



Informe 10/2022, de 24 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Asunto: Consideración del incremento de precios como circunstancia imprevisible y sobrevenida y su aplicación como modificación contractual prevista en el artículo 205.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito de 27 de septiembre de 2022, el Secretario OGeneral de la Consejería de Educación y Empleo formula solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en virtud de lo preceptuado en la letra b) del artículo 6.1 del Decreto 74/2021, de 30 de junio, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, (en adelante Decreto 74/2021).

El objeto de la consulta planteada se extrae de tres apartados diferentes en los que se estructura el documento de solicitud que se transcriben literalmente del siguiente modo:

La primera consulta se expone en el apartado I. CONSULTA:

“Situamos la consulta en el análisis del alcance y posibilidad de aplicación de la previsión contenida en el artículo 205.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que 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, ante el problema que tienen las empresas con los contratos de servicio de catering para comedores escolares adjudicados y en fase de ejecución, tras ser prorrogados por plazo de un año, a partir del incremento elevado de las materias primas y el coste de la energía.

Siendo conscientes de la repercusión negativa que sobre los destinatarios del servicio (alumnos usuarios del servicio de comedor escolar de los centros educativos públicos de la Consejería de Educación y Empleo) tiene el incremento de los precios de las materias primas debemos plantear si fuera posible que tal situación dejara de ser denominada como riesgo y ventura del empresario o contratista e intentar buscar el equilibrio económico por la vía del apartado 2.b) del artículo 205 de la Ley 9/17”.

La segunda cuestión se sitúa en el párrafo primero de los FUNDAMENTOS DE DERECHO:

“conviene analizar si es posible referirse al “derecho” al reequilibrio económico del contrato de servicio desde la perspectiva de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas vigente el contrato y el riesgo imprevisible provocado por el aumento de las materias prima, el aumento incontrolado del coste de la energía o la situación creada a partir de la crisis sanitaria derivada del COVID-19.”

La tercera cuestión suscitada se plantea en el apartado IV CONCLUSIÓN:

“Ante esta situación plantea el órgano de contratación la posibilidad de modificar el contrato de servicio por la vía del artículo 205.2.b) de la LCSP, modificación que no tiene por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato, ni cambiar el objeto del contrato sino restaurar el equilibrio económico.”

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 24 de noviembre de 2022, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1º.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura y legitimación para solicitarle informe.

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 74/2021, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa.

Respecto de las cuestiones planteadas en la solicitud de informe, cabe recordar que la Junta Consultiva de Contratación sólo se pronuncia sobre las cuestiones generales planteadas en materia de contratación, obviando el supuesto de hecho concreto correspondiente a un específico expediente de contratación, ya que de acuerdo con los precedentes establecidos en aplicación de los artículos 2 y 3 del mencionado Decreto 74/2021, no corresponde a este órgano consultivo informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones de consulta jurídica atribuidos a otros órganos consultivos por la normativa autonómica o estatal.

En cuanto al solicitante, Secretario General de la Consejería de Educación y Empleo, ostenta legitimación en virtud del artículo 6.1 del Decreto 74/2021 que establece que las Secretarías Generales de las Consejerías se hallan legitimadas para formular la solicitud de informe.

2º.- Modificación de un contrato durante su vigencia.

Es objeto de la consulta planteada la modificación de un contrato en fase de ejecución. A este respecto, hemos de acudir a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (en adelante Directiva 2014/24/UE), que recoge por primera vez en el derecho de la Unión Europea la regulación de los límites de las modificaciones contractuales.

De este modo, en su considerando 107 establece la necesidad de precisar y aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Incide en que es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales debido a que estos cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

En esta línea sigue el considerando 108, mencionando que los poderes adjudicadores pueden tener que enfrentarse a situaciones en las que resulten necesarios obras, suministros o servicios adicionales; en tales casos puede estar justificada una modificación del contrato inicial sin nuevo procedimiento de contratación, en particular cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas.

De este modo, en su artículo 72, la Directiva 2014/24/UE regula expresamente la modificación de los contratos durante su vigencia, estableciendo entre otros casos, que los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original. Impone para ello dos condiciones que el cambio de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial y que genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

Otro de los supuestos que contempla la modificación no prevista del contrato es el mencionado en el apartado 1.c) del dicho artículo 72 para los casos en que se cumplan las condiciones siguientes: que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, que la modificación no altere la naturaleza global del contrato y que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva.

Siguiendo con la pretensión de regular las limitaciones a las modificaciones contractuales para los contratos vigentes, se introduce la consideración o carácter de “*modificación no sustancial*” para permitir las modificaciones con independencia de su valor.

Finaliza el artículo 72 regulando que: “*será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2*”.

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), regula en sus artículos 203 a 207 la modificación de los contratos como transposición del artículo 72 de la Directiva 2014/24.

Prevista por tanto en el ordenamiento jurídico la posibilidad de modificación del contrato durante su vigencia, de dicha previsión normativa es de interés en esta consideración lo regulado en el artículo 203, donde aparta de su ámbito de aplicación los supuestos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución.

En este sentido, los contratos administrativos solo podrán ser modificados atendiendo a las prestaciones que forman su objeto por razones de interés público en los casos y formas previstos en la Subsección 4ª Modificación de los contratos, de la Sección 3ª, Capítulo I, Título I Disposiciones Generales del Libro Segundo “*De los Contratos de las Administraciones Públicas*”.

3º.- El principio de Riesgo y Ventura, Fuerza mayor, Riesgo imprevisible en relación con el incremento de precios.

La consulta formulada por el solicitante del informe se plantea en términos de la posibilidad de dejar de considerar el incremento de precios como riesgo y ventura del empresario, que si bien es cierto que en términos generales los contratos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, ello no obsta para que se reconozcan excepciones al mismo como la revisión de precios, “*ius variandi*”, “*factum pincipis*”,

fuerza mayor y riesgo imprevisible; en atención a lo anterior, pasamos a analizar dichos conceptos.

El artículo 102 de la LCSP regula que: *“los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado”*. La vinculación de las partes del contrato al contenido del mismo, en virtud del principio *“pacta sunt servanda”*, se recoge en el artículo 189, indicando que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

El principio de riesgo y ventura se regula en el artículo 197 de la LCSP que establece que *“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”*.

Tal y como se indica en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, *“la concreción de ese principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato”*. Se acude en dicha Recomendación a la STS de 20 de julio de 2016 para recordar que el principio de riesgo y ventura *“lleva inherente el elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato, no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación”*.

Asimismo, el Tribunal Supremo en su Sentencia 1868/2018, de 20 de julio, en esta línea, recoge que *“en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace 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”*. Por tanto, no estando prevista la posibilidad de revisión de precios del contrato, la variación de precios que pueda producirse

como consecuencia del incremento de precio en las materias primas o proveedores del adjudicatario debe ser asumida por él mismo en virtud del principio de riesgo y ventura.

En sentido similar, el Tribunal Supremo en su Sentencia 6531/2009, de 27 de octubre, declaró 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. Ello implica que, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización”*.

Analizado el incremento de precios como supuesto de fuerza mayor propuesto en la solicitud de informe, acudimos a la referencia de la Sentencia del Tribunal Supremo 1843/2017, de 28 de noviembre de 2017, donde la fuerza mayor *“es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia de este Tribunal, a un suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable. De modo que, atendido el momento de inicio de la crisis económica, que no aparece en el tiempo que media entre la celebración del contrato en 2012 y la controvertida modificación de 2013, sino que cualquiera que sea su fijación es necesariamente anterior a dicha celebración. Del mismo modo que la invocada reforma del artículo 135 de la Constitución se produjo en 2011, es decir, también antes de la formalización del contrato, de manera que ya se tenía constancia del cambio de circunstancias y se atisbaban las consecuencias de ese nuevo orden de cosas. Por consiguiente, las nuevas circunstancias no resultaban imprevistas, no aparecieron inopinadamente tras la celebración del contrato. No. Ya habían hecho acto de presencia, con mayor*

o menor intensidad, antes de la celebración, y la Administración debió actuar según el principio de precaución, acorde con ese nuevo orden que evidenciaban las coordenadas expuestas”.

No cabe por tanto alegar el incremento de precios de los bienes o servicios como situación de fuerza mayor, en este sentido el fundamento cuarto de la STS 1843/2017 anterior, se pronuncia expresamente: *“téngase en cuenta que no hemos considerado a la crisis económica como constitutiva de fuerza mayor, aunque invocada por el contratista, en Sentencia de 6 de abril de 2017 (recurso contencioso administrativo nº 453/2016), entre otras, al señalar que « en el supuesto enjuiciado en este recurso contencioso-administrativo, no estimamos que la situación de crisis económica y financiera acaecida a nivel mundial, y que afectó de forma agravada al sector industrial español, que -según se aduce- obligó a MTG a realizar ajustes en la plantilla para garantizar la propia continuidad de la empresa, pueda considerarse causa justificativa del incumplimiento de la obligación de mantenimiento de puestos de trabajo impuesta en el apartado 2.6 de la resolución individual de concesión de incentivos regionales (tras su modificación por resolución de la Comisión Delegada del gobierno para Asuntos Económicos de 4 de diciembre de 2013), ya que no cabe eludir el carácter cíclico de la economía, que determina que los cambios que puedan producirse, derivados de la evolución de múltiples factores de carácter político, económico o social, no puedan caracterizarse de imprevisibles desde una perspectiva empresarial. (...)No cabe, por tanto, considerar que la coyuntura económica pueda dispensar del cumplimiento de las obligaciones»”.*

En los mismos términos la STS de 30 de abril de 1999 desestima la pretensión de abono del importe del sobrecoste originados en la obra de un túnel, afirmando que las obras han de realizarse a riesgo y ventura del contratista, implicando *“que éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en dichas obras sino en los casos de fuerza mayor”.*

El concepto fuerza mayor no aparece definido en la Directiva 2014/24/UE, mientras que por el contrario, el concepto de circunstancias imprevisibles viene definido en el Considerando 109 en referencia a : *“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. Sin embargo, no puede aplicarse en los casos en que una modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global, por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado”.

La doctrina del riesgo imprevisible exige como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al celebrarse el contrato, que se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución, de modo que la prestación pactada en el contrato sea más onerosa para una de las partes de lo inicialmente previsto.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 1979, para su viabilidad como causa que exonera el principio de riesgo y ventura requiere que *“las imprevisibilidades del hecho, suceso o circunstancia que ocasiona la mayor onerosidad, ya que si estaba previsto o era previsible, se entiende que el deudor contrató el riesgo, debiendo existir la posibilidad del cumplimiento del contrato en cuestión, aunque se agrava mucho la prestación del deudor, no bastando el simple quebranto en los beneficios del deudor es preciso que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso para el deudor o, incluso ruinoso por causas extrañas y exteriores al propio contrato, lo que, en terminología francesa se llamó "bouleversement", debiendo, por último, cumplirse el contrato a pesar de la onerosidad de la prestación o dificultades de su ejecución.(...)”*

La Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en su informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, al hilo de esta sentencia recogió que si un hecho, suceso o circunstancia estaba previsto o era previsible cuando el contratista contrató con la Administración, hay que entender que lo hizo asumiendo el riesgo y debiendo cumplir el contrato pese a que finalmente pudiera tener lugar el mismo.

Dicho informe se refiere a la subida de precio de las materias primas, en concreto sobre las subidas extraordinarias de los precios del petróleo y sus derivados, y su

relación con el principio de riesgo y ventura del contratista y su excepción a través de la doctrina del riesgo imprevisible, para indicar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado desestimatoriamente en varias de sus sentencias; entre otras, de 6 de mayo de 2006; 16 de junio, 27 de octubre y 10 de noviembre de 2009 y 9 de septiembre de 2020.

Sin perjuicio de lo anterior, la Junta Central de Castilla la Mancha indica sin embargo, que *“no puede pronunciarse, con carácter general y para todos los contratos de obras a que se refiere la Consejería de Educación, Cultura y Deportes formalizados en los años 2020 y 2021, sobre si la subida de precios de las materias primas en los citados contratos entra dentro, o no, del concepto de riesgo imprevisible en el sentido expuesto pues, tal y como señala la jurisprudencia, el órgano de contratación deberá atender a las circunstancias del caso en concreto, insertándolas en el contexto en que se producen, y analizar si dicha subida ha supuesto un riesgo de tal entidad que quedaría fuera de la aplicación del riesgo y ventura a que se somete el contratista cuando formaliza un contrato con la Administración, y si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio económico del contrato, así como cuál ha sido la incidencia de la mayor onerosidad del contrato, debiendo relacionarla con la globalidad del mismo, y correspondiendo al contratista probar dicho extremo. La aplicación de la imprevisibilidad como causa de exoneración del principio de riesgo y ventura predicable de todo contrato no puede establecerse con carácter general; como excepción que es debe estudiarse caso por caso y analizarse con carácter riguroso”*.

En esta misma línea, se pronuncia la Abogacía General de la Junta de Extremadura en su informe sobre la cláusula *“Rebus sic stantibus”*: *“en definitiva, si bien el instituto jurídico de la excesiva onerosidad encuentra reconocimiento en la jurisprudencia consolidada del orden civil y en la recopilación de los preceptos comunes del ámbito mercantil privado, y en el referido dictamen del Consejo de Estado, la jurisprudencia contencioso-administrativa restringe la aplicación de los principios tendentes al reajuste del contrato a los tipos negociales de las concesiones de obras y servicios, (y extinta categoría de servicio público), con soporte en las previsiones de las sucesivas normas en materia de contratos, hallándose a su vez resoluciones judiciales estimatorias fundamentadas en la precedente actuación de la administración contratante, no siempre extrapolables a las situaciones*

motivadoras del presente informe, y algunas resoluciones favorables a las pretensiones del adjudicatario fundadas en situaciones excepcionales analizadas caso por caso sin pretensión de consolidar una doctrina de general aplicación”.

4º.- Aplicación del apartado 2.b) del artículo 205, modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la LCSP ante un incremento de precios.

El apartado 2.b) del artículo 205 de la LCSP establece lo siguiente:

“2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido”.

Como se ha expuesto en la consideración segunda, las modificaciones no previstas han de ceñirse a las prestaciones objeto del contrato. Así, el artículo 205 regula modificaciones de las actuaciones que ha de realizar el contratista para la administración, no teniendo por tanto cabida el precio o coste de determinada prestación.

En este sentido, la citada Recomendación de la JCCA del Estado de 10 de diciembre de 2018, en cuanto a la modificación del contrato indica lo siguiente: *“pues bien, 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.”

Desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado basándose en las consideraciones efectuadas en dicha Recomendación, justifica sobradamente *“la conclusión de que la variación del precio del contrato no debe calificarse en ningún caso como modificación del mismo en sentido técnico jurídico”.*

Tal y como concluye la Abogacía General de la Junta de Extremadura en su informe de 23 de noviembre de 2021 respecto del restablecimiento del equilibrio económico del contrato: alcance de las figuras de revisión de precios y la modificación por causa sobrevenida: *“la modificación contractual recae sobre las prestaciones que integran el objeto del contrato, y se fundamenta en el interés público, por lo que sin perjuicio de alguna opinión doctrinal que pretende conferir a esta potestad un sentido amplio, más allá del literal de la norma, el supuesto excepcional de modificación no prevista en el pliego se somete a lo dispuesto en el artículo 205, que contempla tres situaciones justificativas, como la necesidad de prestaciones adicionales, presencia de circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales., proyectadas sobre la imprescindible variación del objeto contractual. Se considera que un incremento sobrevenido de los costes inherentes a la ejecución del contrato afecta exclusivamente al elemento precio, por lo que no integra en sí misma una justificación suficiente, salvo que de aquella se hayan derivado indirectamente otras circunstancias acreditables, incardinables en la descripción legal”.*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución nº 436/2022, establece lo siguiente: *“no obstante lo anterior, y sin necesidad de entrar a analizar si la evolución en los precios de fabricación del papel era o no previsible, la modificación no estaría justificada, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio, de modo que con arreglo a la jurisprudencia del TJUE expuesta, no debió admitirse la modificación del precio unitario del papel multiusos DIN A-4 a suministrar tras la adjudicación por la simple negociación operada entre el órgano de contratación y el adjudicatario, dado que ello no es posible sin comprometer los principios de igualdad de trato”*.

En atención a la referencia de la jurisprudencia anterior, ha de mencionarse que TJUE ha señalado en su Sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549/14) lo siguiente:

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial.

Concurre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores .

En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las cláusulas del contrato inicial.

En efecto, aunque el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben respetarse incluso en relación con los contratos públicos especiales, ello no impide tomar en consideración los rasgos específicos de tales contratos. La conciliación de este imperativo jurídico y de esta necesidad concreta requiere, por una parte, un respeto estricto de las condiciones del contrato establecidas en la documentación del mismo hasta que finalice la fase de ejecución de ese contrato, pero también, por otra parte, la posibilidad de establecer expresamente en esa documentación la facultad del poder adjudicador de adaptar determinadas condiciones de dicho contrato, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación. Al establecer expresamente esa facultad y determinar el modo de aplicarla en dicha documentación, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta”.

III. CONCLUSIÓN.

Primera.- No estando prevista la posibilidad de revisión de precios del contrato, la variación de precios que pueda producirse como consecuencia del incremento de precio en las materias primas o proveedores del adjudicatario debe ser asumida por él mismo en virtud del principio de riesgo y ventura.

La aplicación de la imprevisibilidad como causa de exoneración del principio de riesgo y ventura predicable de todo contrato no puede establecerse con carácter general.

Segunda.- La coyuntura económica no puede ser considerada para dispensar del cumplimiento de las obligaciones. No cabe alegar el incremento de precios como causa de fuerza mayor para eludir el carácter cíclico de la economía, que determina que los cambios que puedan producirse, derivados de la evolución de múltiples factores de carácter político, económico o social, no puedan caracterizarse de imprevisibles desde una perspectiva empresarial.

Tercera.- Los contratos solo podrán ser modificados atendiendo a las prestaciones que forman su objeto por razones de interés público en los casos y formas previstos

en la Subsección 4ª Modificación de los contratos, de la Sección 3ª, Capítulo I, Título I Disposiciones Generales del Libro Segundo “De los Contratos de las Administraciones Públicas” de la LCSP.

Un incremento sobrevenido de los costes inherentes a la ejecución del contrato afecta exclusivamente al precio, no integrando la justificación suficiente para aplicar el artículo 205 de la LCSP.

Una modificación que afectase al precio de los contratos constituiría una revisión de precios encubierta suponiendo una alteración de las condiciones del contrato definidas en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado que requeriría un nuevo procedimiento de adjudicación.

Por tanto, el incremento del precio no puede considerarse modificación no prevista para ser de aplicación lo dispuesto en el apartado 2.b) del artículo 205 del LCSP.

