

INFORME 6/2022 DE 28 DE JULIO DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE RESTABLECIMIENTO ECONOMICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. [Grupo5]

El Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de la Villa de la Orotava, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato de servicios de conservación y mantenimiento de la red de alumbrado público e instalaciones eléctricas, en concreto, solicita informe sobre tres extremos:

- 1.- La aplicación a este contrato de servicios, por analogía, de las medidas en materia de revisión excepcional de precios, determinadas en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo de 2022 para los contratos públicos de obras.
- 2.- La posibilidad de modificación del contrato.
- 3.- La posibilidad de aplicar la figura jurisprudencial de la cláusula “*rebus sic stantibus*” por un riesgo imprevisible.

Antes de analizar las cuestiones planteadas, procede precisar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con lo que prevé el Decreto 86/2016, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, tiene el carácter de órgano colegiado consultivo en materia de contratación administrativa y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no puede suplir ni debe interferir en las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencias. No obstante, dado que los términos en que se plantea la consulta guardan relación directa con aspectos que pueden incidir, de forma general, en la interpretación de la normativa de contratación pública, esta Junta Consultiva considera oportuno emitir su parecer sobre los aspectos generales implicados en las consultas planteadas, al tiempo que se resalta el carácter consultivo de este informe.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Como se señala en el escrito de petición de informe, el incremento en los últimos meses de los precios del suministro eléctrico, está teniendo gran repercusión e impacto en la contratación pública, lo que hace plantearse cómo afrontar a la vista de la normativa de contratación pública existente, ese desequilibrio económico que puede producirse en los contratos.

La contratación objeto de este informe se adjudicó conforme al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP); no obstante, al incidir las cuestiones planteadas sobre aspectos generales de la revisión de precios, las consultas se abordarán, principalmente, desde la





normativa vigente, esto es, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), si bien con referencias a los correspondientes preceptos del TRLCSP.

En relación con la cuestión planteada, destacar que la contratación pública se basa en los siguientes principios:

- Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas. (artículo 189 LCSP; art. 209 en el anterior TRLCSP).
- Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto (artículo 102 LCSP; art. 87 en el anterior TRLCSP).
- La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239 (artículo 197 LCSP y, 215 del TRLCSP).

La aplicación de estos principios determina que la normativa está orientada a la inalterabilidad de los contratos y, a que su ejecución, será a riesgo y ventura del contratista, asumiendo este los riesgos a que esté expuesto el desarrollo de un contrato y que repercuten en el beneficio económico que espera obtener.

A este planteamiento de inalterabilidad de los contratos se refiere la STS de 6 de noviembre de 2015, en el recurso de casación 2785/2014, cuando señala que: “recordar previamente la doctrina de esta Sala y Sección, sobre estos tres aspectos de los contratos administrativos: el de su eficacia vinculante y la invariabilidad de sus cláusulas; el del alcance del principio de riesgo y ventura; y el de cuáles son los supuestos en los que nuestro ordenamiento reconoce el derecho del contratista a reclamar de la Administración el reequilibrio económico del contrato.

La primera es que, el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico, tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y, cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla”

Como establece la sentencia citada, la normativa de contratación pública se inspira en el principio general, en virtud del cual, los contratos deben ejecutarse a riesgo y ventura del





contratista y, solo en supuestos tasados y regulados expresamente en la misma, se permite ajustar los términos de los contratos a determinadas evoluciones.

De lo expuesto se extraen las siguientes consideraciones:

1.- Como recoge expresamente la sentencia dictada, el reequilibrio sólo procederá cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.

En este contexto, el Gobierno de España ha aprobado unas medidas para permitir una revisión excepcional de los contratos públicos de obras afectados por la subida de los precios de los materiales mediante el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo de 2022, de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, modificado por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, pero únicamente aplicable a los contratos de obras y relativo al incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre y no se incluye el precio de la energía.

2.- Al margen de esta norma excepcional, deben señalarse los instrumentos que la normativa contractual prevé para paliar un posible desequilibrio económico en el contrato y que son:

- la revisión de precios,
- la modificación de los contratos, o
- la fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Respecto a cada una de ellas cabe subrayar que:

2.1.- La revisión de precios es la forma habitual de garantizar el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos administrativos, actualmente contemplado y delimitado en los arts. 103 a 105 de la LCSP.

La STS de 4 de marzo de 2020, dictada en el recurso de casación 4796/2018 establece que la revisión de precios tiene un carácter restrictivo, pues como indicara la sentencia de esta Sala Tercera de 13 de septiembre de 2012 dictada en el recurso de casación 2105/2008, «la revisión de precios, como excepción al principio de riesgo y ventura, únicamente procederá en la forma y los casos previstos en los artículos 103 y siguientes del TR de la Ley de Contratos». Por lo que, a sensu contrario, en los supuestos no previstos, no procederá revisar el precio del contrato.

2.2.- La modificación de los contratos se regula en la ley como una prerrogativa del órgano de contratación prevista en el artículo 190 de la LCSP, en el que se señala la posibilidad de variar el contenido del contrato por razones de interés público debido a necesidades nuevas o causas imprevistas.

Esta potestad de modificación unilateral de los contratos, es sometida a unos requisitos formales y sustantivos, no pudiendo afectar a las condiciones esenciales del contrato.

Además, ha de entenderse que la modificación del contrato se refiere a un cambio en el objeto del mismo, y así lo ha puesto de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Pública del





Estado en la Recomendación de 10 de diciembre de 2018, sobre las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, que señala: “la modificación del contrato, tanto en la Directiva como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio. El artículo 203.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público así lo establece al señalar que “Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.”

De acuerdo con ello, al no implicar el alza en los precios que componen el contrato un cambio en el objeto del mismo, no procedería la modificación del contrato.

2.3.- La regla general del principio de riesgo y ventura admite como excepción los supuestos de fuerza mayor, cuya enunciación en la ley ha interpretado la jurisprudencia de forma restrictiva (artículo 239 LCSP).

En cuanto al riesgo imprevisible, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en el considerando 109 contempla: “Los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”.

Si bien, la LCSP no contempla el riesgo imprevisible como causa de la ruptura del equilibrio económico, su aplicación ha sido admitida y apreciada por la jurisprudencia, pero con criterios restrictivos; un ejemplo de ello es la STS de 9 de septiembre de 2020, dictada en recurso de casación 2394/2016, donde dice: “...c) La doctrina del "riesgo imprevisible", enlazada a la de la cláusula "*rebus sic stantibus*", exige la aparición de un riesgo "que no pudo ser previsto" al tiempo de celebrarse el contrato. No puede ser empleada para precaver la compensación de riesgos racionalmente previsibles.

En la sentencia de 26 de mayo de 2011 se indicaba que la subida posible del precio del petróleo y del coste de los ligantes era una circunstancia que la actora debía conocer y prever.





Resulta en consecuencia que no procede la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible porque el aumento de los precios del petróleo no es un supuesto de fuerza mayor, o de total imprevisibilidad...

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 contractual. En el contrato de obras la obligación principal es la de ejecutar la misma, no la del suministro de materiales, y el precio no se fija por el de los materiales, sino por el de la realización de la obra. Como recuerda nuestra sentencia de 10 de noviembre de 2009 (casación 930/07), reiterando y trascribiendo parcialmente la de 25 de abril de 2008, desde el momento en que los precios del petróleo se liberalizaron por la ya lejana Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de octubre de 1986, el contratista sabe de las fluctuaciones a veces muy importantes, de los precios del crudo y sus derivados, algo que ha de tener en cuenta a la hora de efectuar la correspondiente oferta, asumiendo el riesgo económico que dichas subidas pueda comportar en el beneficio esperado”.

Lo señalado en esta sentencia puede hacerse extensible al supuesto del suministro eléctrico cuya liberación se produce a finales de 1997, lo que implica que el contratista debía conocer de sus fluctuaciones; no obstante, dado que la casuística de la jurisprudencia en uno y en otro caso es cuantiosa, será el órgano de contratación el que deberá, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, el que analice su aplicación o no al supuesto en cuestión.

En este punto, por similitud a lo que debe o no considerarse riesgo imprevisible, cabe destacar la situación que se produjo en la contratación pública a raíz del incremento del salario mínimo interprofesional. Al respecto, el informe 3/2019, de 10 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón concluye que: “...Por gravosa que pueda llegar a resultar una subida del SMI para los adjudicatarios, no puede calificarse como un riesgo imprevisible en los términos fijados por la jurisprudencia en relación al concepto de fuerza mayor.”

3.- En concreto, respecto a la cláusula "*rebus sic stantibus*", la misma constituye un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, que se produce cuando, por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes, a una de ellas le resulta absolutamente imposible o gravoso el cumplimiento de la obligación.

Esta cláusula no está regulada en precepto alguno, sino que es una construcción doctrinal que tradicionalmente, la jurisprudencia ha admitido, con mucha cautela y en ciertos casos, cuando sobrevienen hechos extraordinarios, imprevisibles y capaces de provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato.

Pero la STS de 30 de junio de 2014, recurso 2250/2012, matiza la doctrina anterior, entendiendo que se debe abandonar esta tendencia tan restrictiva y dotar a esta figura de "una con-figuración plenamente normalizada" (en línea con las STS de 17 de enero de 2013, rec. 1579/2010 y STS de 18 de enero de 2013, rec. 1318/2011).





La trascendencia de este cambio de orientación jurisprudencial es que viene a sentarse, con carácter general, que la crisis económica "puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido", pero la aplicación de la doctrina precisará, una vez sentada esta base general, analizar si en el concreto contrato ha tenido incidencia real la crisis económica, siendo razonable entender que ello es así cuando el cambio operado por la referida crisis lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

En definitiva, tradicionalmente ha sido una cláusula de aplicación muy restrictiva, pero el escenario de crisis económica ha extendido su aplicación, al considerar que estas circunstancias pudieran afectar gravemente al desarrollo de las relaciones contractuales., pero los Tribunales han rechazado la aplicación de la cláusula cuando se ha realizado una alegación abstracta e imprecisa de ella.

A la vista de lo expuesto, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa llega a las siguientes

CONCLUSIONES

1.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias tiene como función resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública y no puede suplir ni debe interferir en las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencias.

2.- La ejecución de los contratos públicos se rigen por los siguientes principios:

- Los contratos han de cumplirse conforme al contenido de sus cláusulas.
- La ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, salvo lo establecido por las leyes acerca de los supuestos de fuerza mayor.

3.- El Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo de 2022 de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, modificado por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, como recoge su artículo 6, se aplica a los contratos de obra, por lo que no procede su aplicación a otros tipos de contratos. Dicho Real Decreto recoge medidas excepcionales y, como tales, procede su aplicación solo en supuestos expresamente tasados.

4- La LCSP regula la modificación de los contratos públicos en los artículos 203 a 207, estableciendo que los contratos únicamente podrán ser modificados por razones de interés público y, en los supuestos y con las especialidades procedimentales previstos en esta Ley, y referido a un cambio en el objeto.

5.- La cláusula *rebus sic stantibus* es un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones cuando, por circunstancias sobrevenidas, a una de las partes le resulta imposible o extremadamente gravoso su cumplimiento.





La apreciación de la posible aplicación de esta cláusula “*rebus sic stantibus*” por un riesgo imprevisible acaecido en el transcurso de la ejecución del contrato es competencia del órgano de contratación, a la vista de las circunstancias de cada caso, determinando este la procedencia o no de su aplicación.

En Canarias,
Documento firmado digitalmente por
Teresa Peiró García – Machiñena
Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
MARIA TERESA PEIRO GARCIA-MACHIÑENA - JEFE/A DE SERVICIO JUNTA CONSULTIVA	Fecha: 02/08/2022 - 09:25:03
En la dirección https://sede.gobiernodecanarias.org/sede/verifica_doc?codigo_nde= puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0wpgdEgTbgt24yiedV6-83HC0kyCCSFjh	 
El presente documento ha sido descargado el 03/08/2022 - 09:06:03	