



Informe 13/2023, de 18 de julio de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Materia: Doctrina riesgo imprevisible.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (ASEJA) ha dirigido solicitud de informe a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

"Me dirijo a Usted, como Presidente de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (en anagrama ASEJA), por ser intención de la Patronal a la que represento, plantear formalmente a la Junta Consultiva de Contratación Pública una consulta relativa a la problemática de las empresas adjudicatarias de los Contratos de Mantenimiento y/o Gestión de la Infraestructura Verde (parques y jardines principalmente) en nuestro país tras la reciente publicación de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

En concreto hacemos referencia al segundo párrafo del apartado Catorce del artículo 122 que señala:

"Catorce. Cotización correspondiente al mecanismo de equidad intergeneracional. (..). Cuando el tipo de cotización deba ser objeto de distribución entre empleador y trabajador, el 0,5 por ciento será a cargo del empleador y el 0,1 por ciento a cargo del trabajador".

Dicha cotización, impuesta por este texto normativo, supone una circunstancia no prevista ni previsible en el momento en que, en los contratos en vigor con la administración pública, se procedieron por parte de los distintos Poderes adjudicadores

a realizar los oportunos cálculos de los presupuestos base de licitación (PBL) conforme a la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). Y lógicamente ante dicha falta de previsión en los PBL, dicha circunstancia tampoco fue prevista en las distintas ofertas por parte de los licitadores.

La prestación de servicios de conservación de la infraestructura verde (parques, jardines,...) son servicios en los que la mayoría de los costes de los mismos son de ámbito social (en torno al 80% de los costes son salariales y sociales), y por lo tanto se ven afectados especialmente por dicha nueva cotización.

*Esta Junta tuvo ocasión de manifestarse en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, en relación con 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.***

En la misma se hacía referencia a determinados argumentos para justificar que la modificación de los costes laborales derivados de la firma de un nuevo convenio colectivo aplicable a un contratista es un riesgo propio del contrato público de servicios que no justifica la modificación del contrato y por ello no se consideraba necesario que los órganos de contratación adopten medida alguna ante esta circunstancia.

Y son precisamente dichos argumentos los que, consideramos son aplicables sin embargo al supuesto que se produce a raíz de la nueva cotización precitada prevista en la Ley de Presupuestos para el año 2023 antes referida.

En concreto en dicha recomendación se contenían los siguientes argumentos:

- a) *"No parece que la variación de las circunstancias derivadas de la negociación colectiva laboral deba ser soportada o absorbida por la entidad contratante pues esto no es un imperativo legal, porque esta circunstancia ya venía sucediendo con anterioridad a la entrada en vigor de la actual ley, por más que en ella se cite expresamente recogiendo el desiderátum de la Directiva en el sentido de que se respeten las condiciones fijadas en los convenios colectivos, y porque ello representaría un problema cuantitativa y cualitativamente muy relevante en la gestión de los contratos públicos."*

Sin embargo, en este caso, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, sí que es un imperativo legal que contiene un incremento del 5% en los costes de seguridad social y porque en ningún caso se preveía con anterioridad en nuestra legislación laboral y de seguridad social.

- b) *"La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016 indica que para que proceda el reequilibrio financiero del contrato en aplicación del principio de riesgo y ventura no basta con que su economía haya resultado alterada, sino que resulta preciso que la causa de esa alteración haya sido el "factum principis", el ejercicio del "ius variandi" o la concurrencia de circunstancias calificables de hecho imprevisible. Es evidente que ninguna de las dos primeras figuras concurre en el presente caso pues no se cumplen las condiciones exigidas para su aplicación, que como antes hemos señalado han de analizarse caso por caso, y especialmente para estos supuestos en la medida en que la voluntad de las entidades públicas resulta completamente ajena a la negociación colectiva."*

En este caso, y analizando la situación caso a caso, la modificación de los términos económicos del contrato son consecuencia exclusiva de la voluntad concreta de las entidades públicas, suponiendo sin lugar a duda un "ius variandi".

- c) *"La Sentencia de 18 de abril de 2008 aludía, en este sentido, a la doctrina del riesgo imprevisible. La citada sentencia manifestó que la aplicación de esta*

doctrina, si la enlazamos con la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, "como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse".

"La Sentencia de 25 de abril de 2008 alude, a su vez, al concepto de imprevisibilidad y señala que la misma concierne a "sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación."

La nueva obligación social contemplada encaja exactamente en el concepto de riesgo imprevisible, y que en ningún caso pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, suponiendo un hecho extraordinario que altera muy notablemente (sobre todo en contratos intensivos en personal), el equilibrio económico y contractual.

- D) *"En el caso que nos atañe, del mismo modo que la Jurisprudencia admitió que el incremento de precios del petróleo en un mercado liberalizado constituía un riesgo propio del contrato o una ventura en el caso de que aquel disminuyese, el crecimiento del importe de los costes de mano de obra como consecuencia de un acontecimiento previsible como es la negociación colectiva no puede calificarse en modo alguno como un riesgo imprevisible, que justifique la modificación posterior del contrato. Es esta una circunstancia que claramente puede anticiparse en el momento de celebrarse el contrato y que el contratista puede prever. Es cierto que la ley ordena que los órganos de contratación cuiden de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado, pero también lo es que, una vez determinadas las condiciones aplicables al contrato y consentidas por las partes, existe un riesgo que asume el contratista y del que no puede desligarse por acontecimientos previsibles, aunque no sean cuantificables de antemano."*

“Mutas mutandi”, resulta de aplicación en su integridad al incremento de los costes sociales, ya que no estamos en un mercado liberalizado en cuanto a las cotizaciones sociales, sino que las empresas están (lógicamente) poderes públicos; y si bien hay decisiones que podrían preverse como son los incrementos laborales dimanantes de las negociaciones salariales, existen otras decisiones, imprevisibles y cargadas de una importante ideología política, pues depende de las alianzas, coaliciones o pactos entre las fuerzas políticas, las entidades públicas gobernantes toman decisiones que son auténticamente imprevisibles. Adicionalmente ninguna de las administraciones contratantes, de ámbito local, tiene potestad para llevar a cabo la nueva cotización impuesta por la múltiplemente citada Ley 31/2022.

Modestamente consideramos, por tanto, que el segundo párrafo del apartado 14 del artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, contiene una obligación legal imprevisible, que no pudo ser tenida en cuenta y que afecta de forma muy importante a las condiciones económicas de los contratos en vigor, sobre todo de los intensivos en personas trabajadoras, lo que justifica la modificación del contrato y se hace necesario que los órganos de contratación adopten medidas ante esta circunstancia.

Resaltar asimismo una serie de cuestiones a valorar adicionales:

- a) Si bien la norma referida actúa "erga omnes", ella tiene un efecto singular y especialmente dañino en los contratos intensivos en personal, dado el efecto económico que tiene sobre ellos.*
- b) El efecto de la norma es fácilmente corregible en cualquiera de los contratos en el ámbito privado, en donde prima la libertad de pactos y la revisión de precios.*
- c) El sector de los servicios, en la contratación pública, ve limitada la revisión a los supuestos expresamente previstos en la LCSP, lo que supone que no está permitida dicha revisión.*

d) Nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 1868/2016, 20 de Julio de 2016 recoge como en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Admitiendo por tanto nuestro más alto Tribunal dicha alteración y el derecho a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Por lo expuesto, nuestra consulta es la siguiente:

*En los contratos de servicios intensivos en personas trabajadoras, **y en los que la mayoría de los costes que componen el presupuesto base de licitación son de ámbito social**, y por lo tanto se ven afectados especialmente por dicha nueva cotización expuesta con anterioridad; celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, ¿Puede procederse a su modificación, mediante el cálculo del efecto económico que dicha nueva cotización tiene en los costes imputables al contrato? ¿o restablecerse el equilibrio económico del contratista por causa no imputable?*

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1.La cuestión que la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (ASEJA) plantea a esta Junta Consultiva presenta dos vertientes, a abordar desde las previsiones contenidas en 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 (LCSP), cuales son la posibilidad de que en los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, el efecto económico que la cotización correspondiente al mecanismo de equidad intergeneracional que dicha norma prevé, con el consiguiente reflejo en los costes laborales que asume el adjudicatario, pueda dar lugar a la modificación del contrato formalizado mediante el cálculo del efecto económico que aquella tenga en el contrato, o al restablecimiento del equilibrio económico del contratista por causa que no le es imputable.

Con carácter previo, debe advertirse que, de acuerdo con las competencias que tiene atribuidas esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, la respuesta a las cuestiones que se le plantean no cabe singularizarlas en un caso concreto, al no ser esa la finalidad de los informes que emite. En consecuencia, no procede resolver la cuestión que se somete a dictamen de modo específico para la entidad consultante, sino establecer una doctrina de carácter general en la interpretación de la normativa relacionada con el caso que se analiza.

2. La ejecución de los contratos públicos está presidida por un principio rector fundamental en materia contractual cual es la obligación de cumplir los acuerdos celebrados entre las partes *-pacta sunt servanda-* consagrado en el artículo 189 de la LCSP “*los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas (...)*”. De dicho principio se inducen dos consecuencias: la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas y la atribución al contratista del riesgo y ventura que pueda ocasionar la ejecución del contrato (Cf. artículo 197 de la LCSP y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015).

El Consejo de Estado, en su dictamen de 14 de mayo de 1998, abordó la temática del concepto de riesgo y ventura, principio que ya figuraba tanto en la Ley de Contratos del

Estado de 8 de abril de 1965 (artículo 65) como en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 46). Afirma el citado alto órgano consultivo que tal criterio implica que *“el contratista asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Por tanto, la mayor onerosidad de las obras, por causas imprevisibles no imputables a la Administración, debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando no opera ninguno de los límites al principio de riesgo y ventura enunciados”*. En similar sentido, cabe citar, los dictámenes 2918/2004, 888/2008, 235/2011, y 709/2019.

Ese mismo criterio es el mantenido por el Tribunal Supremo en sendas sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001 donde señala que *“el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial”*.

De lo anterior se colige que el fundamento legal del principio de riesgo y ventura implica, *per se*, un elemento de aleatoriedad en los resultados económicos del contrato; esto es, que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en cuenta para consentir el contrato no le libera de cumplir lo pactado ni le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación, tal como manifestamos en nuestra

Recomendación de 10 de diciembre de 2018. Por tanto, ni el incremento sobrevenido de los beneficios del contratista autoriza a la Administración a reducir el precio pactado ni, en caso contrario, la disminución del beneficio calculado -o, incluso, la existencia de pérdidas- genera derecho alguno en el contratista a instar un incremento del precio o una indemnización.

3. No obstante lo anterior, en la mentada Recomendación de 10 de diciembre de 2018 de esta Junta Consultiva -al igual que en nuestros informes 18/19 y 24/21- se recordaba que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional prever una serie tasada de excepciones a la aleatoriedad de los contratos públicos en supuestos en que la causa de la mayor onerosidad sobrevenida altere los términos iniciales de la relación contractual para una de las partes, siendo la finalidad perseguida reequilibrar la paridad económica del contrato y sólo cuando se haya producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*), o por hechos que excedan de la normal *alea* del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia 105/2022, de 31 de enero de 2022, cuando indica que *“el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución; y, consiguientemente, para que proceda el reequilibrio financiero del contrato mediante una indemnización compensatoria, regirá la regla general, presente en nuestra legislación de contratos públicos, de que no bastará con que su economía haya resultado alterada, sino que será preciso que la causa de esa alteración haya sido el "factum principis", el ejercicio del "ius variandi" o la concurrencia de circunstancias calificables de hecho imprevisible”*.

Por su parte, el Consejo de Estado (Dictamen 93/2019) insiste en que los límites de la regla del riesgo y ventura vienen *“determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero”*. Así, aunque la regla general es la obligatoriedad de las

prestaciones consignadas en el contrato público, excepcionalmente, dicha obligatoriedad puede ceder cuando se altere la base del negocio o sus condiciones de modo que se **“trastoque completamente”** la relación contractual. El alto órgano consultivo alude a la doctrina del restablecimiento del equilibrio del contrato ***“cuando se produce una quiebra total del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista”***.

En consecuencia, cabe inferir que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones contractuales genera en el contratista el derecho a solicitar el restablecimiento de la situación existente al momento de la firma sino, de modo exclusivo, aquellos supuestos en que se verifiquen determinadas circunstancias que habrán de analizarse caso por caso. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo antes citada de 31 de enero de 2022 así lo consigna al indicar que ***“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”***.

4. Con origen en el Consejo de Estado francés, la **doctrina del riesgo imprevisible** es, en nuestro Derecho, resultado de una construcción tanto doctrinal como jurisprudencial con la que se pretende flexibilizar una aplicación en exceso rigorista de la obligación de cumplimiento de los contratos conforme al tenor literal de sus cláusulas. La doctrina así elaborada admite la posibilidad de introducir correcciones en las condiciones pactadas *ab initio* cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que los riesgos fueran razonablemente imprevisibles. En el informe de esta Junta Consultiva 5/2010, de 23 de julio, se señalaba que ***“para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte, que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en***

*segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato”. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 resulta esclarecedora cuando, aludiendo al concepto de imprevisibilidad, señala que la misma concierne a “**sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación”.***

- Que los hechos que producen la alteración en la relación sinalagmática no sean consecuencia de la mala gestión de la entidad pública contratante.
- Que tales hechos sean independientes de la voluntad del contratista, quien deberá haber actuado en todo momento de buena fe y con un grado razonable de diligencia y previsión.
- Que los sucesos en cuestión tengan entidad suficiente para **alterar gravemente** la prestación debida por el contratista, sin que quepa su previa reparación mediante otros mecanismos regulares del contrato (en su caso, la revisión de precios). Es decir, un **riesgo** que no sea normal “**sino patológico y desmesurado**”, un **riesgo completamente excepcional que “desbarata” la ecuación financiera del contrato** (Cf. Consejo de Estado, dictámenes 93/2019 y 512/2006), sin que puedan admitirse supuestos de mera disminución del beneficio del contratista (Cf. Consejo de Estado 669/2014).
- Que la magnitud de tales acontecimientos quede debidamente acreditada atendiendo al contrato público considerado en su conjunto, sin que quepa la valoración de aspectos económicos parciales del contrato en cuestión.

5. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido esta posibilidad a través de una jurisprudencia consolidada pudiendo citarse, entre otras muchas, las sentencias de 27 de octubre de 2009, de 6 de mayo de 2008, y las de 18 y 25 de abril de 2008. En la segunda de las citadas, el Alto Tribunal indica que la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, **se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución** del mismo de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse. Por su parte, en la mencionada en último término, añade que su presencia exige “*aplicar los principios de equidad (art. 3.2 C. Civil) y de buena fe (art. 7.1 C. Civil) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública*”.

El Consejo de Estado, por su parte, señala que para la aplicación de esta doctrina habrá de atenderse a cada caso concreto, ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio contractual. En todo caso, como señala en su dictamen de 14 mayo 1998, la aplicación de la doctrina de la imprevisión exige, por su misma naturaleza, de cautelas especiales y de una **interpretación estricta que evite efectos expansivos no deseados** y no está concebida como una garantía del beneficio del contratista, ni como un sistema de aseguramiento que cubra las posibles pérdidas a que puede dar lugar normalmente la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público. Se trataría, en cambio, de un mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales.

En consecuencia, queda meridianamente claro que la doctrina del riesgo imprevisible se ha configurado como un criterio de aplicación excepcional al principio general de riesgo y ventura consagrado en el artículo 197 de la LCSP debiendo primar, por tanto,

la obligatoriedad del cumplimiento de lo pactado por las partes en el contrato y solo podrá aplicarse a lo debido por el contratista en supuestos concretos en los que queden fehacientemente acreditados los requisitos que se han señalado *supra* (V. Considerando 4).

6. En vista de lo expuesto, procede ahora que esta Junta Consultiva entre en el fondo del asunto a fin de determinar si la doctrina del riesgo imprevisible puede aplicarse en un supuesto como el que se nos somete a consulta, respondiendo así a la segunda de las cuestiones que nos plantea la consultante, que abordaremos en primer término.

Tal como hemos destacado en las consideraciones jurídicas que preceden, es condición esencial para la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, según los criterios compartidos por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, que las circunstancias que producen la alteración de los términos iniciales del contrato sean tales que: a) *“Trastoquen completamente”* dicha relación contractual, esto es, que tal evento debe producir una quiebra radical del equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes o, lo que es lo mismo, del sinalagma funcional del contrato; b) Que tales sucesos sobrevenidos alteren de forma muy notable el equilibrio económico existente al momento de perfeccionarse el contrato, es decir, que sobrepasen los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación; y c) Que alteren gravemente la prestación a que se compromete el contratista. En resumen, y citando la expresión utilizada por el Consejo de Estado, el riesgo que podrá ser tenido en cuenta es aquel de carácter *“patológico y desmesurado”*, debiendo hacerse del mismo una *“interpretación estricta que evite efectos expansivos no deseados”*, no pudiendo dar lugar a transformar una excepción en algo que ha de evitarse a toda costa, esto es, que pase a ser una garantía del beneficio del contratista contra imprevistos que integran el principio de riesgo y ventura consagrado en el artículo 197 de la LCSP.

La circunstancia que da lugar a la presente consulta no es sino la configuración, en la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, de la cotización correspondiente al mecanismo de equidad intergeneracional (artículo 122, Catorce), previsto en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que en su Disposición final 4ª configuró un mecanismo destinado a garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones respetando el equilibrio entre generaciones. Dicho sistema, tal como aparece en la citada norma, prevé un primer estadio, a desarrollarse a partir de 2023 por un período de diez años, fijando una cotización adicional del 0,6% aplicable a la base de cotización por contingencias comunes cuando exista la obligación de cotizar para la cobertura de la pensión de jubilación, a fin de engrosar el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. La implementación de la medida se hace recaer sobre empresarios y trabajadores a razón del 0,5% y el 0,1%, respectivamente.

Dos son las cuestiones relevantes a fin de determinar si nos hallamos ante un acontecimiento que dé cabida a la doctrina del riesgo imprevisible para compensar la alteración de la prestación debida por el contratista. La primera de las cuestiones se contrae a analizar si el incremento en los gastos de Seguridad Social que asume el contratista en relación con los trabajadores que forman parte de su plantilla y que intervendrán en la ejecución del contrato, en caso de verse incrementados en un 0,5%, pueden ser calificados de “*alteración muy notable*” del equilibrio económico y contractual existente en el momento de celebrarse el contrato; de “*riesgo patológico y desmesurado*”; en fin, de “*riesgo completamente excepcional que desbarata la ecuación financiera del contrato*”. Y la respuesta, por aplicación de las reglas de la hermenéutica jurídica, presididas por la lógica y la sana crítica, de conformidad con los principios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico (entre otros, artículo 3 del Código Civil y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no puede ser sino negativa.

En este aspecto, resulta altamente significativo el hecho de que el órgano consultante, a pesar de las afirmaciones sobre las peculiaridades de los contratos de servicios afectados que motivan su petición de informe y que aparecen detalladas en su escrito (*“contratos de servicios intensivos en personas trabajadoras, y en los que la mayoría de los costes que componen el presupuesto base de licitación son de ámbito social”*), no acredita, en modo alguno, la que califica como alteración *“de forma muy importante de las condiciones económicas de los contratos en vigor”*, circunstancia que, de ser incontestable, sería fácilmente certificable.

La segunda de las cuestiones no es otra que la relativa a la imprevisibilidad del hecho causante. En este sentido, nos reiteramos en lo expuesto supra (V. Consideración jurídica 4) incidiendo, a mayor abundamiento, en el hecho de que tal calificación no podría, en ningún caso, predicarse de aquellos contratos anteriores a la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de PGE para 2023 pero posteriores a la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, sobre garantía del poder adquisitivo de las pensiones, puesto que el mecanismo estaba previsto en la última de las normas citadas, limitándose la Ley de PGE para 2023 a su implementación.

7. Finalmente, como corolario de lo argumentado, conviene no olvidar que el principio que rige la ejecución de los contratos viene establecido, como ya se ha dicho con anterioridad, por el artículo 197 de la LCSP, que consagra el riesgo y ventura, en virtud del cual el contratista asume los riesgos que conlleva el acuerdo al que llega con el otro contratante y, dado que la actividad empresarial es, por definición, imprevisible, de las circunstancias del mercado pueden resultar ganancias o pérdidas y, en este último supuesto, el licitador no tiene, como criterio general, por qué compartirlas. Como toda actividad basada en el riesgo económico, que es propio del mercado y que se presupone asumido por los operadores que en él actúan, la minoración de las ganancias que el contratista previó –o supuso- inicialmente que podía reportarle el contrato que celebra

con la Administración, pueden no concretarse, sin que dicho paradigma deba ser distinto cuando el otro contratante es el sector Público.

En consecuencia, a la pregunta de si en un caso como el que se nos eleva a consulta puede restablecerse el equilibrio económico del contratista por causa que no le es imputable cuando la alteración económica que afecta a sus ganancias implique una minoración de las mismas como consecuencia de la implementación de una disposición con rango de Ley que eleva las cotizaciones sociales en un 0,5%, aunque esta sea posterior a la formalización del contrato, la respuesta debe ser negativa por estar dicha contingencia cubierta por el principio de riesgo y ventura consagrado en el artículo 197 LCSP, tal como resulta de lo expuesto en los párrafos precedentes.

8. Por último, en relación a la primera de las cuestiones que nos ha sido planteada, que no es otra que la posibilidad de proceder a la modificación del contrato mediante el cálculo del efecto económico que tal cotización (en este caso concreto, la prevista en la Ley 31/2022, de PGE para 2023, que implementa una disposición contenida en una norma anterior, conocida como mecanismo de equidad intergeneracional) tiene en los costes imputables al contrato, debe responderse en el mismo sentido –negativo- que a la primera.

A diferencia de lo que hemos señalado en relación al riesgo imprevisible -mecanismo que no altera ningún elemento esencial del contrato, sino que su alcance se limita a compensar el perjuicio patrimonial exagerado y no previsible que circunstancias imponderables hayan podido infligir al contratista-, aquí nos hallamos en un contexto bien diferente puesto que se trata, ni más ni menos, que de modificar uno de los elementos esenciales del contrato cual es el precio pactado.

En el sentido apuntado, tanto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-496/99 P Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA,

de 29 de abril de 2004, y C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur contra Republik Österreich (Bund), de 19 de junio de 2008), como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -haciéndose eco de estas sentencias- en su resolución 436/2022, de 7 de abril de 2022, se manifiestan contrarios a la modificación del precio en un contrato de suministro regido por la LCSP argumentado que la alteración del precio pactado, aun concurriendo causa imprevisible, afecta a las condiciones esenciales del contrato lo que encubriría una revisión de precios no prevista en el contrato, debiendo asumir esa subida el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 197, consagra como principio general que rige la ejecución de los contratos públicos el de riesgo y ventura. Ni dicha ley ni la jurisprudencia -tanto de los órganos jurisdiccionales como administrativos- autorizan la modificación del precio del contrato por alteración del equilibrio económico producido por causas imprevisibles al tratarse de un elemento esencial del mismo, ya que afectaría a las condiciones esenciales del contrato, debiendo asumir el perjuicio resultante el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato, cuando no opera ninguno de los límites al mismo.
- En consecuencia, la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible quedará circunscrita a los casos en que, habiéndose realizado la prestación objeto del contrato total o parcialmente, concurren las circunstancias señaladas en la consideración jurídica 4 del presente informe, de tal modo que solo podrá ser aplicado cuando el efecto económico que circunstancias sobrevenidas e

imprevisibles ocasionen en la prestación debida por el contratista signifiquen una alteración sustancial y muy notable que desbarate el equilibrio económico inicial del contrato.

- No pueden quedar comprendidas en el concepto de alteración sustancial de las condiciones del contrato las meras disminuciones del beneficio del contratista, no teniendo la consideración de alteración sustancial un incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social del 0,5% previstas en una norma, aun cuando ésta sea posterior a la formalización del contrato.
- No es posible la modificación del contrato ya que la alteración del precio pactado afecta a las condiciones esenciales del contrato, lo que encubriría una revisión de precios no prevista en el contrato, debiendo asumir esa subida el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato.