

Informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Asunto: La subida de precios de las materias primas en los contratos de obras y su repercusión en la ejecución del contrato. El principio de riesgo y ventura del contratista.



I. ANTECEDENTES

La Secretaria General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes se dirige a la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, mediante solicitud de informe de fecha 30 de septiembre de 2021, del siguiente tenor literal:

“Dentro de la actividad reciente de contratación administrativa que esta Consejería lleva a cabo, se encuentran numerosas obras adjudicadas en el ejercicio anterior y en el actual referidas a actuaciones en distintos centros educativos y culturales de la Región.

El sector de la construcción está siendo afectado por la fuerte subida de los precios de la mayoría de las materias primas hasta el punto de que distintas organizaciones empresariales advierten de los riesgos para la continuidad de determinados contratos y de los efectos que sobre la recuperación de la economía de España está teniendo y que ya está provocando grandes problemas de desabastecimiento en multitud de empresas, sobre todo en aquellas que gozaban de un nivel de inventarios mucho más reducido.

Estos últimos días vemos afirmaciones en prensa especializada con el siguiente tenor:

“El alza de las materias primas amenaza el abastecimiento en la construcción”

“Las empresas reclaman un mecanismo de reequilibrio económico de los contratos”

“El sector aboga por restablecer la revisión de precios y derogar la ley de desindexación”

“La viabilidad de muchos contratos se pone en cuestión porque el sobrecoste que sufren las empresas constructoras no puede mantenerse en el tiempo”



El precio del petróleo se ha incrementado en un 76,41% en los últimos 12 meses (fuente: revista expansión), lo que ha afectado de manera negativa en los balances del tejido empresarial no solo por un encarecimiento de los costes del transporte sino también porque ha elevado el precio de multitud de productos que dependen de esta fuente energética y que provienen de la misma, lo que ha perjudicado a numerosos distribuidores de materiales de construcción y cerámica. Al del crudo, se añade el avance de los precios de materias primas ligadas a la actividad constructora como el cobre con un incremento en los últimos doce meses del 43,97%, el mineral de hierro con un incremento del 35,00%, el aluminio con un incremento del 49,72% (Fuente: Platts Metals Week, Engineering and Mining Journal, Thomson Reuters Datastream, World Bank, revista expansión). El precio del acero corrugado en España según la Cámara de Comercio de España sufrió un incremento desde diciembre 20 a precios de este verano del 65,34%. Una situación sin precedentes en un escenario en el que las compañías comienzan a levantar el vuelo tras el impacto de la reciente crisis económica.

El índice Bloomberg Commodity Index, que pondera las principales materias primas del mercado (el oro, el gas natural, el petróleo, el maíz y el cobre son los recursos básicos que más pesan en esta cesta), ha vuelto a alcanzar máximos del año, en los 95,7 puntos, un nivel que no se tocaba desde el año 2015. La subida que acumula el índice en lo que va de año es de un 22,4%, una de las razones que explican el repunte que está experimentando la inflación en los últimos meses, tanto en Europa como en Estados Unidos.

El último boletín de precios de mercados de GasINDUSTRIAL, correspondiente al periodo del 11 al 24 de septiembre de 2021, señala que un 27,9% la media de los precios spot de los hubs europeos hasta los 65,00 €/MWh, 14,19 €/MWh más que en la quincena anterior. Así, el gas continúa imparable y marca precio que supera récord tras récord, repercutiendo en precios vinculados a su importación como el de la energía eléctrica.

Voces dentro del sector constatan la preocupación, que deriva no solo del avance de los precios de las materias primas sino también de los problemas de desabastecimiento que se están produciendo en multitud de empresas de la industria reconociendo un problema generalizado que provoca desabastecimiento en muchos fabricantes y los que tenían stock previo lo están sorteando, pero los que no están teniendo problemas de suministro porque no tienen capacidad para comprar.





Desde la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) se señala que "la subida del coste de los materiales para el sector de la construcción, especialmente en el acero o el betún asfáltico, está siendo desproporcionada en los últimos meses. Este incremento ya en Estados Unidos hacía ver que podría tener un reflejo claro en Europa y hemos comenzado a sufrirlo".

"En ocasiones es preferible abandonar una obra o un proyecto que asumir un incremento desproporcionado de costes"

Desde esta Confederación se advierte igualmente "el hecho de que la ley de desindexación haya bloqueado la revisión de precios, y que el sistema de revisión de precios contenido en la Ley de Contratos se aplique en muy contadas ocasiones, hace que la viabilidad de muchos contratos se ponga en cuestión porque el sobrecoste que sufren las empresas constructoras no puede mantenerse en el tiempo". Así, añade, "en ocasiones es preferible abandonar una obra o un proyecto que asumir un incremento desproporcionado de costes que, en muchos casos, está llegando a más del doble"

Desde la patronal de la construcción aducen "creemos que es necesario poner en marcha algún mecanismo para reequilibrar económicamente los contratos para que sean viables: por una parte, la derogación de la Ley Reguladora de la Desindexación en Materia de Contratación Pública; y, por otra, el restablecimiento del sistema de cláusulas de revisión de precios en los contratos públicos".

Esta subida generalizada de precios también es patente en cementos, pegamentos y en casi todos los materiales.

Se trae en este punto a colación el expediente 38/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que ante la situación planteada por la Subsecretaría del Ministerio de Cultura y Deporte dentro de la obra adjudicada para la construcción de un centro de educación infantil y primaria en la ciudad de Melilla y en relación a las medidas dictadas para luchar contra el COVID-19 (cierre de la frontera con Marruecos), que obligaba al suministro de áridos por vía marítima desde la península con el consecuente sobrecoste, concluía la posible aplicación del artículo 205.2 b) lo que permitiría modificar el contrato por causa de un acontecimiento imprevisible para adaptarlo a las necesidades surgidas como consecuencia de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19, si bien dejando claro que "solo en la medida en que





sea necesario y durante el tiempo en que éstas medidas impidan volver al escenario previsto inicialmente en los Pliegos”.

En sintonía con las conclusiones de este informe, se están recibiendo solicitudes dirigidas a esta Consejería demandando la apertura de un expediente de Modificación de contrato por parte de algunos contratistas de obras adjudicadas.

Ante la previsión de aumento de estas solicitudes, y de posibles paralizaciones de obras se solicita de esa Junta Central de Contratación, análisis del fondo y aportación de posibles soluciones para revisar los precios de estos contratos, en su caso.”

El Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, acuerda emitir el presente informe, del que ha sido ponente D^a Julia Cuerda Blázquez. Secretaria del Pleno:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Central de Contratación es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 8 del Decreto 74/2018, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el sistema de contratación centralizada, que dispone que *“La Junta Central de Contratación emitirá informes en el ámbito de sus competencias a petición de las secretarías generales de las diferentes consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, de la Intervención General, de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de los representantes de*





cualquiera de las entidades del sector público previstas en el artículo 2. También podrán solicitar informes y elevar consultas a la Junta Central, sobre cuestiones de carácter general en materia de contratación pública, los representantes de las entidades locales del ámbito territorial de Castilla-La Mancha". Por otro lado, la Secretaria General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 7.8.

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que los informes que pueda emitir esta Junta revisten un carácter facultativo y general, pues no le corresponde informar a la misma expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

En el caso que nos ocupa, se plantea con carácter general la posibilidad de modificar los contratos de obra adjudicados en la anualidad anterior y en la presente, y de revisar los precios de los mismos, ante la subida de los precios de la mayoría de las materias primas utilizadas en la ejecución de estos contratos. Si bien las cuestiones que se plantean están relacionadas con un supuesto en concreto, no existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que se dirige a esta Junta, para que la misma se pronuncie acerca de la cuestión relativa a cómo afecta a la ejecución del contrato la subida del precio de las materias primas en el mercado, y el principio de riesgo y ventura del contratista.

II. La subida de precios de las materias primas en los contratos de obras y su repercusión en la ejecución del contrato. El principio de riesgo y ventura del contratista

Antes de entrar en el fondo del asunto, esta Junta Central advierte que lo que aquí se resuelve se establece en términos generales pues se desconocen las situaciones fácticas que se hayan podido dar en los distintos expedientes de contratación a que se refiere la consulta y que datan de los ejercicios 2020 y 2021.





La cuestión que se plantea a esta Junta es cómo el órgano de contratación puede llevar a cabo una revisión de los precios en aquellos contratos de obras afectados por la subida del precio de las materias primas que se utilizan en su ejecución.

El artículo 102 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) regula el precio de los contratos, indicando en su apartado 1 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. (...)”*

Por su parte, el artículo 189 se refiere a la vinculación de las partes del contrato al contenido del mismo, debiendo cumplir las obligaciones a que se hayan comprometido, en virtud del principio *“pacta sunt servanda”*. Señala el citado artículo: *“Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”*.

Asimismo, el artículo 197 de la LCSP 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”*.

Sobre el principio de riesgo y ventura, el Tribunal Supremo, trayendo a colación lo dispuesto por el mismo en sus Sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001, ha señalado en la Sentencia de 27 de octubre de 2009 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. (...)

Así pues, una vez establecido el precio del contrato, y de conformidad con el principio del riesgo y ventura del contratista, aquél es invariable, sin perjuicio de que pueda ser objeto de revisión de precios, en los términos establecidos en el artículo 103 de la LCSP. Además de la revisión de precios del contrato, existen otros mecanismos que pueden excepcionar el principio de riesgo y ventura del contratista, como veremos a continuación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 28 de octubre de 2015 se refiere a la eficacia vinculante y la invariabilidad de las cláusulas de los contratos administrativos, al alcance del principio del riesgo y ventura, y a cuáles son los supuestos en los que nuestro ordenamiento reconoce el derecho del contratista a reclamar de la Administración el reequilibrio económico del contrato y establece, respecto de estos aspectos las consideraciones siguientes (el resaltado en negrita es nuestro):

*“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. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.*

Habría que completar lo anterior con la actual LCSP, teniendo su correlación en los artículos 188 y 189.

*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 (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de 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.

La tercera es que 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. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista 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.

(...)

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 (...)**».

A esos supuestos tasados se refiere también la Abogacía General del Estado, en su informe de 1 de febrero de 2019:

“La mayor onerosidad sobrevenida de una relación contractual puede resultar de tres supuestos diferentes: 1) modificación del objeto del contrato en virtud del ejercicio de la potestad o prerrogativa que la legislación sobre contratación pública atribuye a estos efectos a la Administración contratante; 2) adopción de disposiciones o medidas de intervención u ordenación económica cuyos efectos inciden o pueden incidir en la relación contractual; 3) hechos o acontecimientos, imprevistos o imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, y que resultan completamente ajenos a la Administración contratante. (...)”

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante JCCPE), en su Informe 38/2020 señala: “A este respecto cabe recordar que, como ya señalamos, las excepciones al principio de riesgo y ventura que pueden justificar un reequilibrio económico del





contrato en nuestro derecho quedan limitadas a la modificación del contrato (ius variandi), al dictado de disposiciones o actos de la Administración que se impongan con carácter obligatorio al contratista (factum principis), o a hechos que exceden del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible."

Así pues, y con carácter general, el contratista se encuentra sujeto a lo pactado en virtud del contrato, debiendo cumplir el mismo al tenor de sus cláusulas; y al principio de riesgo y ventura, debiendo soportar las contingencias derivadas de la ejecución del contrato. No obstante, este principio puede excepcionarse, tal y como ha quedado expuesto, en virtud de distintos mecanismos: revisión de precios, "ius variandi", "factum principis", fuerza mayor y riesgo imprevisible.

El supuesto que plantea la Consejería de Educación, Cultura y Deportes se refiere a la subida de precios como posible causa para revisar el precio de los contratos que tiene formalizados en la anualidad 2020 y en la anualidad 2021. Esta Junta Central realizará un análisis de esta causa y su encuadre o no en los mecanismos a que se ha hecho referencia anteriormente y que legitiman la excepción a la invariabilidad del contrato y a la aplicación del principio de riesgo y ventura del contratista.

A) Revisión de precios.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 17 de diciembre de 1987 ha señalado que, "(...) *el instrumento o mecanismo de la revisión de precios en la contratación administrativa nace precisamente como una excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura del contratista que constituyen la regla en los contratos administrativos (...)*

Así, la revisión de precios constituye un mecanismo que la LCSP establece para preservar el equilibrio económico del contrato. Su finalidad, tal y como dispone la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 7/2019, de 29 de octubre, " *no es otra que adaptar el precio del contrato a la evolución de los costes del mismo y, en definitiva, pretende evitar desequilibrios económicos durante la ejecución del contrato que lo puedan hacer inviable -por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1987 y Sentencia núm. 874/2005 de 24 de junio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid-*."





Para que la revisión de precios pueda aplicarse al contrato de obras es necesario que se cumplan las condiciones que el artículo 103 de la LCSP establece: que se haya fijado “*a priori*” en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 103.4); asimismo, deberá haberse justificado previamente en el expediente (artículo 103.2). De lo contrario, el órgano de contratación no podrá en ningún caso acudir “*a posteriori*” al sistema de revisión de precios que regula la LCSP en sus artículos 103 y ss. En este sentido, la Junta Consultiva de Aragón, en el informe citado anteriormente, señala: “(...) *Todas las cláusulas de los pliegos, en tanto “lex inter partes” vinculan a los intervinientes y les obligan a lo expresamente pactado, por lo que debemos tener en cuenta cómo han recogido los pliegos, en cumplimiento del artículo 115 del TRLCSP, la fórmula de revisión de precios y el sistema de aplicación (...)”*, y concluye: “*Para que sea posible la aplicación de la revisión de precios, es preciso que el pliego de cláusulas administrativas particulares recoja expresamente la fórmula prevista y el sistema o modo de revisión*”.

De acuerdo con lo expuesto, sólo podrá acudirse al sistema de revisión de precios regulado en la LCSP en aquellos contratos a que se refiere la Consejería de Educación, Cultura y Deportes en los que se haya incluido expresamente una cláusula que establezca este sistema que, por otra parte, deberá llevarse a efecto de conformidad con lo dispuesto en la misma.

B) Fuerza mayor

Como ya hemos señalado, el principio de riesgo y ventura se prevé para los contratos de obra, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 239. Este artículo establece que “*En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato*”, y prevé como causas de fuerza mayor las siguientes:

- Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.



Estos supuestos de fuerza mayor *“exoneran al contratista del riesgo asumido por el mismo, propiciando que sea indemnizado en tales casos por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado, enunciación de causas de fuerza mayor que la jurisprudencia viene considerando de carácter tasado y de interpretación restrictiva”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009)

Así pues, no podría aplicarse la fuerza mayor como supuesto habilitante para que los contratistas de los contratos de obras a que se refiere el órgano peticionario puedan solicitar indemnización al órgano de contratación por los daños y perjuicios que les haya podido provocar la subida de precios de las materias primas en sus contratos, pues esta causa no entra dentro de las tasadas que regula la LCSP en su artículo 239.

C) Factum principis

A esta figura ya se ha hecho mención en el presente informe como supuesto de excepción del principio de riesgo y ventura. A ella alude la Abogacía General del Estado cuando se refiere a la *“adopción de disposiciones o medidas de intervención u ordenación económica cuyos efectos inciden o pueden incidir en la relación contractual”* como un supuesto de mayor onerosidad sobrevinida en el contrato. También la JCCPE, cuando determina tal figura como el *“dictado de disposiciones o actos de la Administración que se impongan con carácter obligatorio al contratista”*

La Sentencia del TSJ de Galicia de 28 de julio de 2016 ha señalado que *“En la figura del factum principis se pueden identificar dos elementos: por una parte, una actuación procedente de la propia Administración concedente - medida imperativa y de obligado acatamiento, caracterizada, además, por su generalidad e imprevisibilidad - y, por otra, una evidente incidencia de dicha actuación en uno de los hechos determinantes de la contraprestación que corresponde al concesionario - es decir, ha de existir una relación de causalidad entre ambos -.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, tampoco sería de aplicación al presente caso el mecanismo del *“factum principis”*, pues la subida de precios de las materias primas no trae causa de una actuación directa o indirecta de la Administración, teniendo en cuenta el principio de economía de libre mercado en que se mueven los citados precios.





D) Ius variandi

En el ámbito de la contratación administrativa hemos de partir necesariamente del **principio de invariabilidad del contrato** y, por tanto, del carácter restrictivo a la hora de interpretar los supuestos en que aquélla procede. En este sentido, el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen 77/2008, de 28 de febrero, y 1.456/2009, de 21 de enero de 2010, indica:

“(...) La contratación administrativa se rige por una serie de principios, entre ellos el de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes –principio ne varietur– recogido fundamentalmente en el artículo 4 de la LCAP y reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que “existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva” (Sentencia de 3 de mayo de 2001).

Entre dichas excepciones se encuentra la prerrogativa de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos, también denominada ius variandi, reconocida en el artículo 59.1 de la LCAP, privilegio que necesariamente ha de tener un carácter excepcional, como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre: “(...) la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores del sistema de contratación pública” (...).”

El artículo 190 de la LCSP atribuye al órgano de contratación la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público, pero, tal y como se ha señalado, esta potestad, ha de realizarse de manera excepcional y siempre que concurren los requisitos previstos legalmente, al poder resultar afectados los principios de igualdad, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

El “*ius variandi*” permite, pues, a la Administración modificar el objeto del contrato cuando éste, en los términos inicialmente pactados, no satisfaría las necesidades de aquélla y, por ende, el interés público que subyace en toda contratación.





En el escrito de consulta el órgano peticionario se refiere a las solicitudes de algunos de sus contratistas demandando la apertura de un expediente de modificación de contrato en base al Informe de la JCCPE 38/2020, dirigido a revisar los precios de sus contratos.

No obstante, hemos de advertir que las circunstancias de hecho bajo las que informa la JCCPE difieren, en todo caso, de las que nos ocupan. En el Informe 38/2020 la JCCPE se pronuncia sobre una medida, el cierre de la frontera entre la Ciudad Autónoma de Melilla y Marruecos, que se adoptó en la lucha contra la COVID-19, que califica como imprevisible. En nuestro caso, las circunstancias que concurren en los contratos a que se refiere la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, se circunscriben a una subida de precios de las materias primas utilizadas en los contratos de obra, como consecuencia de la fluctuación propia de los precios de mercado. No podemos, pues, tener en cuenta el citado informe de la JCCPE cuando, además, en él se indica expresamente que *“(...) el presente informe debe interpretarse circunscrito a las disposiciones que regulaban el estado de alarma inicial y no puede extenderse a otras circunstancias ni a otras normas jurídicas dictadas con posterioridad (...)”*.

Sin embargo, si resultaría de aplicación lo dispuesto por la propia Junta Consultiva en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, que aquélla dirige a los órganos de contratación *“sobre cuáles deben ser las consecuencias para los contratos públicos derivadas de la alteración sobrevenida de las condiciones laborales 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 especial, en lo que atañe a las condiciones salariales de aquellos”*

La JCCPE indica en la citada Recomendación que:

“(...) 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. (...)

Las anteriores consideraciones ya justifican sobradamente la conclusión de que la variación del precio del contrato no debe calificarse en ningún caso como una modificación del mismo en sentido técnico jurídico (...) En este caso, la determinación de las condiciones económicas del contrato quedaría dependiendo de la voluntad del contratista, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 1256 CC, conforme al cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

(...) el art. 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considera una modificación sustancial del contrato, y por tanto proscrita por la norma, cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial, circunstancia que perfectamente podría ocurrir en un supuesto como el que estamos contemplando (...).”

De acuerdo con lo anterior, no existiría uno de los supuestos tasados legalmente (artículo 205 de la LCSP) para poder hacer uso del ejercicio del *ius variandi* que, como prerrogativa, posee aquélla; no siendo aplicable, pues, este mecanismo al caso que nos ocupa para excepcionar el principio de riesgo y ventura de los contratistas del órgano peticionario en la ejecución de los correspondientes contratos.

D) Riesgo imprevisible

Sobre el "riesgo imprevisible" o la teoría de la "imprevisión" el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 1979, exige para su viabilidad como causa que exonera el principio de riesgo y ventura *“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.(...)"

Así, 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.

En lo relativo a la previsibilidad de la contingencia y su inclusión en el principio de riesgo y ventura, el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de mayo de 1988 estableció: *"(...) la subida del índice de precios y salarios, determinante de la procedencia de la revisión en la fecha establecida, es un **suceso contingente pero previsible aún a corto plazo**, incluso anterior al de la data revisoria, en épocas como las actuales de inestabilidad económica, **que debe ser incluida en el concepto jurídico de riesgo y ventura a cargo del contratista, porque pudo ser ponderado en el cálculo de sus previsiones que frente a la legítima aspiración de obtener beneficios, asumió el riesgo de sufrir pérdidas como consecuencia de cálculos erróneos o de la aparición de inesperadas circunstancias incidentes en la ejecución del contrato, porque éstas son las consecuencias del carácter aleatorio de este tipo de relaciones jurídicas"***

Sobre la subida del precio de las materias primas en los contratos de obras, 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, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo 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 (todas ellas desestimatorias).

En la Sentencia de 27 de octubre de 2009, relativa a la subida de precios del litigante asfáltico en un contrato de obras, el Alto Tribunal señaló lo siguiente (el resaltado en negrita es nuestro):

"(...) En nuestra Sentencia de 18 de abril de 2008 (recurso de casación nº 5033/2006) pusimos de manifiesto 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 otro lado, tal y como expusimos en nuestra Sentencia de 25 de abril de 2008 (recurso de casación nº 5038/2006):

"Es indudable que **la imprevisibilidad contempla 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.**

Implica, por tanto, 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.

Habrà de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes.

Tal cual se ha dicho en la reciente sentencia de 18 de abril de 2008, recurso de casación 5033/2006, respecto una situación análoga, es claro que, tal cual refleja la Sala de instancia, los precios del petróleo se liberalizaron tras la Orden Ministerial de Hacienda de 1 de octubre de 1986. En consecuencia, **en la fecha de adjudicación del contrato, 1993, ya estaban liberalizados los precios constituyendo por ello un riesgo si incrementaban el precio o una ventura en el caso de que aquel disminuyese.**

(...)

Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.

(...)

Por último, respecto de la invocación de la doctrina relativa al enriquecimiento injusto, hemos de recordar, que no hay tal en el supuesto de autos, en el que se trata de un contrato regido por



*el principio de riesgo y ventura del contratista (...) como esta Sala ha declarado, **el solo incremento de los precios de los materiales del contrato, dados los principios por los que el mismo se rige solo puede alcanzar trascendencia cuando se produzca un verdadero y real desequilibrio económico financiero**, que, en el presente caso y conforme acaba de señalarse, no ha quedado acreditado para la Sala de instancia. (...)*

En la Sentencia de 9 de septiembre de 2020, el Tribunal vuelve a incidir en el principio de riesgo y ventura del contratista de la obra y en la no apreciación de la teoría del riesgo imprevisible que pudiera suponer una excepción de aquél (el resaltado en negrita es nuestro):

*(...) Como reiteradamente ha recordado el Consejo de Estado, **en los contratos de obra** -criterio asumido por nuestra jurisprudencia-, salvo fuerza mayor (lo que aquí no acaece), **la ejecución de la obra se realiza a "riesgo y ventura"** del contratista que asume tanto el mayor beneficio como la mayor pérdida derivada de la actividad empresarial en el plazo de ejecución de la misma. La Administración se limita a garantizar un "aleas" normal en la variación de materiales en los términos de la aplicación de la cláusula de revisión de precios, cuando esta procede y así se estipula en el contrato.*

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). (...)

***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 transcribiendo 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**. En todo caso, el fuerte incremento del precio de los litigantes bituminosos ha de ponerse en relación con el precio total y duración de la obra (...)*



Teniendo en cuenta lo anterior, esta Junta Central 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.

Sin ánimo de exhaustividad, entre las distintas variantes a tener en cuenta por el órgano de contratación, podemos señalar la fecha de licitación del contrato, la fecha de la oferta de la contratista, el uso de las materias primas en la ejecución del contrato, el porcentaje efectivo en que difieren los nuevos precios de los establecidos en el contrato y su repercusión en el global del contrato.

No obstante, y con independencia de lo que resulte del examen de las circunstancias de cada contrato a que se refiere el órgano petionario, en principio, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, parece que la subida de precios de las materias primas entraría dentro de la previsibilidad que haría responder al contratista de las obligaciones a que se hubiera comprometido en virtud del contrato y de la aplicación del principio de riesgo y ventura en la ejecución del mismo. Los contratistas deben ser conocedores de las fluctuaciones de los precios tanto al alza como a la baja; y así, igual que si bajan estos precios, el contratista se ve beneficiado con ellos aumentado su lucro, también debe soportar que la subida de precios pueda suponer una minoración del precio del contrato (riesgo y ventura). En los casos a que se refiere el presente informe, se trata de una subida del precio de las materias primas que, por efectos del propio mercado, con precios libres, ha sufrido una variación al alza, como ya ocurrió hace unos



años atrás, como ha quedado expuesto. Por lo que es una situación que, aunque poco probable, sí puede darse, como sucedió en su día con la subida del petróleo y sus derivados; circunstancia que quizá valoraron otros posibles licitadores que no concurrieron a la licitación porque, acaso, no podían ejecutar el contrato con los precios inicialmente previstos para el mismo.

De acuerdo con lo expuesto, y suponiendo que el órgano de contratación haya determinado la existencia de imprevisibilidad en alguno de sus contratos, **la posible restauración del equilibrio económico del contrato deberá ponerse en relación con el principio de riesgo y ventura**; dicho restablecimiento no puede suponer una suerte de “seguro a todo riesgo”, de forma que cubra todo el “aleas” del contrato, hasta el que pueda considerarse como el “aleas” normal que debe asumir el contratista en virtud de aquél principio. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en Sentencia de fecha 21 de octubre de 2019, señala (el resaltado en negrita es nuestro):

*“(...) Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que **el equilibrio económico de la relación contractual administrativa**, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, y del llamado “hecho del príncipe” o “ius variandi”, en el supuesto de que la Administración modifica las condiciones del contrato en perjuicio del contratista o concesionario, **ha de relacionarse con el principio de “riesgo y ventura”**, ya que el equilibrio financiero es una fórmula excepcional, que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa.(...)”*

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 7/2003, de 22 de diciembre, establece, en lo atinente a la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, que *“debe considerarse de manera excepcional ya que de lo contrario se vulneraría el principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa y su utilización debe tratarse como un mecanismo, según expresa la STS de 13 de noviembre de 1980, de asegurar el fin público de la obra y evitar una situación injusta. **Por tanto, las posibles compensaciones económicas al contratista, deben interpretarse y atemperarse de manera que en ningún caso***



puedan convertirse en una garantía de los beneficios de la empresa” (el resaltado en negrita es nuestro).

En virtud de las anteriores consideraciones jurídicas, el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formula las siguientes

III. CONCLUSIONES

- I. Los contratos deben cumplirse al tenor de sus cláusulas, estando vinculadas las partes al contenido de los mismos, y se rigen en su ejecución por el principio de riesgo y ventura del contratista que deberá cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de las contingencias que puedan surgir en el desarrollo del mismo.
- II. El principio de riesgo y ventura resulta exonerado en los casos de revisión de precios del contrato, “ius variandi”, "factum principis", fuerza mayor y riesgo imprevisible. Tal y como ya hemos indicado en el apartado II de este informe, y descartadas las cuatro primeras opciones, por no resultar de aplicación al caso que nos ocupa, únicamente cabría como posibilidad acudir a la teoría del riesgo imprevisible para hacer frente a la subida de precios de estos contratos
- III. Respecto del riesgo imprevisible, esta Junta Central no puede pronunciarse, con carácter general y para todos los contratos de obra que la Consejería de Educación, Cultura y Deportes haya formalizado durante las anualidades 2020 y 2021 sobre si la subida de precios de las materias primas en los citados contratos entra dentro, o no, del concepto del citado riesgo en el sentido expuesto en este informe. Tal y como señala la jurisprudencia, y en orden a determinar si ha existido o no aquél, será preciso que el órgano de contratación analice caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en cada uno de ellos y debiendo referirlo a la globalidad del contrato. Si el órgano entiende que existen causas imprevisibles que gravan el contrato de tal forma





que se considere que suponen una alteración del equilibrio económico del mismo, la posible compensación económica deberá relacionarse con el principio de "riesgo y ventura", de manera que en ningún caso puedan convertirse en una garantía de los beneficios de la empresa.

**PRESIDENTA DE LA JUNTA CENTRAL DE SECRETARIA DEL PLENO DE LA JUNTA
CONTRATACIÓN CENTRAL DE CONTRATACIÓN**



Documento Verificable en www.jccm.es mediante
Código Seguro de Verificación (CSV): 564871C92B39713677FAF9