal expectativa permite distinguir la obligación contractual onerosa, en la que cada parte satisface su propio interés a costa de la otra, respecto de las múltiples relaciones jurídicas *gratuitas* que persisten en las sociedades capitalistas contemporáneas como expresión de comportamientos y cargas asumidos *sin la expectativa de una contraprestación*; es decir: asumidos desinteresadamente, *sin esperar nada a cambio*.

7. La operatividad práctica de esta concepción de la onerosidad frente a la gratuidad en el ámbito de los contratos civiles y mercantiles es omnipresente. También juega un papel fundamental en el ámbito del derecho público. Así, a la hora de calificar hechos imponible característicos del derecho tributario, las transmisiones patrimoniales onerosas están gravadas por el impuesto de transmisiones patrimoniales, mientras que las gratuitas, sean por título hereditario *mortis causa* o por actos inter vivos, se someten al Impuesto de sucesiones y donaciones. Por su parte, la entrega de bienes y la prestación de servicios por profesionales o empresarios realizadas a título oneroso constituyen el hecho imponible del IVA¹², de manera que las entregas y prestaciones gratuitas no estarían sujetas a este tributo.

Más allá del ámbito tributario, en ese terreno fronterizo de la biotecnología, a los efectos previstos en la Ley 14/2006, de técnicas de reproducción asistida, los contratos sobre gametos y preembriones solo pueden ser gratuitos (donaciones)¹³, optando el art. 10 por no admitir la gestación subrogada, sea con o sin precio:

¹² Véase el art. 4.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

¹³ Artículo 5.1 de la Ley 14/2006, añadiendo su párrafo tercero que: «La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación».

«Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero»¹⁴.

En el ámbito propio del derecho administrativo, los contratos públicos se definen jurídicamente por el rasgo de la onerosidad (art. 2.1 LCSP), aunque el contenido del concepto de onerosidad de nuestra Ley de Contratos del Sector Público se haya alejado ya, como veremos con detalle más adelante, de la definición civil tradicional. La onerosidad caracteriza también todos los contratos de enajenación de bienes patrimoniales de las Administraciones, salvo en los casos excepcionales de cesión gratuita que regulan los arts. 145 y siguientes de la Ley 33/2003¹⁵.

8. Este breve inventario de significados en distintas *latitudes* —por así decir— de nuestro ordenamiento jurídico no agota la transversalidad característica de la onerosidad. También se constatan distintos significados en función de la *altitud* del plano normativo en el que nos situemos, sea en el derecho de la contratación internacional, sea en el derecho europeo.

Dado que nuestro foco de atención se centra en el derecho público de contratos, nuestra estrategia expositiva será dialéctica: comenzará por el análisis del derecho civil común (la tradición jurídica interna que sigue prestando el bagaje conceptual de base a los iuspublicistas), para pasar luego al plano europeo e internacional. Ya pertrechados con las claves de comprensión del material jurídico relevante, afrontaremos la discusión final en el ámbito de los contratos públicos.

¹⁴ Véase V. Bellver Capella (2018), «Gestación por subrogación: un contrato “gratuito” gravemente oneroso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 76, págs. 30-41. La tensión entre lo gratuito y lo oneroso es característica también del régimen de obtención de datos personales en internet. Véase L. M. Martínez Velencoso y M. Sancho López (2018), «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?», *InDret*, 1/2018, disponible en: <http://tinyurl.com/2aw9ch94>.

¹⁵ Véase H. Gosálbez Pequeño (2007), «La transmisión de bienes y derechos patrimoniales: en especial, las transmisiones onerosas», en C. Horgué Baena (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid: Iustel, págs. 309-336. Recientemente, la Ley 6/2023, de 2 de noviembre, de patrimonio de la comunidad autónoma de Galicia, ha reconocido la posibilidad de *encargos patrimoniales onerosos o gratuitos* en los siguientes términos: «La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades integrantes del sector público autonómico podrán organizarse ejecutando de modo directo prestaciones propias de los negocios jurídicos previstos en la normativa patrimonial, valiéndose, mediante resolución unilateral de encargo, de una de las entidades instrumentales del sector público autonómico previstas en el art. 45 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia. Estos encargos de naturaleza patrimonial podrán ser onerosos o gratuitos» (disposición adicional décima).

III. EL MITO DE LA ONEROSIDAD EN EL DERECHO (CIVIL) COMÚN

9. Como ya hemos expuesto, el Código Civil define la onerosidad en el art. 1274 como una de las tres posibles causas del contrato sobre la que los contratantes han de consentir para obligarse mutuamente, de conformidad con el art. 1261 CC. Sin embargo, las incertidumbres que se derivan de esta definición, cuya redacción ya figuraba en el proyecto de Código Civil de 1851 (art. 997), son inagotables.

No es de extrañar que así sea. En su momento, nuestro Código Civil optó por equiparar el régimen de la causa del contrato y de la obligación jurídica, integrando eclécticamente enfoques jurídicos no siempre coherentes entre sí. De todos estos problemas se han ocupado a lo largo de los años las mejores plumas de nuestro derecho civil, desde Albaladejo, De Castro o Díez Picazo a Álvaro D'Ors, pasando por De los Mozos o Roca Sastre. De ahí que el resultado de la escolástica civilista sea brillantemente oscuro en este punto¹⁶. Como ha resumido A. Carrasco Perera (2010), «la dificultad de conducirse en el terreno de la causa de las obligaciones nace de la inconsistencia del Código Civil»¹⁷. Y para iluminar correctamente esta inconsistencia, es necesario recordar algunos datos histórico-jurídicos comparados.

10. En el ámbito del *Common Law*, el principio de reciprocidad del concepto medieval del contrato (*actus contra actum*) se expresó mediante la doctrina de la «*consideration*» o contraprestación, que aparece en la segunda mitad del siglo XVI en vinculación a la *action of assumpsit* (acción para reclamar el cumplimiento de una promesa). Esta noción de reciprocidad de intereses, beneficios o perjuicios es clave en los contratos con contenido obligacional, sean bilaterales o unilaterales, y aunque parece similar a la de la causa en el derecho continental, presenta importantes peculiaridades. No obstante, a partir de finales del siglo XVIII, el derecho inglés tendió a identificar la *consideration* con la causa de los contratos onerosos, asentándola en la idea de equilibrio contractual de contra-

¹⁶ En su comentario al art. 1274 CC, L. H. Clavería Gosálbez (1993) habla de la doctrina sobre la causa como un «galimatías conceptual». Cfr. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid: EDERSA, pág. 521. Este autor considera que el art. 1274 adolece de coherencia interna, de unidad y de rigor conceptual: «[...] a primera vista, no se propone un concepto de causa, sino tres tipos o criterios distintos; estos criterios son incongruentes e inarmónicos entre sí, aludiéndose a un elemento objetivo en los contratos onerosos y subjetivo en los gratuitos; en éstos, la causa contemplada es una causa eficiente, siendo por el contrario una causa final en aquéllos; la distinción entre contratos “remuneratorios” y “de pura beneficiencia” es cuestionable; y la descripción de la causa en los contratos onerosos no vale para todos ellos, sino sólo para los onerosos que sean sinalagmáticos y conmutativos» (pág. 530).

¹⁷ Cfr. *Derecho de Contratos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, pág. 155.

prestaciones (*fairness*)¹⁸. Hoy, la idea motora de la *consideration* sigue siendo que, cuando A hace una promesa a B, esta promesa es vinculante y ejecutable por B solo cuando B ha hecho, o prometido hacer, algo por A a cambio de esa promesa. En virtud de esta doctrina, el *Common Law* concibe el contrato como una negociación (*bargain*) de carácter oneroso¹⁹.

En el ámbito del derecho continental, Domat fue el primer autor moderno que, desde las premisas del iusnaturalismo racionalista, y tomando como base los materiales jurídicos de la tradición glosadora de base aristotélico-tomista²⁰,

¹⁸ Cfr. S. Sánchez Lorenzo (2013), *El derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 22, 49, 51 y 54. Del mismo autor (2016), véase «Causa y consideration», en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, vol. 1, 2016, págs. 1041-1078.

¹⁹ Cfr. J. Cartwright (2019), *Introducción al Derecho inglés de contratos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 198.

²⁰ J. Gordley (2001) sitúa en los posglosadores el origen de la doctrina europea continental de la causa, vinculada a la distinción entre causa gratuita («gift») y la causa onerosa («exchange») que se derivó de una lectura del derecho romano en los términos de la filosofía aristotélico-tomista: «[...] in the Aristotelian tradition, the parties' obligations depend, not only on their express will, but on the type of arrangement they enter into when they promise. There are two basic types of arrangements that the law should respect: exchange and gift. They correspond to the Aristotelian virtues of commutative justice and liberality. While distributive justice secures a fair share of wealth for each person, commutative justice preserves the share that belongs to each. In voluntary transactions, when people exchange, commutative justice requires that the resources exchanged be equivalent in value so that neither party's share is diminished. Liberality means, not merely that a party gives away resources, but that he gives them away sensibly, as Aristotle said, giving to the right people the right amounts and at the right time. Writers in the Aristotelian tradition thought that the rules that govern the parties' obligations should depend, not simply on their will, but on which type of arrangement they had made. The rules should ensure, so far as practicable, in the case of an exchange, that each party receives an equivalent, and in the case of a gratuitous contract, that the donor behaves sensibly». Esta tradición aristotélico-tomista sobre la justicia conmutativa de los negocios jurídicos se funda en la lectura del célebre Libro V de la *Ética a Nicómaco*, dedicado a la virtud de la justicia, en el que la ganancia de una de las partes sobre otra en una transacción voluntaria se considera una injusticia, una ruptura del equilibrio igualitario del justo término medio entre pérdida y ganancia: «La justicia de las transacciones voluntarias es un medio entre una cierta ganancia y pérdida, a saber, tener igual antes y después», dice Aristóteles (véase 1.132b). Tal tradición, que ha pervivido de una forma u otra hasta nuestros días, tuvo su edad de oro con la escolástica española tardía del siglo XVI, y aunque el iusnaturalismo racionalista de Grocio y Pufendorf pretendía romper con tal tradición, reutilizó y se apropió de muchos de sus conceptos, hasta incrustarse en el Código Civil francés a través de las obras de Domat y Pothier —véase «Contract Law in the Aristotelian Tradition». Cfr. P. Benson (ed.) (2001). *The Theory of Contract Law (New Essays)*, New York: Cambridge University Press, pág. 267, *passim*. Del mismo autor (1991), cfr. su clásico *Philosophical origins of Modern contract doctrine*, Oxford: Clarendon Press—.

extendió la noción de causa de las obligaciones («engagements») a los contratos («conventions») ²¹. Como en su día señaló con agudeza L. Díez Picazo (1963) ²², la gran novedad y el gran defecto de esta teoría es la confusión entre obligación y contrato. Una confusión clave, que provoca dos (d)efectos: por un lado, la *configuración objetivista* de la causa de los contratos alrededor de la idea de *correlación recíproca de cargas*; por otro lado, la tendencia a aproximar a la órbita del contrato toda relación o negocio jurídico bilateral. Esta confusión es, en el fondo, la razón de que pueda hablarse de la onerosidad civil como un *mito con vicios ocultos*: una de esas *teorías jurídicas defectuosas* a las que se ha referido recientemente entre nosotros G. Domènech Pascual ²³.

En efecto, la formulación de Domat sobre la causa de los contratos se incorporó al bagaje conceptual de Pothier y desde ahí arraigó en el *Code Napoléon* de 1804 ²⁴. A través de este célebre código, tal formulación, convertida en tópico jurídico, llega al resto de códigos civiles latinos y, en particular, a España. La codificación civil auspiciada por García Goyena no hizo sino incorporar y ampliar esta

²¹ En un párrafo célebre, dice literalmente así: «*Les communications et les commerces par l'usage des personnes et celui des choses sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble, ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente et dans une échange; ou font quelque chose l'un pour l'autre, comme s'ils se chargent de l'affaire de l'un et de l'autre; ou sont bien l'un fait e l'autre donne, comme lorsque un mercenaire donne son travail por un certain prix; ou enfin un seil fait ou donne, l'autre ne faisant ou ne donnant rien, comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'un autre; ou que l'on fait un donation par une pure libéralité. Dans ces trois premières sortes des conventions, il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paroît obligué, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devoit donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause dans la part de l'autre; et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle etait sans cause*». Véase *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1756, tomo I, pág. 19, edición original digitalizada, consultada en línea (05/05/2023) en gallica.bnf.fr. En Domat (cuya primera edición de *Les Loix* data de 1689) se inspiró posteriormente Robert Joseph Pothier para redactar su *Traité des Obligations* de 1761, del que bebe toda la civilística europea a través de su incorporación al *Code Civil* napoleónico de 1804. Sobre el papel de Domat en esta evolución, véase A.-J. Arnaud (1969), *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris: LGDJ, págs. 15 y ss.; G. Tarello (1972), «Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat», en *Materiali per una storia della Cultura Giuridica*, II, págs. 126 ss.

²² Cfr. «El concepto de causa en el negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, 16, 1, 1963, pág. 11.

²³ Cfr. «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret*, 1/2024, disponible en: <http://tinyurl.com/yce3pfvk>.

²⁴ Cfr. H. Capitant (2019 [1922]), *De la causa de las obligaciones*, Granada, Comares, págs. 144-152.

base defectuosa mediante una formulación poco coherente, incapaz de explicar satisfactoriamente la dinámica de múltiples relaciones jurídicas bilaterales.

Hoy, sin embargo, tras su reforma en 2016, y gracias a la expansión del movimiento anticausalista auspiciado en Europa y a nivel global²⁵, el Código Civil francés ya no recoge la causa (*une cause licite dans l'obligation*) como una de las condiciones esenciales de los contratos²⁶. La onerosidad apenas se mantiene en su art. 1.107 como criterio de distinción entre los «contratos a título gratuito» y los «contratos a título oneroso»: «Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie»²⁷. Asimismo, se asume la excesiva onerosidad como causa de renegociación de los términos del contrato para mantener la equivalencia de prestaciones²⁸, confluyéndose así con la vieja doctrina del Conseil d'État sobre el equilibrio económico de los contratos públicos²⁹.

²⁵ Véase D. Mazeaud (2014), «Pour que survive la causa, en dépit de la réforme!», *Droit et Patrimoine*, 240, págs. 38-40; en el mismo número y revista, L. Aynès, «La cause, inutile et dangereuse», págs. 40-41. A lo largo de su clásico *De la causa de las obligaciones*, H. Capitant polemiza con las doctrinas anticausalistas que pretenden «que la causa es una creación artificial de la que es menester desembarazar la técnica jurídica» (cfr. op. cit. pág. XL). Por su parte, S. Sánchez Lorenzo (2013) nos recuerda que: «La supresión de causa y consideración como condición de validez del contrato en los textos armonizadores del derecho contractual, tanto europeo como universal, es una buena muestra de lo irritante de estas doctrinas [se refiere a la causa contractual y la *consideration*], en realidad innecesarias para justificar la fuerza vinculante del contrato si se parte de una teoría pura del valor de las declaraciones de voluntad». Cfr. *El Derecho inglés...* op. cit., pág. 52.

²⁶ Véase *Ordonnance*, 2016-131, de 10 de febrero. Frente al viejo art. 1.108, el 1.128 de la nueva versión ya solo menciona como requisitos esenciales de la validez de los contratos el consentimiento de las partes, la capacidad de contratar y un contenido cierto y lícito.

²⁷ El nuevo art. 1.169 considera que: «Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire».

²⁸ Nuevo art. 1.195: «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

²⁹ En su *Arrêt* de 11 de marzo de 1910, el Consejo de Estado francés, a propuesta de su comisario de gobierno Léon Blum, tuvo la ocasión de justificar el poder de modificación unilateral del contrato administrativo y sus límites: entre ellos, el mantenimiento de la ecuación o equilibrio financiero de las prestaciones del contrato: «[...] L'exploitation d'un service public peut être conçue a priori comme onéreuse ou comme rémunératrice. Les avantages

11. Entre nosotros, el mantenimiento de las viejas distinciones causales de Domat y Pothier en nuestro obsoleto derecho civil ha llevado a que la jurisprudencia haya tratado de paliar sus carencias mediante una aproximación ecléctica, casuística y funcional al art. 1274 CC. Puede leerse en este sentido la STS de 19 de junio de 2009³⁰, cuya doctrina se repite hasta hoy sin excesivas variaciones:

El art. 1274 del Código civil, cuya directa inspiración en la doctrina de POTHIER ya fue reconocida por esta Sala en decisiones muy antiguas, ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo, más coherente con las tesis doctrinales imperantes que presentan la causa como la función económico-social del negocio. Así, las *Sentencias de 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 4117)*, 4 de mayo de 1987, *25 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1643)*, 24 de enero de 1992, 8 de febrero de 1996, 17 de abril de 1997 o *17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1813)*, entre muchas otras, consideran que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (SSTS 8 de julio de 1974, 8 de julio de 1983, *17 de enero de 1985 (RJ 1985, 180)*, 11 de abril de 1994, *21 de julio de 2003 (RJ 2003, 5850)*, etc.). Así entendida, la causa se ha de distinguir de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes (SSTS 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, 6 de junio de 2002 (*RJ 2002, 4874*), etc.³¹.

consentis au concessionnaire et les charges que lui sont imposées doivent se balancer de façon à former la contre-partie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est aussi impliqué comme un calcul l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui [...] l'aggravation des charges initiales ouvrira, au profit du concessionnaire, dans des conditions variables suivant chaque espèce, un droit à indemnité, ou plus exactement, le droit de réclamer un supplément de rémunération». Esa indemnización nacerá «si les modifications apportées au contrat en bouleversent complètement l'économie» (Cfr. *Recueil*, 1911, págs. 218 y 223 respectivamente), consultado on line en: <http://tinyurl.com/58s83vz2>. Este arrêt abrió el camino a que, en el *Arrêt* de 30 de marzo de 2016, el célebre asunto de la compañía de iluminación a gas de Burdeos, el Consejo de Estado considerase admisible un suplemento de remuneración como consecuencia del incremento del precio del carbón (materia prima del gas) experimentado por la concesionaria a causa de la Primera Guerra Mundial, por concurrir la causa de «bouleversement dans l'économie du contrat» que lo hacía excesivamente oneroso para la concesionaria. Véase *Recueil*, 1916, págs. 143 y 145, en especial.

³⁰ Véase RJ 2009/4449, ECLI:ES:TS:2009:5729.

³¹ Véase por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 304/2016, de 22 de junio (ECLI:ES:APB:2016:7334), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva nº 497/2017 de 15 septiembre (AC 2017\1577, ECLI:ES:APH:2017:724) o la más reciente STS de 23 de marzo de 2021 (Sala de lo Civil, RJ 2021\1271, ECLI:ES:TS:2021:1079).

12. A. Carrasco Perera considera que esta jurisprudencia, a la vez defensora de una concepción objetiva y una concepción subjetiva de la causa, es un ejemplo de «sincretismo que se produce en la jurisprudencia cuando quiere atender a todas las doctrinas y no comprometerse con ninguna, a la vez que se quiere hacer un guiño al erudito para dar a entender que el Tribunal está actualizado en sus conocimientos de literatura jurídica». De ahí que este autor haya defendido una *visión funcional* del concepto de causa del contrato³², según la cual cabe distinguir al respecto dos grandes *funciones o tácticas hermenéuticas*:

— Una primera función (que es la presente en el art. 1274 CC) es la de la causa como *criterio de determinación del tipo contractual*.

Es aquí donde aparece la onerosidad como expresión de una contraprestación que opera como causa del contrato frente a los contratos gratuitos o de pura beneficencia. En estos, su causa es el ánimo liberal, el *animus donandi causa*. En cambio, en los contratos remuneratorios, su causa es el servicio o beneficio que se remunera. Por este específico contenido prestacional-contraprestacional, Carrasco Perera considera que este *tertium genus* de la causa remuneratoria en realidad puede reconducirse siempre a los dos tipos anteriores, el par contratos a título oneroso o gratuito, cuya distinción es la que, en realidad, explica la funcionalidad práctica del concepto de causa.

— La segunda función de esta visión de la tipología causal incluida en el art. 1274 CC es la de servir de criterio de control de la licitud causal de los negocios jurídicos y sus correspondientes desplazamientos patrimoniales.

³² Para este autor, «como no es posible que la causa pueda definirse de modos tan contradictorios, el procedimiento correcto para salirse de este impasse es abandonar la pretensión de definir qué es la causa en el Derecho de contratos del Código Civil y cuestionarse qué funciones desempeña la doctrina de la causa en el derecho español» (pág. 157), añadiendo más adelante que: «La causa es una institución que tiene por función recaracterizar o hacer ineficaz un contrato —utilizando para ello distintos medios e institutos y con distintas intensidades—, cuando las partes celebran un contrato típico oneroso, pero rehúsan la contraprestación, o cuando la prestación que es causa de la contraprestación desaparece sobrevenidamente por hecho no imputable antes de que el riesgo se haya transferido completamente al sujeto cuya prestación sigue siendo posible; cuando un sujeto entrega una atribución patrimonial en remuneración de un servicio no exigible que no existió; cuando de cualquier manera un sujeto dispone sin contraprestación de bienes propios en favor de otro careciendo de ánimo liberal; cuando una o las dos partes yerran esencialmente sobre un presupuesto de un contrato; cuando las partes persiguen un propósito que no es el acomodado al tipo legal elegido o que éste no puede satisfacer o soportar; cuando el propósito contractual es ilícito o inmoral». Cfr. A. Carrasco Perera, 2010, pág. 167.

Esta segunda función es una herramienta interpretativa al servicio de la resolución de conflictos de intereses entre las partes de un contrato cuando el contenido de este presenta alguno de los tres vicios de los arts. 1275 y 1276 CC: *ausencia de causa*, *causa ilícita* (contraria a las leyes o a la moral) y *causa falsa*. Mientras que los dos primeros vicios no producen efecto alguno, la causa falsa, por su carácter fraudulento, produce nulidad, si no se prueba que estaban fundados en otra causa verdadera y lícita.

13. Al igual que ha ocurrido en el derecho francés, la debilidad congénita del concepto de causa contractual en nuestra codificación civil ha llevado a que, en la *Propuesta de Código Civil* elaborada en 2018 por la Asociación de Profesores de derecho Civil³³, no se recoja ninguna referencia a este concepto en la regulación de los contratos en general. Apenas se mantiene la referencia a la distinción oneroso-gratuito en distintos momentos de la *Propuesta* (por ejemplo, en la regulación de una presunción de onerosidad del contrato de depósito cuando el depositario sea un profesional), pero sin una definición concreta de la onerosidad³⁴. Asimismo, se recoge el concepto de *onerosidad excesiva* como regla operativa para revisar o resolver el contrato en caso de *alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato*³⁵. Un concepto de onerosidad, ya incorporado a la *Compilación Civil Foral Navarra de 2019*³⁶, que no denota la clásica conmu-

³³ Madrid, Tecnos, 2018.

³⁴ Por ejemplo, la cláusula de cierre recogida en el art. 524-7: «1. Cuando sea imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si el contrato es gratuito, estas se resuelven a favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato es oneroso, la duda se resuelve a favor de la mayor reciprocidad de intereses».

³⁵ Véase el art. 526-5: «1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando:

a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato;

b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y

c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.

3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución».

El art. 583-11 recoge la siguiente regulación de la «excesiva onerosidad sobrevenida» en el caso de los contratos de obra: «La obligación de realizar la obra destruida o deteriorada cesa cuando su cumplimiento implica excesiva onerosidad para el contratista».

³⁶ La *Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, en su versión aprobada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la *Compilación del*

tación contractual de prestaciones, sino otra de las acepciones reconocidas por el Diccionario de la Real Academia Española: la de «gravoso», que genera un coste sobrevenido, no incluido en las expectativas originales de beneficio que configuraron un determinado negocio bilateral como un intercambio de equivalentes. Como veremos, este significado es el que se está imponiendo en el ámbito de la nueva *Lex mercatoria* internacional.

Armados con este bagaje histórico y conceptual, podemos abandonar ya la tradicional latitud civilista de la onerosidad, elevando la mirada en altitud hacia el horizonte del derecho europeo.

IV. LA ONEROSIDAD EN EL DERECHO EUROPEO

14. Se ha dicho, con razón, que el actual derecho europeo es un *meeting point* de las tradiciones jurídicas que lo integran³⁷. Así fue también en su día el *Ius Commune* moderno, en el que, bajo el tamiz de distintas metodologías jurídicas en disputa, fueron sistematizándose materiales conceptuales de origen romano y consuetudinario al servicio de la gobernación de las monarquías europeas modernas.

Tanto desde el punto de vista «geográfico» —con la confluencia del *Common Law* y derechos continentales de influencia francesa y alemana— como desde el punto de vista intraordinamental —confluencia entre derecho privado y público—, el derecho europeo contemporáneo opera como un crisol en el que el trasiego de categorías jurídicas resulta ser especialmente intenso, siquiera sea por la necesidad de ponerlas al servicio de la construcción de la institución capitalista por excelencia, un mercado competitivo y unificado, en el que el precio de los intercambios de servicios, bienes y capitales dentro y entre los Estados miembros se determine exclusivamente en función de las leyes de oferta y demanda³⁸.

Por esta finalidad, y por su configuración institucional, la creación y aplicación de este nuevo *Ius Commune* europeo traba una dialéctica característica

Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, incluye en su Ley 498 la siguiente formulación: «“Rebus sic stantibus”. Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución».

³⁷ Cfr. J. L. Meilán Gil (2008), *La estructura de los contratos públicos*, Madrid: Iustel, pág. 93.

³⁸ Véase Charles E. Lindblom (2002), *El sistema de mercado: qué es, cómo funciona y cómo entenderlo*, Madrid: Alianza Editorial.

entre derecho público y privado, que opera mediante la interacción de culturas jurídicas en el seno de las instituciones comunitarias. A resultas de esta interacción, se generan concepciones jurídicas hegemónicas que están llamadas a impactar, a través de diversas mediaciones en el derecho interno, transformándolo y adaptándolo a su influjo³⁹. El escenario de lucha por la hegemonía de los conceptos jurídicos europeos se traslada así al seno de la doctrina y tribunales internos⁴⁰.

Este es el caso del concepto europeo de onerosidad. La jurisprudencia europea ha incorporado el significado civil clásico gracias a su utilidad hermenéutica en dos grandes directivas: (a) la de armonización del IVA, y (b) la de armonización de la adjudicación de contratos públicos. Sin embargo, es necesario apuntar otro ámbito jurídico comunitario en el que ha surgido otra de las nociones de onerosidad: (c) las normas unificadas de contabilidad financiera, a través de las cuales ha penetrado el significado de contrato oneroso como contrato «gravoso» (*hardship*), acuñado en el ámbito de la *Lex mercatoria* internacional. Veámoslas sucesivamente.

1. LA ONEROSIDAD EN LAS DIRECTIVAS DEL IVA

15. En primer lugar, la onerosidad es relevante en la interpretación de la aplicación de la Directiva del IVA (Directiva 2006/112/CE), en la medida en que su art. 2 señala como hecho imponible de este tributo las entregas de bienes o prestaciones de servicios *a título oneroso*⁴¹.

De esta amplia definición han derivado distintas sentencias que han definido la onerosidad como *la existencia de una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida*, es decir, el significado clásico de una causa recíproca de prestaciones mutuas⁴². Con esta amplitud, la onerosidad juega en este terreno un

³⁹ Véase A. Boix Palop (2017), «La europeización del derecho administrativo español», en I. Martín Delgado, M. Almeida Cerredá y F. Di Lascio (coords.), *La europeización del Derecho Administrativo. Una evaluación desde el ordenamiento español*, A Coruña: Andavira, págs. 35-108.

⁴⁰ Sobre la preponderancia de la «impronta estatal» en esta lucha por la hegemonía jurídica, véase al respecto la reciente discusión de F. Brito Bastos (2023), «Metodología doctrinal en el derecho administrativo de la UE: reaccionar frente a la “impronta estatal”», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 8, págs. 7-69. Véase también S. De la Sierra Morón (2016), «Límites y utilidades del derecho comparado» en el derecho público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera, *Revista de Administración Pública*, 201, págs. 69-99, disponible en: <http://tinyurl.com/ycz633a6>.

⁴¹ Esta definición aparece en la segunda Directiva de IVA, de 11 de abril de 1967, y se reproduce en la sexta Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo.

⁴² Véase las sentencias del TJUE de 8 de marzo de 1988, *Apple and Pear Development Council*, asunto 102/86; 12 de noviembre de 2009, *Comisión c/ Reino de España*, asunto C-154/08;

claro papel funcional, pues proporciona un criterio hermenéutico imprescindible para que el TJUE entre a examinar en cada caso concreto la «globalidad» de las relaciones jurídicas existentes en esta compleja materia, a los efectos de evaluar la sujeción al IVA de muy variados negocios jurídicos⁴³. Esta táctica funcional del manejo de la onerosidad como causa contractual es más clara aún en el caso de la interpretación de las directivas europeas de armonización de los contratos públicos.

29 de julio de 2010, *Astra Zeneka UK*, asunto C-40/09; sentencia de 3 de julio de 2019, *UniCredit Leasing*, C-242/18, apdo. 69. Las sentencias de 11 de marzo de 2020 (*San Domenico Vetraria SpA*, asunto C-94/19), y 20 de enero de 2021 (*QM y Finanzamt Saarbrücken*, asunto C-288/19) añaden más elementos al concepto de onerosidad: «solo está sujeta a gravamen si entre quien efectúa la prestación y su destinatario existe una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario» (párrafo 21 y 29, respectivamente). Véase la incorporación de esta jurisprudencia al acervo del Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:4026), y del TEAC (Resolución de 22 de febrero de 2022, disponible en: <http://tinyurl.com/2mddthns>).

⁴³ Así, en las conclusiones de la abogada general Juliane Kokott de 10 de noviembre de 2022 en el asunto C-612/21, sobre la sujeción a IVA de la subvención municipal concedida por un municipio polaco al 75% del coste de instalación de energías renovables en su territorio en favor de los residentes, puede leerse que: «El art. 2, apdo. 1, letras a) y c), de la Directiva sobre el IVA debe interpretarse en el sentido de que la apreciación global de las relaciones jurídicas existentes es determinante para proceder a la calificación de las partes entre las que existe una entrega de bienes o una prestación de servicios a título oneroso. Si esta apreciación global muestra un vínculo directo entre el pago (en este caso, por parte del residente) y la entrega de bienes o la prestación de servicios (en este caso, la instalación, la cesión del uso y la posterior transmisión de la propiedad del sistema por parte del municipio a un residente), existirá también una prestación (entrega de bienes o prestación de servicios) “a título oneroso” por parte del municipio». La sentencia de este asunto es de 30 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:279). Puede traerse a colación también la STJUE de 16 de septiembre de 2021, asunto C-21/20, *Balgarska Natsionalna Televizia*, en la que la onerosidad ayuda a argumentar sobre el concepto europeo de «subvención vinculada al precio» y su integración en la base imponible del IVA. Se afirma que los servicios de comunicación audiovisual prestados por un operador público que recibe subvenciones del Estado no están sujetos al impuesto, porque aquellos no pueden entenderse prestados a título oneroso, tal y como exige la Directiva IVA dado que la onerosidad implica una relación jurídica en cuyo seno se intercambien prestaciones recíprocas. Tal relación no puede apreciarse allí donde «el acceso de los propios telespectadores a los servicios de comunicación audiovisual prestados por el mismo proveedor es libre y la actividad de que se trata beneficia, de manera general, a todos los telespectadores potenciales» (apdo. 33). Al ser el destinatario de los servicios la colectividad del país en cuestión, no puede considerarse que la subvención satisfecha por el Estado al operador de televisión sea su contraprestación.

2. LA ONEROSIDAD EN LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

16. En segundo lugar, el concepto de contrato público contenido en las directivas de armonización de la contratación pública ha incluido la noción de onerosidad desde siempre: así figuraba en las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos de obras de 1971 (art. 1, «contratos a título oneroso» de la Directiva 71/305/CEE), en la de coordinación de la adjudicación de contratos de suministro de 1977 (Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976), y así se reprodujo en las directivas posteriores de armonización de la contratación pública de 1992 (servicios), 1993 (suministros y obras) y 2004⁴⁴, hasta llegar a las actuales de 2014, en la que se define los contratos públicos como «[...] contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

17. Hasta el momento, sin embargo, todas las directivas de contratación pública han renunciado a armonizar este concepto de onerosidad, aun siendo uno de los elementos definitorios del concepto de contrato público que el propio TJUE —y las directivas— ha considerado un concepto autónomo del derecho de la Unión y, por tanto, un concepto a interpretarse y aplicarse de manera uniforme en todo el territorio de la Unión⁴⁵. El contenido del concepto europeo de onerosidad contractual permanece, pues, abierto.

Ello no debe considerarse un descuido casual, pues al renunciarse a positivar en las directivas un concreto concepto de onerosidad, se le entrega al TJUE una herramienta hermenéutica adaptada al ejercicio de su amplia función pretoriana en la materia de contratos públicos⁴⁶.

⁴⁴ Véase el art. 1 de las Directivas 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, respectivamente. Véase también el art. 1 a) de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y de la Directiva 2004/17/CE, relativa a la coordinación de la adjudicación de contratos en los denominados sectores excluidos (agua, energía, transportes y servicios postales), que define los contratos de suministro, de obras y de servicios como «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una o varias de las entidades adjudicadoras contempladas en el apdo. 2 del art. 2 y uno o varios contratistas, proveedores o prestadores de servicios».

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el considerando 57 de la Sentencia de 10 de noviembre de 2022 (*Sharenko*, asunto C-486/21).

⁴⁶ Sobre el ingrediente «onerosidad» de la noción contrato público del TJUE, véase M. Vilalta Reixach (2018), «De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de compe-

La onerosidad se convierte así en un «marcador» jurídico abierto; un rasgo flexible que, al incorporar la noción civilista clásica de causa contractual, contribuye de manera decisiva al empeño de expandir la noción europea de contrato público lo máximo posible a toda relación jurídica bilateral susceptible de alterar la lógica concurrencial del mercado interior. De ahí que, en materia de contratación, el Tribunal de Justicia haya utilizado con frecuencia un concepto amplio de onerosidad como causa contractual equivalente a la bilateralidad o reciprocidad de las prestaciones de las partes (el famoso *do ut des*, o expectativa de reciprocidad), dado que, al reproducir la indistinción entre contrato y obligación jurídica que se arrastra desde Domat, esta concepción tópica de la onerosidad civil sirve funcionalmente al propósito de *construir la forma contractual civilista como concepción jurídica por defecto de las relaciones jurídico-públicas de provisión de bienes y servicios en el mercado unificado europeo*. Dicho de otra forma, sirve para atribuir una *naturaleza contractual* a toda relación jurídico-pública bilateral, de forma que todas estas relaciones –incluidas las colaborativas– puedan ser revisadas y armonizadas conforme a las reglas concurrenciales del mercado interior, si se juzga necesario.

El viejo concepto civil de onerosidad se ha puesto así al servicio de la *tarea pretoriana* del TJUE de disciplinar el funcionamiento ordoliberal del mercado de compras públicas mediante el uso de un particular *fetichismo del contrato*⁴⁷. Tal empeño de control ordoliberal se traduce en el sometimiento de todo tipo de negocios jurídicos bilaterales a su control jurisdiccional⁴⁸, para así tutelar el cum-

tencias entre entidades públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, 56, págs. 37 y ss.; P. Valcárcel Fernández (2022), «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública*, 217, págs. 97-103; J. M. Gimeno Feliú (2022), «A propósito de la (in)adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, 60.

⁴⁷ La invocación de este concepto bien vale un breve desarrollo. La reificación de los intercambios mercantiles como arquetipo de los intercambios sociales en la sociedad capitalista es lo que K. Marx denominó el «fetichismo de las mercancías» en el volumen primero de *El Capital* (1867). Trasladando esta idea al mundo jurídico «superestructural», E. Pasukanis (1976) consideraba la «forma-contrato» como la forma jurídica central, que expresa la relación material fundamental de la sociedad capitalista: la que se desarrolla entre poseedores de mercancías que se relacionan en el mercado mediante el intercambio de equivalentes mediado por un precio, cuya *expansión y naturalización* son imprescindibles para el funcionamiento de las relaciones sociales en una sociedad de producción mercantil. Cfr. *Teoría general del Derecho y marxismo* (traducción de la 3ª ed. de 1927), Barcelona: Editorial Labor, en especial págs. 102-103. La idea de determinación de las formas jurídicas por la economía mercantil capitalista, núcleo de la obra de Pasukanis, encuentra en el concepto europeo de contrato público una confirmación póstuma.

⁴⁸ Así lo expresa la Sentencia de 28 de mayo de 2020 (asunto C796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395) en sus párrafos 33 a 35: «[...] una inter-

plimiento de los principios de funcionamiento del mercado interior, ya incorporados a los tratados constitutivos.

18. Esta es la razón de que, en su jurisprudencia, la imputación de onerosidad haya sido pieza argumentativa inherente al enjuiciamiento expansivo de negocios jurídicos bilaterales excluidos de las directivas, como los convenios de colaboración público-público, y los encargos verticales, dentro del sector público. Pero ha sido también la razón de que, en su manejo del concepto, la línea del TJUE haya sido casuística y evolutiva, al compás de distintos propósitos argumentales de los casos concertos, como ha sido también el caso de otros conceptos jurídicos funcionales que han jalonado la armonización del derecho europeo de contratos públicos⁴⁹.

Puede citarse en este sentido la controversia analizada por la Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, relativa a un convenio urbanístico que comportaba ejecución de obras. Se discutía si este convenio encubría un auténtico contrato (oneroso), desde el momento en que la atribución directa a un empresario de tales obras entrañaba un beneficio económico indirecto para este,

pretación como la anterior resulta asimismo confirmada por los trabajos preparatorios relativos al art. 12, apdo. 4, de la Directiva 2014/24. Como recordó la Comisión Europea en sus observaciones escritas, mientras que su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública de 20 de diciembre de 2011 [COM(2011) 896 final] incluía un art. 11, con el epígrafe “Relaciones entre poderes públicos”, cuyo apdo. 4 preveía que “un acuerdo celebrado entre dos o más poderes adjudicadores no se considerará un contrato público a efectos de lo dispuesto en el art. 2, punto 6, de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes”, el legislador de la Unión no quiso seguir esa Propuesta. De lo que se infiere que el art. 12, apdo. 4, de la Directiva 2014/24 no puede tener el efecto de privar de su condición de contrato público a la cooperación entre poderes adjudicadores. Su efecto se limita únicamente a excluir tal contrato de la aplicación de las normas de contratación normalmente aplicables [...] De ello se deduce, por una parte, que la exclusión de las normas de contratación pública presupone que el contrato en cuestión sea un contrato público, en el sentido del art. 2, apdo. 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 y, por otra parte, que un contrato público que cumple las condiciones establecidas en el art. 12, apdo. 4, letras a) a c), de esa Directiva, conserva su naturaleza jurídica de “contrato público”, aun cuando tales normas no le sean de aplicación».

⁴⁹ Cfr. J. M. Gimeno Feliú (2020), «Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 2020, págs. 19-60. Recuérdese, sin embargo, que el *Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio de 2012*, considera que no están incluidos en su ámbito «los acuerdos no contractuales ni forma alguna de asistencia que preste una Parte, incluidos los acuerdos de cooperación, las donaciones, los préstamos, las aportaciones de capital, las garantías y los incentivos fiscales» (art. 2.3.b).

y directo para el poder adjudicador⁵⁰. Esto es, la expectativa de una ventaja que puede no ser monetaria, pero que tiene valor de mercado, funciona como causa (onerosa) que dota de naturaleza contractual al negocio jurídico subyacente. Tales expectativas guiadas por el ánimo de lucro, aunque diferidas, permiten considerar que en determinados casos las ofertas de contratistas a cero euros siguen siendo onerosas⁵¹. Dicho de otra forma, estas ofertas no son totalmente gratuitas, o fruto de una liberalidad incompatible con el giro mercantil, dado que la causa del contrato sigue siendo la obtención de una contrapartida, de una contraprestación, aunque su naturaleza no sea directamente monetaria. Por ejemplo, la contraprestación puede consistir en una obligación de comportamiento (dotado de un valor económico) del poder adjudicador, cuya adopción se difiere en el tiempo a un momento posterior a la celebración del contrato, y que puede ser objeto de reclamación judicial⁵². De este modo, el precio (monetario) sigue siendo un elemento no esencial del contrato; lo cual explica que las directivas no se hayan ocupado de su regulación armonizada.

Leamos, por ejemplo, el párrafo 67 de la Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asade* (asunto C-436/20): «[...] el carácter oneroso de un contrato público supone que cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación, sin excluir, no obstante, que la contrapartida del poder adjudicador consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (véase, en este sentido, la Sentencia de 10 de septiembre de 2020, *Tax-Fin-Lex*, C-367/19, EU:C:2020:685, apdos. 25 y 26 y jurisprudencia citada). Por tanto, un contrato no puede quedar excluido del concepto de “contrato público de servicios” por el solo hecho de que, como parece ocurrir en el caso de autos, la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio (Sentencia de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, C-50/14, EU:C:2016:56, apdo. 52)». Es decir, la onerosidad no debe

⁵⁰ Cfr. asunto C451/08, EU:C:2010:168, apdos. 48 a 50: «48. El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener (véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros*, C399/98, Rec. pág. 15409, apdo. 77, y de 18 de enero de 2007, *Auroux y otros*, C220/05, Rec. pág. 1385, apdo. 45). 49. Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador. 50. Este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato».

⁵¹ Véase en este sentido la Sentencia de 10 de septiembre de 2020, asunto C-367/19, *Tax-Fin-Lex*.

⁵² Véase las Sentencias del TJUE de 18 de enero de 2007 (C-220/08, asunto *Jean Auroux y otros*), y 25 de marzo de 2010 (C-451/08, asunto *Helmut Muller GmbH*), en especial los apdos. 57 y 31 de las conclusiones de los abogados generales de la UE en ambos casos, respectivamente.

confundirse con el ánimo de lucro, pues puede darse el caso de contraprestaciones (contractuales) onerosas, no guiadas por la búsqueda de lucro económico, sino por la idea de compensación de costes⁵³.

Del mismo modo, la Sentencia de 28 de mayo de 2020 (asunto C796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395), discutió la aplicación del concepto de onerosidad a un acuerdo de cooperación por el que el *Land* de Berlín cedía gratuitamente a la ciudad de Colonia su *software* para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos (IGNIS Plus), comprometiéndose esta a cederle gratuitamente al *Land* los futuros desarrollos que pudiesen realizar de ese *software*. Una empresa del sector, ISE, consideró que esta cesión gratuita suponía una ventaja económica para el *Land* de Berlín que dotaba de onerosidad el contrato y, por tanto, debía haber sido objeto de licitación. En su análisis, el tribunal no duda del carácter oneroso del «contrato» (en sentido amplio)⁵⁴, y tras controlar la existencia de los requisitos previstos en el art. 12.4 de la directiva (en particular, la comunidad de objetivos entre las dos Administraciones territoriales) y el «entorno normativo» al que obedece la cooperación (parágrafo 42), introduce un parámetro de interpretación o límite del art. 12.4 que no figura en este, pero estaba ya presente en su jurisprudencia sobre la directiva de 2004⁵⁵, remitiendo al tribunal alemán que planteó la cuestión prejudicial la aplicación concreta de este parámetro al enjuiciamiento de si la operación interadministrativa de cooperación suponía favorecer ilícitamente a la empresa originariamente suministradora del programa informático Ignis Plus.

⁵³ En tal sentido, el TJUE ha considerado también que organizaciones sin ánimo de lucro pueden ser contratistas —véase la Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-305/2008, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze*), incluso cuando solo obtengan reembolso parcial de sus gastos (Sentencia de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy*—. Sin perjuicio de lo anterior, esta sentencia avaló la regulación de los acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social para la prestación de servicios sociales, introducida por la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, en la Ley valenciana 5/1997, reguladora del sistema de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Valencia. Véase al respecto la discusión de X. Lazo Vitoria, (2023), «Prestación de servicios a las personas: ¿concerto social o contrato?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, págs. 31-46.

⁵⁴ Véase el párrafo 50: «[...] el contrato de cesión del *software* y el contrato de cooperación tienen carácter sinalagmático en la medida en que la cesión gratuita del *software* “IGNIS Plus” genera una obligación recíproca de desarrollo de este, desde el momento en que la óptima utilización del sistema de gestión de intervenciones y su permanente adaptación a las necesidades exigen tal evolución, que se concreta en la financiación de módulos complementarios que seguidamente han de cederse gratuitamente al otro socio».

⁵⁵ «[...] el art. 12, apdo. 4, de la Directiva 2014/24, en relación con el considerando 33 y el art. 18, apdo. 1, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que una cooperación entre poderes adjudicadores no debe tener el efecto, de conformidad con el principio de igualdad de trato, de favorecer a una empresa privada respecto a sus competidores».

Justamente por esta aproximación casuística y funcional, la jurisprudencia europea en materia de onerosidad no es unívoca y clara, sino que avanza al compás de la resolución de problemas casuísticos concretos. La duda fundamental de cara al futuro es si, como ha ocurrido en otras ocasiones, a la vista de esta insegura casuística jurisprudencial, el legislador europeo dará el paso de codificar, en la quinta generación de directivas de armonización, un concepto positivo de onerosidad que garantice la pervivencia de un concepto expansivo de contrato público en toda la Unión.

3. UN NUEVO ESCENARIO: LA ONEROSIDAD EN LAS NORMAS EUROPEAS DE CONTABILIDAD Y SU INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO DE ONEROSIDAD EXCESIVA (*HARDSHIP*)

19. En el terreno de la unificación internacional del derecho mercantil, la «onerosidad excesiva» (*hardship*) contractual del *Common Law*⁵⁶ se ha ido convirtiendo en una fórmula jurídica alternativa o complementaria de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

Así, la onerosidad excesiva figura desde 1994 en los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, elaborados por el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado⁵⁷, y ha sido incorporada ya hace años al bagaje de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en particular para resolver

⁵⁶ En palabras de S. Sánchez Lorenzo, «(...) el derecho inglés, a diferencia de muchos sistemas romano-germánicos, especialmente de tradición germanista, no ampara un régimen legal favorable a la resolución del contrato y a la exoneración de responsabilidad en supuestos de cambio de circunstancias, excesiva onerosidad o *hardship*. El hecho de que el cumplimiento devenga más oneroso, incluso notablemente más oneroso, no exonera de la responsabilidad por incumplimiento. De ahí que, para obtener una protección frente a semejante eventualidad, se requiera la introducción en el contrato de cláusulas de *hardship*». Cfr. *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 97.

⁵⁷ Véase arts. 6.2.1 y 6.2.2, de la versión de 2016, en materia de cumplimiento de los contratos. Según el art. 6.2.1, «Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*)». El art. 6.2.2 considera que «Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja».

litigios contractuales surgidos del *crash* del año 2008. Puede verse en este sentido las SSTs de 30 de junio (relativa a un contrato publicitario incluido en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia) y de 15 de octubre de 2014⁵⁸.

El concepto de hardship ha sido ampliamente invocado en la *Nota* publicada por el Secretariado de Unidroit el 15 de julio 2020, relativa a los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales en la crisis sanitaria de la COVID-19:

[...] la novedosa regulación de la excesiva onerosidad y de sus consecuencias (ver *infra*, apdos. 33 y siguientes) tiene en cuenta el eventual interés de las partes por preservar el valor del contrato existente, remediando al mismo tiempo el desequilibrio creado por el supuesto de excesiva onerosidad. La principal característica del régimen aplicable en caso de excesiva onerosidad consiste, quizá, en permitir a la parte perjudicada exigir la renegociación, lo que constituye ciertamente una manera muy flexible de incentivar a las partes para buscar las respuestas apropiadas a la nueva situación creada por el cambio de circunstancias. [...] este tipo de flexibilidad facilita la resolución razonable de las controversias, una característica especialmente relevante para el periodo COVID-19 y post-COVID, en el que evitar las reclamaciones judiciales puede resultar esencial para el sistema judicial de un país⁵⁹.

Igualmente, la *Clause Hardship 2020* de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), aprobada el 24 de marzo de 2020, se inspiró en los arts. 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT.

20. Desde la aprobación del Reglamento (CE) 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad, el derecho europeo ha venido adaptándose a las sucesivas modificaciones introducidas en las Normas Internacionales de Contabilidad (NIE), elaboradas bajo la responsabilidad del Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (CNIC). La finalidad de estas adaptaciones es contar con una información financiera transparente y comparable, aplicable a las sociedades que participan en mercados financieros cotizados, y que resulte aceptada a

⁵⁸ Véase RJ 2014/3526, ECLI:ES:TS:2014:2823, y RJ 2014/6129, siendo ponente de ambas Francisco Javier Orduña Moreno. Como veremos, esta doctrina se incorporará al Consejo de Estado en 2014 y será utilizada en la resolución de contratos derivada de la pandemia de COVID-19: véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 75/2022, de 26 de octubre, ECLI: ECLI:ES:APML:2022:184.

⁵⁹ Véase el trabajo de C. M. Díez Soto e I. González Pacanowska (2021), «Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del COVID-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13, 1, págs. 180-237, en el que se analiza la *Nota* con detenimiento.

nivel internacional. Se trata, por tanto, de una herramienta imprescindible para lograr un mercado interior integrado de capitales, que resulte a la vez homogéneo con la *lex mercatoria* global.

Pues bien, el párrafo 68 de la *Norma Internacional de Contabilidad 37*, sobre *Provisiones, pasivos contingentes y activos contingentes*, viene considerando desde su aprobación en 1998 que: «En esta norma se define un contrato de carácter oneroso como aquel en el que los costes inevitables de cumplir con las obligaciones que conlleva exceden a los beneficios económicos que se esperan recibir del mismo. Los costes inevitables del contrato reflejarán los menores costes netos por resolver el mismo, o lo que es igual, el importe menor entre el coste de cumplir sus cláusulas y la cuantía de las compensaciones o multas que se deriven de su incumplimiento».

21. El 14 de mayo de 2020, en plena pandemia de la COVID-19, el CNIC publicó una serie de modificaciones menores de la *Norma Internacional de Contabilidad 37. Provisiones, pasivos contingentes y activos contingentes*, que aportan nuevas aclaraciones para una aplicación más coherente de las normas de contabilidad financiera empresarial.

Así, se añade un nuevo art. 68A, que aclara el *concepto de coste del cumplimiento de un contrato*, al añadir «los costes incrementales del cumplimiento del mismo, por ejemplo, mano de obra y materiales directos»⁶⁰. Estas modificaciones de la IAS 37 se han incorporado al acervo comunitario mediante el Reglamento (UE) 2021/1080, de la Comisión, de 28 de junio de 2021.

V. LOS SIGNIFICADOS DE LA ONEROSIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL DE CONTRATOS PÚBLICOS

22. En el punto 2 de este trabajo ya hemos advertido que, en el campo del derecho público español, la onerosidad es un concepto de uso transversal, que aparece en ámbitos como el derecho tributario y el derecho de los bienes públicos.

⁶⁰ Se introduce un nuevo párrafo 68A y el párrafo 69: «68A. El coste del cumplimiento de un contrato comprende los costes directamente relacionados con el contrato. Los costes directamente relacionados con el contrato consisten en los dos conceptos siguientes: a) los costes incrementales del cumplimiento del mismo, por ejemplo, mano de obra y materiales directos, y b) la asignación de otros costes que estén directamente relacionados con el cumplimiento de contratos, por ejemplo, la asignación del cargo por amortización de un elemento del inmovilizado material utilizado en el cumplimiento del mismo, entre otros.

69. Antes de proceder a dotar una provisión independiente por causa de un contrato de carácter oneroso, la entidad reconocerá cualquier pérdida por deterioro del valor que corresponda a los activos utilizados en el cumplimiento del contrato (véase la NIC 36)».

A los efectos argumentativos que nos ocupan, nos centraremos, sin embargo, en el uso propio de un tercer campo concreto: el de los contratos públicos.

Se trata del campo en el que la onerosidad ha alcanzado un mayor desarrollo como problema jurídico-público. Tal hecho no debe sorprendernos en modo alguno. El derecho de la contratación pública es un peculiar crisol de ordenamientos jurídicos; un territorio de mestizaje entre la tradición iusprivatista —sobre la que se construyó nuestro derecho de contratos públicos—, la construcción jurídica del mercado interior europeo y el proceso de unificación de la *Lex mercatoria* internacional. En este territorio de fronteras no es de extrañar que la onerosidad aparezca como un *concepto jurídico fluctuante e inestable*. Un concepto mestizo sobre la causa de los contratos, resultante de la composición de fuerzas entre estos tres campos jurídicos.

Esta composición de fuerzas impacta en la LCSP a través de dos vías: el nuevo y más restringido concepto de onerosidad incorporado al art. 2.1 LCSP, y la utilización de la onerosidad excesiva como un recurso interpretativo destinado a permitir una adaptación de precios derivada de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, al margen de la restrictiva regulación legal de la revisión de precios. A continuación, los analizaremos sucesivamente.

1. EL CONCEPTO PROPIO DE ONEROSIDAD DEL ART. 2.1 LCSP

23. En el momento de definir el concepto de contrato público, el art. 2.1 de la LCSP de 2017 ha establecido que:

Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el art. 3.

Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

De este modo, y frente al criterio tradicional del legislador de contratos —que, al igual que las directivas comunitarias, no definía la onerosidad en su art. 2—, se ha incorporado una definición propia de lo que considera onerosidad a estos concretos efectos: *obtención por el contratista de un beneficio económico directo o indirecto*⁶¹. No se trata de una innovación propia del legislador, pues su intro-

⁶¹ Previamente, el Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), había tenido ocasión de discutir el concepto de onerosidad en nuestro derecho a propósito de una oferta de cero euros en un contrato público. Posteriores resoluciones de este y otros tribunales contractuales confirmaron la viabilidad

ducción se debe a una recomendación del propio Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de ley⁶², que a su vez parece haberse inspirado en la noción de onerosidad incorporada en la Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller* (C451/08, EU:C:2010:168), de la que ya hemos dado cuenta.

24. Esta definición, que paradójicamente supone una suerte de incorporación de la crítica marxiana al concepto aristotélico de intercambio de equivalentes en el que se funda nuestra tradición civilista de la onerosidad⁶³, permite ahora contar con un más claro criterio hermenéutico interno de distinción entre los contratos y las operaciones de autoprovisión administrativa, sean horizontales (convenios de colaboración, arts. 31 y 6 LCSP) o verticales (encargos obligatorios, arts. 31, 32 y 33 LCSP). Al enunciar un parámetro causal objetivo (la existencia de beneficio económico directo o indirecto), este nuevo criterio de la onerosidad como causa del contrato público es ya más estricto que la mera expectativa de prestaciones recíprocas: ya no equivale a la bilateralidad de prestaciones equivalentes (el sinalagma *do ut des*), sino a la *existencia de ánimo de lucro*.

de esta interpretación, es decir, de la existencia de contratos a coste cero o gratuitos. Sobre todo ello, véase la discusión de P. Valcárcel (2022), «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública*, 217, págs. 91-134, y J. M. Gimeno Feliú (2022), «A propósito de la (IN) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, 60.

⁶² Cfr. Dictamen 1116/2015: «[...] el art. 2.1 somete a sus previsiones legales a los contratos onerosos. No se contiene, sin embargo, en el texto ninguna noción de lo que entiendo por onerosidad. Habida cuenta de que no son infrecuentes los casos de contratos en los que su precio —o valor estimado en su caso— es cero y en los que el contratista obtiene algún tipo de ventaja o beneficio, no estaría de más recoger que su carácter oneroso concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico de forma directa o indirecta».

⁶³ Marx se convirtió en el primer glosador materialista de la *Ética a Nicómaco*, al señalar que en su apuesta por el sinalagma contractual de equivalentes, Aristóteles hizo abstracción de su propio contexto histórico (una sociedad esclavista), y permitió así centrar uno de los aspectos fundamentales del fetichismo de las mercancías en el capitalismo: la ocultación de plusvalía o trabajo no retribuido en el proceso de intercambio contractual: «Lo que acredita precisamente el genio de Aristóteles es el haber *descubierto en la expresión de valor* de las mercancías una *relación de igualdad*. Fue la limitación histórica de la sociedad de su tiempo, la que le impidió desentrañar en qué consistía “en rigor”, *esta relación de igualdad*». Cfr. *El Capital, Libro I. El proceso de producción de capital*, México: Siglo XXI Editores, 1975, pág. 74. En efecto, a lo largo del primer libro de *El Capital*, Marx argumenta que el proceso de reproducción ampliada del capital se basa en el *intercambio de no equivalentes* (op. cit., pág. 195), es decir, que en los intercambios mercantiles capitalistas se produce un plusvalor, recargo o margen de beneficio a favor de una de las partes. Esa tasa de plusvalor o beneficio líquido del capital se origina en la apropiación de una parte de la fuerza de trabajo «libre» del obrero o trabajador asalariado, durante el proceso de producción de las mercancías: el plus-trabajo o trabajo impagado.

El papel hermenéutico que esta noción propia y estricta de la onerosidad como ánimo de lucro está destinado a desempeñar en nuestro derecho público es importante⁶⁴. Afianza en la norma básica de contratos *una regla de interpretación sistemática más clara para distinguir entre contratos y operaciones de autoprovisión conforme a un parámetro causal objetivable*. Pues frente a la causa propia de un contrato (la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, inherente de la operativa de mercado), el convenio o el encargo, como formas de autoprovisión administrativa bilateral, carecerían de tal causa, al no concurrir en tales operaciones ánimo de lucro ni tampoco *vocación de mercado* (expresión utilizada por el art. 6.1a) LCSP).

En ellos, la causa del negocio jurídico es la satisfacción de un interés público común de ambas partes, guiada por una voluntad de colaboración (art. 6.1 LCSP). No estaríamos en estos casos, así pues, ante negocios bilaterales de naturaleza contractual, a los que aplicar las reglas de contratación pública. La causa jurídico-pública colaborativa, corolario del art. 103 CE, impide someterlos a la lógica concurrencial, lucrativa y agonística, propia del mercado capitalista, remitiendo a normas especiales la articulación jurídica de los respectivos intereses de las dos entidades públicas. De ahí que su dinámica económica no esté marcada por la obtención de un beneficio económico para una de las partes, sino por la cobertura de costes de ambas.

25. A la postre, este nuevo concepto de onerosidad contractual permite disponer de un criterio positivo claro que ayude a superar la contradictoria conservación del límite «objetivo» de los convenios de colaboración interadministrativa, es decir, la imposibilidad de que su objeto pueda coincidir con el de los contratos típicos. Un límite que se mantiene de manera perturbadora tanto en la Ley 40/2015, como en la LCSP, fruto de la inercia regulatoria heredada de la Sentencia de 13 de enero de 2005, provocando innumerables incertezas a los aplicadores del derecho⁶⁵.

⁶⁴ El potencial de resolución de problemas de este nuevo criterio ha sido ya utilizado por algún legislador autonómico a la hora de admitir convenios de colaboración con el denominado tercer sector. En este sentido, léase el párrafo séptimo de la Ley asturiana 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social: «La no onerosidad de los acuerdos de acción concertada sitúa a esta nueva forma de prestación de servicios en un ámbito ajeno a la normativa en materia de contratación, y ello porque los contratos administrativos sometidos a la legislación de contratos del sector público, son siempre onerosos, lo que conlleva necesariamente que los operadores económicos que colaboran con la Administración a través de un procedimiento de contratación, obtengan siempre legítimamente un beneficio económico por su realización».

⁶⁵ La raíz de este problema reside en la muy frecuente utilización práctica de los convenios interadministrativos de colaboración entre personas de derecho público. Esta utilización era permitida por nuestras leyes de contratos, que excluían los convenios de su ámbito objetivo de aplicación. Sin embargo, la sentencia del TJUE de 13 de

26. Sin embargo, esta nueva noción básica y propia del concepto de onerosidad en materia de contratos públicos plantea un gran problema: se aparta del significado privatista clásico y, al hacerlo, se aparta también de la concepción funcional dominante en la jurisprudencia del TJUE. De ahí que su aplicación coherente, efectiva, entre los operadores jurídicos internos esté condicionada por esta circunstancia, generadora de inseguridad. A la efectiva aplicación de este concepto positivo de onerosidad se oponen las fuertes inercias en la formación civilista «por defecto» de esos operadores jurídicos internos, en cuyo ejercicio profesional la cita del derecho civil suele dar esa sensación de seguridad que tienen los náufragos al hacer pie en un fondo tangible... incluso siendo arenoso. Del mismo modo, el profesional medio suele abrazar apresuradamente las concepciones funcionalistas que sobre los contratos utiliza el TJUE, omitiendo las debidas cautelas metodológicas y, sobre todo, haciendo caso omiso de la depuración institucional que debería realizarse en el caso de que se considerase contradictorio el concepto positivo de onerosidad contractual con el manejado por el TJUE, y que no es otra que la que permite la herramienta —tan escasamente utilizada entre nosotros— de la cuestión prejudicial europea.

enero de 2005, a instancias de la Comisión Europea, anuló nuestra ley en este punto. A resultas de ello, en marzo de 2005 se introdujo una regulación que adaptaba nuestra legislación a este fallo, y que utilizaba el criterio del objeto coincidente con el de los contratos como límite de la utilización de los convenios de colaboración. Ahora bien, en 2014 el art. 12.4 de la directiva clásica —tal y como hace el art. 6 LCSP— pasó a pivotar la distinción entre convenio frente al contrato sobre el criterio de la finalidad, causa o *dimensión intrínsecamente* cooperativa que dos sujetos jurídico-públicos tienen en común, incorporando así la jurisprudencia Hamburgo (Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, ECLI:EU: C:2009:357). No se menciona en absoluto la coincidencia de objetos propios de los contratos (ni respecto de los convenios, ni respecto de los encargos obligatorios); de hecho, el considerando 33 de la directiva permite descartarla claramente. Sin embargo, nuestro legislador básico, en el art. 6 LCSP (y en el art. 47 de la previa Ley 40/2015), no depuró esta circunstancia a la hora de trasponer la directiva a nuestro ordenamiento interno. Se ha seguido manteniendo acriticamente una regulación introducida para cumplir con la STJUE de 13 de enero de ese mismo año, superponiendo un requisito, el del objeto del convenio —su «contenido» o sus «prestaciones»—, que no debe ser coincidente con el de un contrato típico, a los nuevos criterios europeos de la finalidad cooperativa entre sujetos jurídico-públicos (Sentencia *Hamburgo* de 2009 y art. 12.4 de la Directiva 2014/24), que se ha recogido en el art. 6 de la LCSP. Se trata de dos criterios incompatibles entre sí, como ha señalado con acierto A. Huergo Lora (2017), «Los convenios administrativos y la legislación de contratos públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, 8, pág. 7.

2. LA MAYOR ONEROSIDAD COMO CRITERIO DE ADAPTACIÓN DEL PRECIO DE LOS CONTRATOS ANTE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS Y EXTRAORDINARIAS

27. Ya hemos expuesto cómo en el nuevo Código Civil francés, en la propuesta de Código Civil español y en la codificación global del derecho mercantil se ha ido extendiendo paulatinamente la operatividad del concepto de la *mayor onerosidad* como criterio de revisión contractual en casos extraordinarios.

Esta transformación está llamada a confluir con una temprana utilización de esta noción en nuestro derecho público interno gracias al influjo de la doctrina del Consejo de Estado francés en nuestro propio Consejo de Estado, incentivando su utilidad en la resolución interpretativa del equilibrio contractual de los contratos públicos en caso de alteraciones extraordinarias que afectan a la composición de los precios pactados⁶⁶. En los últimos quince años, tales alteraciones se han experimentado con agudeza en tres ocasiones: tras el *crash* financiero de 2008, durante la pandemia de 2020-2021, y con motivo del proceso inflacionario iniciado en el verano de 2021, agudizado en 2022 a causa de la guerra de Ucrania.

2.1. La doctrina del Consejo de Estado

28. En efecto, desde hace años el Consejo de Estado ha venido utilizando la teoría de la mayor onerosidad contractual (*hardship*) como una de las excepciones a la regla de ejecución de los contratos públicos a riesgo y ventura del contratista, que ha figurado de manera constante en nuestras primeras leyes de contratos⁶⁷. La mayor onerosidad se utiliza, así, como un parámetro de control casuístico y restitución, en su caso, del equilibrio económico-financiero del contrato. La inspiración doctrinal de este enfoque en los *arrêts* clásicos del *Conseil d'État* es clara:

⁶⁶ En este sentido, debe recordarse el impacto de la concepción francesa en el tenor del art. 127.2.b) del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, conforme al cual «2. La Corporación concedente deberá: 2.º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión». Sobre nuestro sincretismo particular respecto de la doctrina francesa del servicio público, véase Flavio Quezada (2021), «Origen de la noción de servicio público en el derecho francés y su recepción en el derecho español. Un enfoque crítico», *Revista de Administración Pública*, 216, págs. 160 ss.

⁶⁷ Véanse art. 65 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y el art. 46 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Véase al respecto el trabajo pionero de G. Ariño Ortiz (1968), *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, en especial págs. 241 y ss.

Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites. Pero éstos vienen determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. La concesión, habida cuenta su proyección contractual, está sujeta al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal 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 ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el concesionario. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. Dictamen 1075/2001, de 26 de julio, sobre reclamación por daños catastróficos en la Autopista de Peaje Tarragona-Valencia-Alicante por las inundaciones acaecidas en los años 1987 y 1989. Consideraciones similares pueden verse en el Dictamen 99/1998, de 14 de mayo, sobre indemnización a la constructora de la Presa de Itoiz por los gastos extraordinarios de seguridad privada asumidos durante la ejecución de las obras como consecuencia de amenaza terrorista. El Dictamen 2385/2000, de 11 de octubre, es particularmente expresivo: «Fundada la UTE su reclamación en la doctrina del riesgo imprevisible, que echa sus raíces en los juristas clásicos y se explica por la cláusula “*rebus sic stantibus*”, implícita en los contratos de tracto sucesivo, permitiendo acomodar los términos literales de la convención a las circunstancias imprevisibles sobrevenidas con posterioridad, cuando alteran de tal modo el equilibrio financiero del contrato que hacen sumamente oneroso su cumplimiento. Esta doctrina, acogida inicialmente por el Consejo de Estado francés para los contratos de gestión de servicios en el famoso *arrêt gaz de Bordeaux* de 30 de marzo de 1916, dictado en plena guerra europea, ha sido también incorporada a nuestro ordenamiento interno con tres condiciones: que se trate de contratos de tracto sucesivo, que las circunstancias sobrevenidas sean de carácter general y verdaderamente imprevisibles y que el desequilibrio financiero alcance un cierto grado de onerosidad. Son numerosos los dictámenes de este Consejo que aplican esa doctrina incluso a contratos de obras, pudiendo citarse como más significativo el dictamen 50.220, de 5 de noviembre de 1987 —que se remite a otros muchos—, relativo a indemnización por incremento del precio de los ligantes en relación con el proyecto y construcción de una estación depuradora de aguas resi-

Esta doctrina ha sido invocada especialmente durante los años del *crash* financiero gracias al apoyo prestado por la STS de 30 de junio de 2014 (Sala 1ª, ya citada en §19) a la incorporación de la noción internacional de «hardship», tal y como se refleja en el Dictamen 660/2014, de 17 de diciembre:

La doctrina del Tribunal Supremo expuesta resulta de plena aplicación en el ámbito de la contratación pública con diversas modulaciones. En concreto, la reformulación de la conmutatividad de las prestaciones —situándolo como elemento esencial de la causa del contrato— debe ponderar muy especialmente el interés público. Así, la conmutatividad del contrato se quiebra cuando la lesión económica del interés público resulta excesiva, imprevista o comporta una carga pública que excede la normal equivalencia de prestaciones. Concebida de este modo, la conmutatividad —propia del contrato civil— se configura como el equivalente al equilibrio económico-financiero —propio de contrato administrativo.

Así considerada, la onerosidad excesiva se ha convertido en un criterio hermenéutico más con el que valorar las reclamaciones económicas de los contratistas por ruptura del equilibrio económico del contrato no reconducible a los supuestos legales de revisión de los precios⁶⁹.

2.2. La mayor onerosidad como táctica jurídica de reequilibrio del precio ante situaciones económicas extraordinarias

29. El planteamiento de la excesiva onerosidad ha comenzado a ser utilizado por la mejor doctrina para argumentar las *adaptaciones* de precios a situaciones

duales en Castellón de la Plana. Pero esa doctrina ideada en situaciones económicas de excepción no es aplicable al presente caso en el que las circunstancias sobrevenidas son puramente técnicas, achacables a un proyecto concreto redactado por la propia UTE, y que en modo alguno pueden calificarse de imprevisibles. Cualquier otra interpretación vendría a abrir una peligrosa brecha en los principios fundamentales de la contratación administrativa. Así lo ha entendido también el Consejo de Obras Públicas». En igual sentido, Dictámenes 1264/2000, de 1 de junio, 1730/2000, de 25 de mayo, 989/1996, de 11 de julio, 764/1995, de 4 de mayo, 1528/2002, de 18 de julio, 1521/2003, de 26 de junio, 3205/2003, de 20 de noviembre, 3485/2003, de 8 de enero de 2004, 2738/2004, de 11 de enero de 2005, 634/2005, de 9 de junio, 312/2013, de 11 de julio, entre otros.

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, los Dictámenes 93/2019, de 28 de febrero, 243/2019, de 11 de abril, relativos a la no indemnizabilidad del incremento de los costes de los contratos de obras por el incremento de precios de materiales bituminosos, 769/2020, de 28 de enero de 2021 sobre rescisión de un contrato de suministro de guantes firmado en febrero de 2020 por el estallido de la pandemia de COVID en marzo del mismo año, 596/2020, de 10 de diciembre, sobre rescisión de una concesión de obra y explotación de un aparcamiento subterráneo. En la jurisprudencia, por todas, las SSTS de 19 de diciembre de 2019 (Roj: STS 4209/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4209) y de 4 de marzo de 2020 (ROJ: STS 719/2020 - ECLI:ES:TS:2020:719).

extraordinarias al margen de los rígidos mecanismos previstos por la LCSP (art. 205) para la *revisión* de precios, dado que aunque las circunstancias imprevisibles se reconocen como causa de adaptación de los contratos públicos en el considerando 109 de la Directiva 24/2014/UE, la LCSP las incorpora al art. 205 de una manera muy restrictiva⁷⁰. En el ámbito de las concesión de obras, el art. 270 LCSP solo reconoce la «ruptura sustancial de la economía del contrato» cuando se acrediten causas de fuerza mayor o cuando esa ruptura se deba a actuaciones impuestas obligatoriamente por la Administración concedente con carácter sobrevenido (*factum principis*). En este terreno, la excesiva onerosidad proporciona un tópico útil para que el gestor público pueda ir con cierta seguridad más allá del tenor literal de la LCSP, en la búsqueda de soluciones operativas para la pervivencia del contrato público durante su ejecución, sin caer en el *contra legem* o en el *fraude de ley*.

El problema se ha planteado recientemente con agudeza con motivo de la depresión de la demanda de uso de ciertos servicios durante la pandemia (que dieron lugar al célebre art. 34 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo)⁷¹, y del incremento inflacionario experimentado iniciado en el verano de 2021 sobre los precios de contratos públicos de obras, suministros y servicios⁷². Ello ha dado lugar a la apertura de un intenso debate entre doctrina y jurisprudencia sobre las técnicas disponibles para evitar la “muerte” financiera del contrato en estos casos: desde la revisión de precios al *ius variandi*, el *factum principis*, la fuerza mayor... y el riesgo imprevisible, tópico residual en el que se suele incluir la excesiva onero-

⁷⁰ Cfr. J. M. Gimeno Feliú (2022), «Riesgo y ventura del contrato público en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», opinión del *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de mayo de 2022. El profesor Gimeno ha sido el responsable de haber incorporado el principio de honesta equivalencia a resoluciones como la del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón n^o 76/2015. Véase también T. Cano Campos (2023), «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 102 y siguientes, y A. García Jiménez, (2023), «La revisión de precios de los contratos públicos en un escenario inflacionista», *Revista de Administración Pública*, 221, págs. 211 y siguientes.

⁷¹ Nos remitimos a J. M. Gimeno Feliú (2023), «Contratación pública en situaciones excepcionales», en J. Tejedor Bielsa, A. Boix Palop y A. Nogueira López, *Derecho administrativo para la excepción*, Madrid, Iustel, págs. 261-283.

⁷² Según datos oficiales de IPC (INE), la inflación en España comenzó a superar el 3% durante el verano del año 2021, iniciando una tendencia alcista que marca su pico en julio de 2022 (10,8%), cinco meses después del comienzo de la guerra en Ucrania. A partir de ahí, comenzó un lento descenso hasta el 3,5 % acumulado a día de hoy. Este proceso inflacionario afectó intensamente a los precios de la contratación pública, tanto en las licitaciones, desincentivando la presentación de ofertas a procedimientos abiertos, como en el equilibrio económico de los contratos en ejecución. Véase *El País* de 16 de abril de 2023, *Contratos públicos en la picota por la subida del IPC*.

alidad como causa justificativa del reequilibrio financiero del precio del contrato⁷³. Así, la STS de 9 de septiembre de 2020 afirma, con copia literal de expresiones del Consejo de Estado, que:

El principio de riesgo y ventura no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando ésta (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 la revisión de precios cuando así esté pactada —como aquí acontece, revisión que fue efectuada y asumida, sin protesta, por la hoy recurrente— y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente). Como ha mantenido el Consejo de Estado en sus dictámenes 953/2011, 954/2011, 65/2012, 1.334/2012 y 158/2013, entre otros, la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*», como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no puede trasladarse sin más a otra construcción jurídica, la de la excesiva onerosidad, aplicable a las prestaciones caracterizadas por la conmutatividad contractual⁷⁴.

En este panorama tan casuístico e inseguro⁷⁵, la excesiva onerosidad parece estar llamada a colmar por vía interpretativa las lagunas de la regulación legal, insuficiente y rígida, existente en materia de ejecución de contratos. El hecho de nacer de una prestigiosa doctrina jurídico-pública francesa y obedecer a una regulación mercantil global es su mayor ventaja. Para desarrollarse en este punto, sin embargo, es necesario que los intérpretes jurídicos la sitúen en este escenario, y comprendan su virtualidad pospositivista a la hora de resolver de una manera razonable problemas jurídicos abiertos y muy reales⁷⁶.

⁷³ Véase Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo (2021), «La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones», *Revista de Administración Pública*, 216, págs. 18 y 34.

⁷⁴ ROJ: STS 2807/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2807. Sobre la no aplicabilidad del riesgo imprevisible a una alteración de la concesión de obra pública de la Autovía A-21 del Pirineo derivada de su sujeción legal sobrevenida al impuesto de contribución territorial urbana de Navarra, véase la STS de 4 de julio de 2023 (ROJ: STS 3124/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3124).

⁷⁵ Cfr. G. Fernández Farreres (2021), «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 216, págs. 70-75.

⁷⁶ Reproduzcamos aquí la lúcida descripción de J. Santamaría Pastor (2021): «[...] si la legislación de contratos ofrece múltiples aspectos susceptibles de mejora, es igualmente obligado reconocer que la labor de la doctrina y la jurisprudencia no ha sido capaz de cubrir estas lagunas. La primera (que no se ha caracterizado por su abundancia) se ha limitado a esbozar una serie de conceptos, importados con cierta precipitación de la doctrina y jurisprudencia francesas y dirigidos a corregir las situaciones de anomalía contractual: me refiero a los de *jus variandi*, fuerza mayor, hecho del príncipe, equilibrio económico y riesgo imprevisible, nociones cuyo contenido, alcance y consecuencias indemnizatorias o compensatorias no se han llegado a puntualizar con rigor, y que, además, se aplican un tanto caóticamente a cualquiera de dichas situaciones. No es de extrañar, por tanto, que la

VI. CONCLUSIÓN: EL FUTURO DEL CONCEPTO DE ONEROSIDAD CONTRACTUAL EN LA ADMINISTRACIÓN DEL COLAPSO CLIMÁTICO

30. En las páginas anteriores hemos ido viendo cómo la concepción causalista de los contratos inoculada por Domat y Pothier en nuestra codificación civil se ha ido superando paulatinamente. Al confundir contratos y obligaciones, y asentar en la expectativa de prestaciones recíprocas una causa objetiva de todo negocio bilateral, su capacidad explicativa del ordenamiento ha decrecido hasta el punto de devenir una teoría jurídica defectuosa y, por ello, obsoleta. La supresión de la causa de los contratos en el nuevo Código Civil francés de 2016 y la codificación internacional de la *Lex mercatoria* corroboran esta tendencia.

En ese mismo escenario de evolución del derecho privado de contratos, tanto en el plano interno como internacional, la noción de onerosidad como carga contractual ha ido ganando protagonismo. La virtud operativa de este enfoque es doble. Por un lado, proporciona un rasgo distintivo de aquellos negocios jurídicos en los que la carga que supone el propio comportamiento o prestación tiene como finalidad la obtención de un beneficio. Finalidad que los permite distinguir respecto de los negocios jurídicos gratuitos. Por otro lado, permite asentar sobre el principio de equivalencia de prestaciones y contraprestaciones contractuales la revisión de tales cargas en caso de acontecimientos imprevisibles que rompen su ecuación económica (*hardship*).

El derecho europeo mezcla en la actualidad ambas perspectivas conceptuales: mientras conserva la teoría civil clásica de onerosidad por su operatividad para dotar de la máxima extensión posible al concepto europeo de contrato y expandir así su forma a múltiples negocios jurídico-públicos, ha introducido ya en las normas de contabilidad empresarial la segunda perspectiva.

31. Estas líneas de desarrollo se reflejan en nuestro derecho de contratos públicos de dos formas. Por un lado, en una tensión derecho europeo-derecho

jurisprudencia haya recaído en las mismas inconsistencias, asumiendo pacíficamente este deficiente planteamiento doctrinal e intentando resolver con estos conceptos las múltiples reclamaciones que se suscitaban en vía contenciosa». Cfr. «Relación conclusiva», *Revista de Administración Pública*, 216, pág. 93. Véase también sobre la doctrina francesa en este punto. T. R. Fernández Rodríguez (2016), «Los riesgos imprevistos en el contrato de obras», *Revista de Administración Pública*, 201, págs. 203-206. Finalmente, G. Fernández Farreres considera que: «La regla de que las “actuaciones” administrativas no contractuales que por determinar una “extraordinaria onerosidad” pueden dar lugar al desistimiento del contratista habría de generalizarse a todos los contratos en los mismos términos en que lo hacen los arts. 270.4, párrafo 2º, y 290.6, párrafo 2º, LCSP, para los contratos de concesiones de obras y de servicios, si bien corrigiendo la regla complementaria de que el desistimiento no dará lugar a indemnización alguna, a los efectos de reconocer, en su caso, la indemnización prevista por el art. 280.1, párrafo 2º, en relación con el art. 281, ambos de la LCSP» (2021, pág. 88).

interno, generada por una nueva definición de onerosidad contractual, incorporada al art. 2.1 de la LCSP, que restringe el amplio significado atribuido por el TJUE y nos ayuda a perfilar mejor en nuestro ordenamiento interno el espacio propio de negocios jurídicos colaborativos del sector público. Por otro lado, en la tensión entre la letra de la LCSP, renuente a la revisión de precios, incluso extraordinaria, y la apuesta por situar en la onerosidad excesiva un criterio hermenéutico favorable a tal revisión, en línea con los desarrollos actuales de la *Lex mercatoria* internacional en cuyo entorno institucional se mueven los inversores internacionales a la hora de valorar sus riesgos de negocio.

32. Por la dinámica de ambas tensiones, el concepto de onerosidad contractual seguirá siendo de cara al futuro un escenario de disputa jurídica en nuestro derecho público. Sin embargo, desde el punto de vista de política jurídica al que nos referíamos en §4, consideramos que los dos significados propios de nuestro derecho de contratos públicos caminan en la dirección correcta y deben potenciarse; sencillamente, porque *ayudan a resolver mejor importantes problemas jurídicos* de la actual gestión administrativa. Problemas que irán a más en la época de colapso climático que nos toca afrontar, y para cuya resolución una interpretación literalista, ensimismada y asistemática de la actual ley de contratos públicos constituye un grave impedimento:

- Por una parte, el carácter objetivo de la definición propia de onerosidad de la LCSP como beneficio económico directo o indirecto constituye un punto de inflexión que conviene aprovechar sistemáticamente a la hora de integrar la LCSP y la Ley 40/2015 con la regulación del ámbito objetivo de las directivas europeas de contratación. Su virtualidad para actuar como parámetro de depuración conceptual y operativa entre contratos y negocios jurídicos bilaterales de autoprovisión administrativa es esencial para fundamentar correctamente un uso estratégico de dos espacios institucionales (el mercado de compra pública y el mercado de autoprovisión pública) que deben actuar complementariamente en la gestión de unos riesgos que se irán incrementando en número y magnitud.
- En segundo lugar, la excesiva onerosidad proporciona un parámetro de interpretación internacionalmente homologado y suficientemente flexible para la adaptación de la equivalencia de prestaciones en los contratos públicos cuando acaecen situaciones imprevisibles y excepcionales. Contingencias que, por desgracia, serán cada vez más frecuentes en la época de colapso climático en la que ya nos hemos adentrado.