

INFORME 6/2024, DE 14 DE MARZO, SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL RIESGO IMPREVISIBLE, ENLAZADA A LA DEL “REBUS SIC STANTIBUS”, PARA RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE CONTRATOS DE SERVICIOS INTENSIVOS EN MANO DE OBRA, COMO CONSECUENCIA DEL INCREMENTO SOBREVENIDO DE LAS CONDICIONES SALARIALES DE LOS TRABAJADORES POR CAUSA DEL CAMBIO EN EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO.

I.- ANTECEDENTES

La Confederación Empresarial de la provincia de Almería (en adelante, ASEMPAL) y la Diputación de Almería han solicitado informe a esta Comisión Consultiva en relación con la aplicabilidad de la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la del “rebus sic stantibus”, y por la existencia de fuerza mayor, para reestablecer el equilibrio financiero de los contratos de servicios intensivos en mano de obra, como consecuencia de la alteración sobrevinida de las condiciones salariales de los trabajadores por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público.

El Presidente de ASEMPAL solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 93/2005 de 29 de marzo (EDL 2005/36728), por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, en relación con el art.1.1 del mismo Decreto, **los Presidentes de organizaciones empresariales representativas de distintos sectores afectados por la contratación administrativa podrán solicitar informes**, y teniendo entre nuestros asociados empresas dedicadas a la contratación administrativa de contratos de servicios, como son los de seguridad privada y de servicios auxiliares, de limpieza, etc., que contratan habitualmente con la administración pública andaluza, a esa Comisión Consultiva de Contratación Pública SOLICITA:*

Informe sobre la posibilidad de aplicar por las administraciones andaluzas competentes, expedientes de REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS que se dirán, por la aplicación de la doctrina del RIESGO IMPREVISIBLE, ENLAZADA A LA DEL REBUS SIC STANTIBUS, y por la existencia de FUERZA MAYOR, en relación con la prestación de los servicios derivados de los citados contratos con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES PREVIAS. *La base de la presente solicitud se centra en la incidencia que la guerra de Ucrania ha tenido sobre la economía en general y sobre los precios en particular, que han dado lugar a una subida imprevista e imprevisible de las retribuciones del personal de seguridad y de servicios auxiliares en los convenios colectivos en términos tales que hacen inviable la prestación del servicio sin que existe esta revisión de precios o el abono de una indemnización que diera lugar a atenuar esta situación.*

ELEMENTOS FÁCTICOS DE LA PETICIÓN

PRIMERA. *Muchas de las empresas miembro de ASEMPAL han sido adjudicatarias de contratos con las administraciones públicas andaluzas, cuyo objeto, según el PCAP, es la prestación de los servicios, como los de vigilancia y seguridad, servicios auxiliares, limpieza, entre otros.*

Los contratos se encuentran en vigor, teniendo en cuenta su vencimiento, incluidas posibles prórrogas.

SEGUNDA. *Del PCAP cabría destacar, a estos efectos, que el mismo contiene cláusulas que reflejan:*

PRESUPUESTO Y PRECIO DEL CONTRATO

El precio unitario máximo de la hora de servicio de vigilancia y auxiliares efectivamente trabajada, el número de horas estimadas para la prestación de los servicios y el presupuesto estimativo máximo de licitación.





El desglose del presupuesto con las determinaciones exigidas en el artículo 100.2 de la Ley de Contratos del Sector Público se contienen en los Anexos del pliego de prescripciones técnicas aplicable al presente contrato.

3.5. El valor estimado del contrato, para cuyo cálculo se han tenido en cuenta las eventuales prórrogas del mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 101 de la Ley de Contratos del Sector Público.

REVISIÓN DE PRECIOS

El precio correspondiente al presente contrato no será objeto de revisión, puesto que no se cumplen las determinaciones establecidas para la revisión de precios de este tipo de contratos en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público.

PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El plazo de duración del presente contrato a contar desde la fecha que se consigne en el documento de formalización del mismo.

Este plazo podrá prorrogarse por un plazo, como máximo, de dos años, siendo la prórroga obligatoria para el contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato.

Todos estos datos fueron considerados por nuestros asociados como base para efectuar los cálculos de sus propuestas de licitación, así como en su caso las modificaciones habidas al contrato inicial.

El componente esencial del precio es la mano de obra que durante 2.022 ha supuesto de media un 88% del total importe facturado.

TERCERA. Obligaciones laborales, sociales y económicas asumidas por los asociados de ASEMPAL.

OBLIGACIONES LABORALES, SOCIALES Y ECONÓMICAS DEL CONTRATISTA

El contratista deberá cumplir, bajo su exclusiva responsabilidad, las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo, en particular, las condiciones establecidas por el último Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de seguridad, así como de los derechos adquiridos por las plantillas, debiendo tener dicho contratista a su cargo el personal necesario para la realización del objeto del contrato, respecto del que ostentará, a todos los efectos, la condición de empresario.

El personal adscrito a los trabajos dependerá exclusivamente del contratista, el cual tendrá los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario respecto del mismo.

Actualmente, el número de vigilantes y las condiciones laborales del personal que presta los servicios de vigilancia y seguridad, contratado por la actual empresa adjudicataria, constan en los anexos al Pliego de Prescripciones Técnicas aplicable al contrato. La subrogación del personal tendrá lugar en los términos previstos en el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad.

El mencionado Anexo I incluye la TABLA SALARIAL DE LOS TRABAJADORES CON INDICACIÓN DE GÉNERO.

Es, con base a esta tabla salarial, con la que se fijó el presupuesto y precio del contrato,

CUARTA. Las empresas asociadas realizaron sus ofertas, demostrando diligencia en las mismas, al prever en el desarrollo de los contratos las posibles subidas de convenio para los años de duración del mismo. En concreto, aplicó, de forma prudente, una subida del 2% para cada uno de los ejercicios.

QUINTA. INCREMENTO DE LA INFLACIÓN Y SUBIDA DE PRECIOS, DERIVADO DE LA GUERRA DE UCRANIA.



Que la guerra de Ucrania ha modificado la situación económica del país, de forma imprevista, es un dato objetivo, que no necesitaría demostración alguna.

No obstante, es importante identificar algunas fuentes objetivas, sobre esta cuestión.

Así, en el informe del Banco de España, titulado: «EL IMPACTO DEL REPUNTE DE LA INFLACIÓN Y DE LA GUERRA SOBRE LAS PERSPECTIVAS ECONÓMICAS DE LOS HOGARES ESPAÑOLES», se recoge:

El estallido de la guerra ha provocado, tanto en España como en el resto del mundo, un debilitamiento de la recuperación de la actividad y una intensificación del episodio de elevada inflación. Los canales por los que estos efectos se están produciendo incluyen el encarecimiento de las materias primas, el empeoramiento del contexto macroeconómico global y la incertidumbre vinculada a los propios desarrollos bélicos, que han erosionado la confianza de los agentes económicos y, de forma particularmente intensa, la de los hogares.

Esta situación ha dado lugar a que, en el conjunto de 2022, la tasa general de inflación fuera del 8,4%, la tasa más alta desde 1986.

Igualmente, esta cuestión ha tenido incidencia en la propia negociación colectiva.

SEXTA. *Histórico de los convenios colectivos.*

Es importante para esta cuestión, ver la evolución de las subidas en el convenio colectivo aplicable en los últimos años.

Así, con carácter previo al convenio vigente a la fecha de la licitación tenemos:

Subida para el año 2015 de un 0,05%.

Resolución de 4 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016.

Subida para el 2016: hasta junio un 0,07%

Subida para el 2016: desde julio un 2,15%

Subida para el año 2017: 2%.

Subida para el año 2018: 2%.

Subida para el año 2019: 2%.

Subida para el año 2020: 2%.

Con posterioridad se firmaron dos nuevos convenios, con las siguientes subidas:

Subida para el año 2021: 1%,

Subida para el año 2022: 2%.

SÉPTIMA. *Como podrá comprobar la Administración, aún con la subida de convenio, las empresas asociadas no han realizado comunicación alguna en referencia a la subida de costes del convenio, entendiéndose la existencia del principio de riesgo y ventura del contrato, ello hasta la actualidad.*

OCTAVA. *CONVENIO ACTUALMENTE APROBADO.*

Así, en el «BOE» núm. 299, de 14 de diciembre de 2022, se publicó la Resolución de 30 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026.



En el preámbulo del mismo se recogieron las siguientes consideraciones:

PREÁMBULO

El momento en el que se ha desarrollado la negociación no se caracteriza ni por la estabilidad, ni por las certezas, lo ha sido en un contexto global muy complicado, con incrementos de precios no vistos en muchos años, frente al que los negociadores han querido adoptar medidas para, al tiempo de reivindicar la dignidad del sector y poner en su justo valor el trabajo desarrollado por sus profesionales y sus empresas, dotar de certezas a todos los intervinientes en el mundo de la seguridad (especialmente a empresas, personas trabajadoras y clientes destinatarios de la prestación de seguridad) por un período amplio de 4 años, período en el que ha de avanzarse por parte de todo el sector en la adaptación a los cambios que inexorablemente se seguirán produciendo y que son de vital trascendencia para la eficiente prestación de servicios a la sociedad.

...

Así, **a los incrementos salariales pactados (6% en 2023, 4% en 2024, 3% en 2025 y 3% en 2026), que representan un 16,95% total**, teniendo en cuenta el efecto acumulativo anual, deben añadirse estos relevantes costes adicionales.

Asimismo, dadas las excepcionales circunstancias de índole económico en las que se enmarca el periodo del proceso de negociación del presente Convenio Colectivo, las partes consideraron procedente introducir una cláusula que relacionase el incremento salarial que se experimente en el periodo de vigencia con el incremento del IPC en dicho periodo, con un límite del 2%.

En definitiva, por estar en: «un contexto global muy complicado, con incrementos de precios no vistos en muchos años...», se aprobaron una subida de precios fuera de toda posibilidad de previsión: **6% en 2023, 4% en 2024, 3% en 2025 y 3% en 2026**), subiéndose, total, por otras subidas, **un 16,95% total, el coste salarial de las empresas en este periodo**, y ello más la posibilidad del incremento del 2 por ciento de IPC.

Como se ha visto anteriormente, el precio del coste laboral es el que conforma, en la práctica totalidad, el precio de la licitación.

Esta subida, da lugar a un desequilibrio económico de los contratos, haciendo imposible la continuidad de la prestación del servicio por las pérdidas exacerbadas que conlleva.

La Administración es consciente de que esta situación, de revisión de precios, se está, incluso, tratando por las distintas Administraciones, ante la necesidad de acometerla.

No obstante, existiendo estos parámetros objetivos, a los que les son aplicables los principios del riesgo imprevisible, cláusula rebus sic stantibus y la fuerza mayor, como se expondrá a continuación, es por lo que se viene a formular la presente reclamación.

MOTIVACIÓN DE LA PETICIÓN.

I. Existencia en el PCAP de una cláusula que no permite la revisión de precios; principio de riesgo y ventura.

Tal y como se ha indicado, en la cláusula 4 del PCAP se recoge expresamente que: «El precio correspondiente al presente contrato no será objeto de revisión, puesto que no se cumplen las determinaciones establecidas para la revisión de precios de este tipo de contratos en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público».

Es por ello que, no estando prevista en el PCAP la posibilidad de revisión de precios del contrato, la variación de precios debe ser asumida por el adjudicatario, de conformidad con lo expresado en el artículo 197 de la LCSP (EDL 2017/226876), que consagra el principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos.



Este principio supone, como explica el Tribunal Supremo en su sentencia 1868/2018, de 20 de julio, 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».

Esta es la situación normal en el desarrollo de un contrato.

II. Excepciones al principio de riesgo y ventura: la existencia de fuerza mayor y la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus.

Ahora bien, la aplicación del riesgo y ventura al desarrollo de los contratos tiene diversas excepciones, como son las indicadas: fuerza mayor y la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus.

Así lo reconoce el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, sec. 4ª, en sentencia de S 27-10-2009, rec. 763/2007:

Dicho principio estaba ya recogido en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965(art. 46 y art. 132 del Reglamento aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre), como en la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 99 -art. 98 Real Decreto Legislativo 2/2000) y, como señalan las Sentencias de 14 de mayo EDJ 2001/9637 y 22 de noviembre de 2001 EDJ 2001/45240 , "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.

Sin embargo la Ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor , al constituir éstos, según destaca la STS de 15 de marzo de 2005 EDJ 2005/33655 , factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación. Y se añade en esta misma Sentencia que la concurrencia y aplicación congruente de tales principios, esenciales en la configuración de la contratación administrativa, justifican la determinación por la ley de las concretas causas de fuerza mayor que 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.

De igual modo resulta necesario recordar la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la doctrina del riesgo imprevisible de 27 de diciembre de 1990, en cuyo F.J.4º EDJ 1990/12066 se decía: "Es cierto que, tanto la doctrina del "factum" principis, como la de la "alteración de las circunstancias" -el tradicional rebus sic stantibus- y la del "riesgo imprevisible"- grundgeschäft" pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de "circunstancias sobrevenidas" como



excepción admitida al principio fundamental contractus lex, cuando se trata del contrato administrativo de obras han sido objeto de una regulación legal específica, a través de la figura jurídica de la "revisión de precios" encontrándose su regulación vigente, integrada básicamente, por el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, y sus disposiciones reglamentarias - Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983.

Pero, también es cierto que, cuando dicha figura de la "revisión de precios" deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la "revisión de precios" es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes".

A su vez, la sentencia del TS de 18 de abril de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 5033/2006, se puso 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».

La sentencia de 25 de abril de 2008 (recurso de casación núm. 5038/2006, a este respecto indica:

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 (EDL 1889/1)) y de buena fe (art. 7.1 C.Civil (EDL 1889/1)) **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. ».*

Puede verse, por lo tanto, que decae la aplicación del riesgo y ventura, ante situaciones de riesgo imprevisible y fuerza mayor, siendo necesario que por parte de la Administración se adopten medidas para el reequilibrio económico cuando se hace excesivamente oneroso para el contratista cumplir con sus obligaciones, lo que ocurre en este caso.

III. Sobre la aplicación de la fuerza mayor del artículo 1.105 del Código Civil a los contratos de servicios.

El contrato celebrado debe enmarcarse en los de prestación de servicios, del artículo 17 de la LCSP.

La actual 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, recoge en un único artículo la existencia de fuerza mayor, únicamente, para los contratos de ejecución de obras, en su artículo 239:

Sección 2.ª Ejecución del contrato de obras

Artículo 239. Fuerza mayor.



1. 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.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Pero ello no implica que pueda, y deba de aplicarse el concepto de fuerza mayor recogido en el 1.105 del Código Civil, cuando se den las circunstancias. Así, por ejemplo, lo ha recogido una reciente resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1351/2022 de 27 de octubre:

“Ahora bien, y ya que en estas cláusulas han de interpretarse desde una “concepción civil”, ha de acudirse a las normas generales de nuestro CC, que señalan:

“Artículo **1105**. Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Se considera ampliamente que los **conceptos de fuerza mayor** y caso fortuito implican, como ha dicho Jurisprudencia constante de nuestro TS (pej, por todas, la TS, Sala de lo Civil, nº S/S, de 31/05/2006, Rec. 2968/1999), que el hecho causante del incumplimiento ha de ser, además de imprevisible, inevitable e irresistible; diferenciándose uno y otro concepto en que el suceso acaezca fuera del ámbito de control del obligado (**fuerza mayor**), o en el interno (caso fortuito).

Y, si bien obviamente dicho artículo 239 LCSP contempla algunos supuestos de fuerza mayor, no incluye todos aquellos que pudieran catalogarse como fuerza mayor o caso fortuito ... ».

Por lo tanto, ante la existencia de las circunstancias recogidas en el artículo 1.105 del Código Civil, estaríamos ante una situación de fuerza mayor.

IV. Análisis de la situación actual derivada de la guerra de Ucrania y las consecuencias que de ella se han derivado.

Para calificar la situación jurídica creada por la deplorable guerra de Ucrania, y para evitar, en lo posible, calificaciones subjetivas, podemos traer a colación diversos textos legales que lo hacen:

Así, a nivel estatal podemos ver la primera norma dictada a tal efecto, el Real Decreto ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

En el preámbulo de la norma se recogen las circunstancias que dan lugar a su aprobación, entre las que se incluye, por un lado, el riesgo imprevisible:

La subida de los precios de la energía está afectando de manera particular a aquellos sectores que la utilizan de manera intensiva y tienen poca capacidad de trasladarla a precios, como el transporte por carretera, la pesca, la agricultura y la ganadería. La subida de los precios de la electricidad y su efecto sobre la inflación afectan también a la renta disponible de los hogares, en particular a la de los más vulnerables.



Desde la puesta en marcha del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, la situación económica internacional ha seguido deteriorándose, como refleja la revisión a la baja de las previsiones de crecimiento económico por parte de los principales organismos internacionales. La incertidumbre ligada a la duración de la guerra y a la persistencia de las presiones al alza sobre los precios de materias primas y bienes intermedios, están afectando al conjunto de la economía europea y mundial, y también a la economía española.

...

*Esta situación de carácter coyuntural y extraordinario debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores; pero además y como ha puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación **que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles.***

También recoge el concepto de fuerza mayor derivado de esta nueva circunstancia, en diversos apartados:

*La disposición final tercera introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 9 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para permitir que, **ante circunstancias extraordinarias o de fuerza mayor** que así aconsejen, los establecimientos comerciales puedan suspender con carácter temporal la prohibición prevista de limitar la cantidad de artículos que puedan ser adquiridos por cada comprador...*

Estas circunstancias volvieron a identificarse en el posterior: «Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma», recogiendo en su preámbulo el reconocimiento expreso de que la situación derivada de la guerra de Ucrania ha dado lugar a subida de precios por factores absolutamente imprevisibles:

*Desde la puesta en marcha del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, la situación económica internacional ha seguido deteriorándose, como refleja la revisión a la baja de las previsiones de crecimiento económico por parte de los principales organismos internacionales. **La incertidumbre ligada a la duración de la guerra y a la persistencia de las presiones al alza sobre los precios de materias primas y bienes intermedios, están afectando al conjunto de la economía europea y mundial, y también a la economía española.***

...

*Por lo que se refiere a las medidas en materia de energía, y en especial la bonificación extraordinaria y temporal del precio de determinados productos energéticos y a la prestación patrimonial de carácter público no tributario temporal, hay que señalar que la complicadísima coyuntura actual ha provocado que los precios de los combustibles y carburantes sigan tres meses después en niveles muy elevados. Por ello, en este momento no se puede optar por la desaparición brusca de las dos medidas sin poner en riesgo la viabilidad económica de diferentes sectores, en particular del transporte, y su repercusión en otros ámbitos y en las economías domésticas. **A esta situación además se ha llegado por factores que eran absolutamente imprevisibles** y por ello la única herramienta jurídica para poder actuar es el real decreto-ley, concebido para este tipo de situaciones extraordinarias que requieren medidas urgentes.*

...



La extraordinaria y urgente necesidad de esta medida de protección social, de carácter temporal y excepcional, **se justifica ante la imprevisibilidad, gravedad e inmediatez de esta situación**, y tiene por objeto mantener el precio máximo, antes de impuestos, del GLP envasado con un valor igual al actualmente vigente durante las revisiones del precio que se lleven a cabo hasta el 31 de diciembre de 2022; con objeto de amortiguar la excepcional subida de cotizaciones internacionales del butano y del propano.

Se trata de circunstancias absolutamente imprevistas que obligan, en muchos casos, a replantear plazos y condiciones de ejecución de proyectos, generando retrasos respecto al calendario previsto. Esto afecta de forma especial a algunos proyectos vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y, en particular, a las líneas de ayuda a entidades locales para actuaciones de fortalecimiento de la actividad comercial incluidas en los componentes 13 y 14, que cuentan con un componente relevante de obra pública (como acondicionamiento de zonas comerciales o modernización de mercados municipales, entre otras).

Puede verse que la propia normativa identifica esta situación derivada de la guerra de Ucrania, ya como de fuerza mayor, expresamente, ya identificando alguno de los componentes que la definen, como la imprevisibilidad de la situación.

Por su parte, la propia Junta de Andalucía, en el Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras en desarrollo de las medidas previstas en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, y se crea la marca «Corazón Andaluz» y se regula el procedimiento para su uso, recoge en su exposición de motivos, lo impredecible de esta situación derivada de la guerra de Ucrania:

El panel de previsiones de la economía española de marzo de 2022 elaborado por FUNCAS y en el que ya recoge los primeros efectos de la guerra en Ucrania, ha recortado la previsión de crecimiento del PIB para 2022 en ocho décimas porcentuales, situándolo en el 4,8%. FUNCAS además incide en el shock de oferta que se está produciendo en la economía internacional a consecuencia del impacto de la contienda en los mercados de la energía y de otros recursos naturales clave. La disrupción de los suministros exportados desde Rusia, y la perspectiva de una escalada de sanciones y represalias, han provocado un fuerte encarecimiento de los productos energéticos. Todo ello hace que la inflación que veníamos padeciendo por los cuellos de botella en las cadenas de valor de muchas materias primas y productos tecnológicos se esté elevando aún más. El petróleo se ha disparado y ha tenido picos de cotización en el entorno de los 130 dólares el barril. Incluso Moody's ha advertido de una posible recesión global y la subida del Brent hasta los 150 dólares por barril en caso de que la invasión de Rusia se prolongue en el tiempo. Además, el precio de las materias primas sigue creciendo y el precio de la electricidad se ha disparado, sobre todo, y de nuevo, por el encarecimiento del gas, del cual Rusia es el principal exportador a Europa. Todo ello se está reflejando en la inflación. Según el último dato publicado por el INE, la tasa de inflación del mes de febrero, que recoge sólo aun parcialmente las consecuencias del conflicto (iniciado el día 24 de febrero), ha alcanzado en España el 7,6%, un registro que no se alcanzaba desde el año 1986, y que es tres veces superior a los aumentos salariales pactados en convenio (2,26% en España y 2,63% en Andalucía en febrero). Esta situación está derivando en mermas del poder adquisitivo de los trabajadores de una magnitud que no se registraba desde 1984 y puede llevar a lastrar la recuperación del consumo de los hogares y de la economía en general. Ante este escenario económico mundial, **y lo impredecible en cuanto a la duración y a las consecuencias de la guerra iniciada en Ucrania por la invasión de las tropas rusas, se hace urgente que las diferentes**



administraciones, así como los agentes económicos y sociales actúen con rapidez para minimizar los efectos negativos que la contienda bélica va a producir en la economía mundial y, específicamente, en la española y andaluza.

A mayor abundamiento, incluso incluyó una cláusula de revisión de precios:

El alza de precios experimentada y el carácter imprevisto con el que se ha desenvuelto la misma no ha posibilitado la aplicación, en gran parte de los contratos afectados, del régimen de revisión de precios, periódica y predeterminada, que prevé el artículo 103 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. Por este motivo, se ha hecho necesaria la adopción de medidas extraordinarias que permitan la revisión de precios en aquellos contratos cuyos pliegos no la incorporen con carácter expreso.

No tiene como finalidad la presente reclamación que se aplique a estas empresas dicha norma, al no ser sujetos pasivos de la misma, siendo los contratos de obras públicas, sino la de utilizarla, no solo como canon interpretativo, sino como reconocimiento expreso de una situación imprevista, puesto que no trata la petición, en sí misma, de una revisión de precios, sino de la aplicación de los principios indicados que permiten volver al equilibrio económico del contrato.

V. Existencia de fuerza mayor en la situación actual, conforme a los parámetros del artículo 1.105 del Código Civil.

La sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso, sección 4ª de 3 de mayo de 2000, en el recurso 535/1997, aclara la cuestión de la fuerza mayor:

En relación a la primera de las cuestiones referidas, ante todo hay que poner de manifiesto que no existe en nuestro derecho una definición de la fuerza mayor distinguiéndola del caso fortuito, puesto que en el artículo 1105 del Código Civil (EDL 1889/1) se establece una regulación omnicomprensiva de ambos supuestos, en la que se exige, como señala el precepto, que estemos en presencia de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables. La distinción es de origen doctrinal y jurisprudencial poniendo su acento bien en la imprevisión e inevitabilidad -fuerza mayor -, o en la previsión y evitabilidad -caso fortuito- o por el contrario en que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor -fuerza mayor -, o en el ámbito interno -caso fortuito-. Se menciona así en esta doctrina, como expresiones del segundo, las averías, accidentes profesionales y como ejemplo de la primera causa de exclusión, los supuestos de guerra, rayo, etc., pero indudablemente estos ejemplos son simplemente orientativos.

Así, tal y como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20 de octubre de 1997,"la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera del círculo del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable , como guerras , terremotos, etc.", o como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 16 de febrero de 1999 "la fuerza mayor, como tantas veces hemos declarado, no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente" (sentencias, entre otras, de 26 de febrero de 1998, 6 de febrero de 1996, 18 de diciembre de 1995, 30 de septiembre de 1995, 11 de septiembre de 1995, 11 de julio de 1995, 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987 y 4 de marzo de 1983).

Concretando la sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 3ª, S 31-05-2022, n.º 644/2022, rec. 2809/2020.

Y porque conforme al art. 1105 del CC (EDL 1889/1) los supuestos de "fuerza mayor " aparecen referidos a acontecimientos posteriores al contrato, totalmente ajenos a la voluntad de las partes, imprevisibles, o,



de haberse previstos, inevitables, pero independientemente de que haya intervenido, o no, el hombre en su origen o agravamiento.

Se dan, pues, todos estos requisitos.

Así, la situación de la guerra de Ucrania, que da pie a la subida de precios anómala y exorbitada, es un acontecimiento cuyos efectos se están produciendo ahora.

Es ajena a la voluntad de las partes, siendo imprevisible, ni que decir tiene que no puede afectarle la categoría de previsto y evitable.

Y, como se dijo anteriormente, el Gobierno ya aprobó el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, en el que se calificó esta situación como de fuerza mayor.

La disposición final tercera introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 9 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para permitir que, ante circunstancias extraordinarias o de fuerza mayor que así aconsejen, los establecimientos comerciales puedan suspender con carácter temporal la prohibición prevista de limitar la cantidad de artículos que puedan ser adquiridos por cada comprador.

Es por ello que, dándose las circunstancias, y toda vez que las mismas dan lugar a la existencia de pérdida, como se indicará en el punto siguiente, la existencia de una indemnización para compensar las mismas, y reestablecer el equilibrio económico, debe ser estimada.

VI. Aplicación de la doctrina del "riesgo imprevisible", enlazada a la de la cláusula "rebus sic stantibus".

Al margen de la anterior situación de fuerza mayor, también sería aplicable la presente situación al contrato.

El Tribunal Supremo, en reciente sentencia nº 1.143/2020, de fecha 9 de septiembre de 2020, en el recurso de casación nº 2.394/2016, incidiendo además en la posición del Consejo de Estado sobre el riesgo imprevisto, recuerda los requisitos para aplicar esta doctrina:

PRIMERO.- La sentencia de instancia (con un voto particular), con cita de abundante jurisprudencia, recuerda su criterio en esta materia, identificando, al efecto, numerosas sentencias todas desestimatorias de similares pretensiones -salvo dos de 14 de febrero de 2014 (en línea con el voto particular)- conforme a la constante doctrina de este Tribunal Supremo en la materia:

“a) La regla general en el ámbito de la contratación pública es la del "riesgo y ventura".

b) Al igual que si bajan los precios de los ligantes o de cualquier materia, prima o elaborada, que el contratista emplee en la obra, el contratista se ve beneficiado con ello (ventura), sin que la Administración, pese al aumento del lucro por tal contratista, pueda minorar el precio del contrato, tampoco deberá suceder lo contrario, que las alzas de precios den lugar a compensación.

c) La doctrina del "riesgo imprevisible", enlazada a la de la cláusula "rebus sic stantibus", exige la aparición de un riesgo "que no pudo ser previsto" al tiempo de celebrarse el contrato. No puede ser empleada para precaver la compensación de riesgos racionalmente previsibles.

d) Es preciso además que, por el cambio de las circunstancias, se "alteren sustancialmente" las condiciones de ejecución del contrato. Y que ello suceda hasta el punto de que la prestación pactada resulte "mucho más onerosa" para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse.

Continuando:



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).

Ya se ha analizado anteriormente la existencia de fuerza mayor, por lo que ahora analizamos la existencia de este riesgo imprevisible.

Que la alteración sobrevenida de las circunstancias existe, ya se ha explicado anteriormente. Por lo tanto, lo que quedaría por explicar es que dicha alteración es de tal índole, que comporta la quiebra radical del equilibrio económico.

La Sentencia de 18 de abril 2008 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, indicó 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.».

Más concreción, trajo la sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 4ª, en sentencia de 06-05-2008, rec. 5111/2006:

Por ultimo conviene reiterar lo expresado en la sentencia de 25 de abril de 2008, "...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. En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero (EDL 1964/72) al cifrarlo en el 2,5 % del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57 % en presupuesto inicial, o 3,14 % en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible."

En el presente caso se supera, con mucho, el beneficio industrial, siendo claro y manifiesto que el contrato entra en pérdidas.

En lo que respecta al porcentaje, nos movemos, este año, en un 6% + 0,5%, incrementándose en los próximos años hasta el 16,5%, por lo que claramente es superior al considerado por el TS como un criterio ya fuera de los márgenes razonables.

Por lo tanto, no estamos tratando la reducción de los beneficios, sino las pérdidas que conlleva para la empresa la mencionada subida.

Pérdidas que también hay que ponderarlas en atención al volumen del contrato y del número de personas trabajadoras.



VII. A mayor abundamiento, toda vez que una situación similar ya fue tratada por el Tribunal Supremo, con ocasión de otra situación de contenido similar, la de la crisis del petróleo de los años setenta, es importante reseñar que la sentencia que se indicará, resuelva la situación en forma idéntica a lo solicitado.

Que la situación es similar lo recoge expresamente el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania mencionado anteriormente.

Volviendo al preámbulo, el mismo recoge lo siguiente, siendo nuestro el resaltado:

PREÁMBULO.

El choque de oferta para la economía europea asociado a la escalada de los precios de la energía puede ser de una intensidad semejante a la del segundo choque del petróleo de finales de los años setenta del siglo pasado. La economía española afronta esta situación desde una posición sólida, con el nivel de empleo más alto desde 2008 y en plena ejecución del programa de reformas e inversiones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que tiene en la transición energética uno de sus cuatro ejes principales. No obstante, la tasa de inflación ha subido desde un nivel cercano a cero a principios de 2021 hasta situarse por encima del 5 %, reflejando primero el impacto directo de los precios de la energía y, de manera más reciente, su traslación a los precios de los bienes y servicios que la utilizan en sus procesos de producción. La subida de los precios de la energía está afectando de manera particular a aquellos sectores que la utilizan de manera intensiva y tienen poca capacidad de trasladarla a precios, como el transporte por carretera, la pesca, la agricultura y la ganadería. La subida de los precios de la electricidad y su efecto sobre la inflación afectan también a la renta disponible de los hogares, en particular a la de los más vulnerables.

La propia normativa estatal identifica esta situación, que conlleva la escalada de precios, a una: «... **intensidad semejante a la del segundo choque del petróleo de finales de los años setenta del siglo pasado**...».

Siendo esto así, debemos traer a colación lo que indicó el Tribunal Supremo en esta situación.

Así, la sentencia nº 2291/1979 Id Cendoj: 28079130031979100490 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 3 Fecha: 12/12/1979, recoge varias cuestiones aplicables a la presente situación:

La cuestión analizada en esta sentencia, se identifica en el siguiente considerando:

CONSIDERANDO: Que, a la vista de la temática sustantiva o de fondo que esta apelación plantea, la única cuestión, a enjuiciar y a resolverse por esta Sala, consiste en determinar si los Proyectos nominados "Ampliación del Parador Nacional de Conde de Gondomar" de Bayona (Pontevedra) y "Pabellón de Servicios, Nueva Central Térmica y Varios", del mencionado Parador, por un importe de 34.781.759,00 y 18.246.208,00 Ptas., respectivamente, así como los de sendas obras complementarias de los anteriormente citados por un importe de 6.735.165,00 y 3.386.650 pts., **pueden y deben ser objeto de la pertinente compensación económica por parte de la Administración contratante, a la vista de la serie de circunstancias que en ellas incidieron, principalmente, las derivadas del impacto que en los mismos se dice produjo el aumento del precio del petróleo a partir de Noviembre de 1.973; compensación económica o revisión de precios que negó la Administración primero y la Sentencia apelada después.**

Así, la sentencia aplicó la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" o al "riesgo imprevisible".

CONSIDERANDO: Que, a la vista de esta legislación, el fundamento de la revisión en 1.945 se basamentaba en los perjuicios causados al contratista por disposiciones administrativas desconocidas en el instante de celebrarse el contrato, por un lado y, por otro, en la pérdida de la posibilidad del



cumplimiento de ciertos contratos a causa de circunstancias sobrevenidas, por lo que sería de equidad rescindirlos, pero sin la pérdida de fianza del contrato, de ahí que esta doble circunstancia o realidad **haya sido aceptada por este Tribunal para legitimar la revisión en cuestión, acudiendo para ello a la figura de la cláusula "rebus sic stantibus" o al "riesgo imprevisible", sentencias de 5 de mayo y 4 de julio de 1951, tendiendo ambas figuras a una misma finalidad, al restablecimiento del equilibrio financiero del contratista, sentencia de este Tribunal de 29 de mayo de 1.951, y a una interpretación restrictiva de una legislación que es opuesta al principio general del riesgo y ventura del Pliego General**, y que, por tanto, no puede admitirse por razón de equidad, bien entendido que la cláusula "rebus sic stantibus" no se ha admitido siempre como algo general e incuestionable aunque su acogimiento por este Tribunal, está hoy fuera de toda exégesis o duda, si bien por ello se hubiera seguido un camino muy limitado y restrictivo al principio, si tenemos en cuenta que en el inicio de su acogimiento se proclamaba que debiera ser acogido "con precaución muy cautelosa", Sentencias de 13 de junio de 1.944 y 5 de junio de 1.945, no teniendo "carácter general" Sentencia de 17 de mayo de 1.941, pronunciamientos que se amplían sucesivamente, otorgándole una mayor amplitud a estas cláusulas Sentencia de este Tribunal de 15 de noviembre de 1.953, 20 de mayo de 1.964, 19 de abril de 1.967, 15 y 20 de marzo de 1.972, 29 de marzo de 1.973, 20 de octubre de 1.974 y 15 de octubre 1.976, entre otras, en cuanto que dicha cláusula puede legitimar una revisión siempre que existan unas alteraciones económicas extraordinarias y anormales imprevistas y profundas que afecten gravemente a la economía del contratista, criterio expansivo y acogedor que viene a ser corolario y final de la confrontación de dos fuerzas dispares, la justicia y la seguridad jurídica, en cuanto que si aquella exige el equilibrio de las prestaciones, y cuando estas no coinciden y se invoca la intangibilidad de lo convenido, se dice "sumum ius, summa injuria", ésta reclama la estabilidad de las condiciones en virtud del principio "pacta sum servanda", por lo que cuando ambas vertientes del derecho se enfrentan en ocasiones, cada una de ellas requiere su solución, a veces contrarias, por lo que si en derecho privado se concedió más valor en principio a la seguridad jurídica en el derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia, pues, no en vano, las relaciones administrativas y administrado se ven influenciadas y teñidas por la "equidad y la buena fe", que exigen mitigar esa excesiva onerosidad de las prestaciones del administrado cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios e inéditos así lo exigen y que solo pueden corregirse por el imperio de la equidad, de la buena fe y, en especial, por la justicia, **doctrina que puede ser predicable del otro remedio corrector de la agravación de la prestación o prestaciones del deudor por acuerdos sobrevenidos a la celebración del contrato, independientes del mismo y, al mismo tiempo, imprevisibles, es decir, del "riesgo imprevisible" o de la teoría de la "imprevisión", pues ambos remedios no vienen a ser más que dos caras de una misma cosa, viniendo a ser dos concepciones dogmáticas que operan en una misma línea, y en muchos casos sobre supuestos análogos, pero cuyos fundamentos, límites y zonas de actuación en el campo del derecho no siempre, coinciden, exigiéndose para su viabilidad 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.**

CONSIDERANDO: Que, en presencia de lo razonado, preciso es examinar los Proyectos de autos y las circunstancias sobrevenidas para ver si todos o alguno de ellos pueden ser revisados, realidad que hay que proclamar del primero de ellos, es decir, del de la "Ampliación del Parador Nacional Conde de Godómar en Bayona (Pontevedra)", adjudicado a la Empresa apelante en la cifra de 34.781.759 pts., concretamente el 31 de octubre de 1.972, puesto que, es incuestionable que dicho Proyecto se ve incidido por el "crak" del petróleo, noviembre de 1.973, con el consiguiente aumento de precios, en circunstancias tan imprevisibles como evidentemente trascendentales, en cuanto al aumento de precios



se refiere, habida cuenta que si notoria fue esa crisis del petróleo, cada día más, más evidente fueron sus efectos en la economía de los precios, prueba de ello es que así lo reconoce el Arquitecto del Ministerio de Información y Turismo en su Informe de 3 de Noviembre de 1.975 -"es lógico tener en cuenta el grave quebranto económico que ha supuesto para la Empresa "Várela Villamor, SA.", **los anormales aumentos del precio que han tenido los jornales y materiales, a partir del año 1.972 y hasta la fecha.** Puede estimarse sin discusión y como baja, la cifra de un 40%, así como en el rendido por la Subdirección General de Inmuebles y Obras del Ministerio de Información y Turismo de 10 de enero de 1.977, en el cual, y en un principio, se manifestaba en pro de la total revisión de precios de todos los Proyectos cuestionados, hecho aquel trascendental anómalo, extraordinario y a todas luces imprevisibles, y como tal incardinado en esos principios correctores, antes desarrollados, **sin que sea óbice a ello el que no se pactara en el Pliego de Condiciones la pertinente y expresa cláusula de revisión, pues, aunque ello es verdad, lo cierto es que en la intención de la Empresa apelante no podía estar ese evento extraordinario y de tan hondas repercusiones económicas, de ahí que sufriera los aumentos normales de una época regular, en la que la subida de los precios, si la había, era fácilmente colegible y cifrable y para la cual no merecía la pena el citado pacto expreso, pues lo que no puede estimarse es que esa conducta, exigible para circunstancias y sucesos normales, tenga que extenderse a eventos extraordinarios, únicos, insólitos e imprevisibles, que solo puedan y deban remediarse con esos dos principios o cláusulas correctoras,** no debiendo olvidarse que aunque tal derecho se conceptúa en la Ley como paccional, su renuncia solo debería hacerse de una manera expresa y terminante, así como inequívoca, Sentencia de este Tribunal de 17 de noviembre 1.931 y 13 de junio de 1942, sin que pueda entenderse renunciado un derecho que el interesado, en el momento, que se dice renunciaba tácitamente a él, ignoraba el evento imprevisible y extraordinario que iba a suceder, por lo que mal pudo renunciar a un derecho al que le falta el soporte fáctico de su nacimiento y, a mayor abundamiento, no debe desconocer que aquella Sociedad apelante no renunció expresamente a la revisión, lo único que aconteció es que en el **Pliego que pautó tal Proyecto "no se establecía cláusula de revisión alguna", añadiendo y aclarando la escritura pública de fianza y contrata correspondiente, cláusula 5ª, "que en el Pliego de cláusulas administrativas particulares no se contiene cláusula de revisión de precios", por todo lo cual, si esa falta de revisión puede y debe operar en circunstancias normales y previsibles, no puede tener eficacia, caso de que se admitiera su renuncia tácita, en ese evento extraordinario e imprevisible que se examina, de ahí la que este Tribunal concretamente, en su Sentencia de 19 de Febrero de 1.963, apuntara a la fundamentación "ex lege" del derecho de revisión, en cuanto su concesión o denegación, en modo alguno, debería ser discrecional o gracioso para la Administración, debiendo conceptuarse como de naturaleza reglada, por lo que la Administración no debería proceder discrecionalmente en su otorgamiento o denegación, ni en su inclusión en las cláusulas del contrato, y si alguna vez lo hace, estableciendo su renuncia o no aplicación, debiera hacerse en resolución motivada, por todo lo cual, ha de procederse en la forma y manera que postula la Entidad apelante a su escrito de 5 de agosto de 1.976, por lo que al Proyecto en cuestión nos ocupa, contrayendo su pretensión a las 34.781.759 pts., de las cuales se excluirán las partidas de 1.850.860 Ptas y 2.245.785 pts., correspondientes a obra contratada, ejecutada y pagada con anterioridad al evento de Noviembre de 1.973, pues, no sería justo que sobre estas cantidades recayera, la corrección económica controvertida, al no incidir sobre ellas el hecho motivador de la revisión en cuestión.**

Recogiendo en el fallo la estimación de la petición de compensación económica o revisión de precios siguiente:

Que estimando parcialmente el presente recurso de apelación, interpuesto por "Construcciones Várela Villamor, SA.", contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional derecha 25 de septiembre de 1.978, debemos revocar y revocamos en parte la misma, en cuanto no dio lugar a la compensación económica o revisión de precios, instada en su día por la Entidad apelante, del Proyecto de "Ampliación de Obras del Parador Nacional de Godomar en Bayona (Pontevedra)" y de su complementaria, declarando que debemos de estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-



administrativo interpuesto en su día por la Empresa de autos contra resoluciones del Ministerio de Información y Turismo de 28 de octubre de 1.976 y 14 de marzo de 1.977, las cuales parcialmente anulamos, en tanto en cuanto no reconocieron a la citada Empresa la compensación económica o revisión de precios del Proyecto mencionado anteriormente y de su complementario, por sendos importes de pesetas 34.781 759.- y 6.735.165, respectivamente.

En definitiva, viene a otorgarle la compensación solicitada, precisamente, por estas causas excepcionales, imprevisibles que, como indica la normativa indicada eran, a contrario sensu, de intensidad igual a la actual.

VIII. Cumplimiento de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social.

Siendo una cuestión objetiva, no vamos a insistir mucho en esta cuestión. Meramente indicar que es total y absolutamente obligatorio para la empresa el respetar los derechos de las personas trabajadoras, al margen de las propias obligaciones recogidas en la LCSP y en el PCAP.

Teniendo la obligación de pagar, y de la existencia de un contrato en pérdidas, por los motivos aducidos, la presente cuestión, junto con otras similares a plantear, podrían dar lugar a situaciones límites a la propia empresa, indeseables desde todo punto de vista.

Es por todo lo anterior, por lo que:

En su virtud, procede y SOLICITO que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y por formulada petición de INFORME sobre la aplicabilidad por la Administración de la Junta de Andalucía, de sus organismos autónomos y de las demás entidades públicas y privadas vinculadas, dependientes o de titularidad de aquélla que deban sujetar su actividad contractual a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en los expedientes de REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS citados, por la aplicación de la doctrina del RIESGO IMPREVISIBLE, ENLAZADA A LA DEL REBUS SIC STANTIBUS, y por la existencia de FUERZA MAYOR, en relación con la prestación de los servicios derivados de los mencionados contratos.

*En su caso, nuestros asociados incorporaran en cada expediente justificación desglosada de sus costes para cada servicio contratado y acreditación de como **entran en pérdidas** con los incrementos producidos en los mismos”.*

El Presidente de la Diputación de Almería plantea su consulta en los siguientes términos:

“El art. 103 de la LCSP establece que, previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

Recientemente, dicho precepto se ha modificado, pudiendo admitirse, previa justificación en el expediente, la revisión de precios en los contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior, siempre que se den los requisitos que se indican en el citado artículo.

En cumplimiento de lo que establecía el art. 103, hasta ahora, en los pliegos de contratación de servicios, no se han incluido cláusulas que permitan la revisión del precio, aún tratándose de prestaciones intensivas en mano de obra, como pueden ser los servicios de vigilancia y limpieza.

Se da la circunstancia que, en contratos adjudicados y formalizados recientemente, cuyas ofertas se presentaron a finales del pasado año, la prestación ya resulta mucho más onerosa para el contratista de lo que se había previsto inicialmente, de forma que ello ha afectado al equilibrio económico de estos contratos. Esto se ha



debido a la incidencia que ha tenido la guerra de Ucrania en la situación de la economía en general y sobre los precios en particular, dando lugar a una subida imprevista e imprevisible en los convenios colectivos de las retribuciones del personal que presta estos servicios, en términos tales que hacen inviable la prestación de los mismos sin que exista revisión de precios que atenúe esta situación.

Los convenios han experimentado subidas de precios fuera de toda previsión, tales como un 6% o 3% según la anualidad, que hacen que a lo largo de varias anualidades estos contratos entren en pérdidas. El coste laboral en este tipo de contratos, conforma el precio de la licitación, de forma que estas subidas dan lugar al desequilibrio económico de los mismos, haciendo imposible en algunos casos la continuidad de la prestación de los servicios.

El art. 197 de la LCSP consagra el principio de riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras, lo que implica que el contratista al igual que se beneficia de las mayores ventajas que le depare el contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que pueda suponerle, como ha manifestado el Tribunal Supremo (STS 1868/2018, de 20 de julio).

No obstante, diversos textos legales, tanto a nivel estatal como autonómico, han reconocido en la subida de precios actual, una situación de riesgo imprevisible y fuerza mayor, tales como el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania; el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania; y el Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras.

Por ello, ante la situación excepcional existente y continuada de subida de precios, se realiza la siguiente consulta a la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía:

1.- Si sería posible considerar en estos casos la existencia de fuerza mayor o aplicar a estos contratos la doctrina de riesgo imprevisible enlazada con la cláusula rebuc sic stantibus, como medios extraordinarios para restablecer el equilibrio financiero del contrato, incrementando para ello el precio de estos contratos en el % incrementado por los convenios colectivos de aplicación.

2.- En caso de ser posible, si ese incremento podría realizarse en contratos formalizados recientemente.”

II.- INFORME

1. Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

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.

Al respecto cabe señalar que no le compete tampoco a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a las entidades solicitantes para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales. No obstante, si podemos extraer de las dos peticiones de informe una cuestión que sí reviste carácter de generalidad, permitiendo un pronunciamiento de esta Comisión Consultiva de Contratación Pública.



En concreto, tal cuestión sería la posibilidad de aplicar la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la del “rebus sic stantibus”, o la existencia de fuerza mayor, para restablecer el equilibrio económico de contratos de servicios intensivos en mano de obra, como consecuencia del incremento sobrevenido de las condiciones salariales de los trabajadores por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público.

Vista la identidad sustancial o íntima conexión en el contenido de las peticiones de informe, reproducidas en los antecedentes de este informe, se procede a acumular las mismas de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2.- Como es bien sabido, uno de los principios rectores de la contratación administrativa es que los contratos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

En los contratos rige el principio clásico *pacta sunt servanda* conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos (de origen civil, artículos 1091 y 1258 del Código Civil). El legislador consagra el principio de *pacta sunt servanda* 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.

Por otra parte, y de acuerdo con el principio de riesgo y ventura, existe 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 liberan de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le facultan para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

No obstante, 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 sobrevinida altere los términos iniciales de la relación contractual para una de las partes, siendo la finalidad perseguida reequilibrar la paridad económica del contrato, pero 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.

Por ello se consulta sobre la posibilidad de considerar la existencia de fuerza mayor o aplicar la doctrina de riesgo imprevisible enlazada con la cláusula *rebus sic stantibus*, como medios extraordinarios para restablecer el equilibrio financiero de contratos de servicios intensivos en mano de obra como consecuencia de la subida imprevista e imprevisible en los convenios colectivos de las retribuciones del personal que presta los servicios.

Dada la causa determinante del desequilibrio económico, debemos descartar el recurso a la **fuerza mayor**, en tanto que el artículo 239 de la LCSP enumera con carácter tasado los casos que tienen esta consideración -incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes o destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos



tumultuosos o alteraciones graves del orden público-, entre los que no se encuentra la subida imprevista e imprevisible de las retribuciones del personal en los convenios colectivos.

Además, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia considera que la fuerza mayor, como excepción al principio de riesgo y ventura, no puede interpretarse de forma extensiva ni analógica, sino ajustada a los supuestos tasados que contempla la norma, que son autónomos, no intercambiables y concurren de forma alternativa. Entre las más recientes, cabe citar la STS de 31 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2213), que precisa que sólo realiza una enumeración ejemplificativa y no tasada de los supuestos de fuerza mayor el apartado b) de dicho precepto, ya que se refiere a los «fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes».

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

Aunque la LCSP no contempla la doctrina del riesgo imprevisible como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos, su aplicación ha sido admitida por la jurisprudencia, si bien con criterios restrictivos con la finalidad de no desvirtuar el principio de riesgo y ventura que rige la contratación pública. Así, en la Sentencia de 9 de diciembre del 2003, el Tribunal Supremo mantuvo que la doctrina del riesgo imprevisible, conectada 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 manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado. En la Sentencia de 19 de enero de 1998 el citado Tribunal afirmó que cuando por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, se produce un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas es excesivamente oneroso, y cuyas circunstancias no pudo prever, ha de acudir a la aplicación de la doctrina de “riesgo razonablemente imprevisible” como medio extraordinario para restablecer el equilibrio económico del contrato.

La teoría del riesgo imprevisible como causa que justifica el reequilibrio económico de los contratos públicos también ha sido aplicada por el Consejo de Estado. En los Dictámenes 93/2019, de 28 de febrero, y 243/2019, de 11 de abril, 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”**.



También se encarga la doctrina del Consejo de Estado (dictamen de 14 de mayo de 1998) que 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 que 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 fin, de un mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales⁵.

Los Órganos Consultivos de Contratación Pública también han informado sobre la posibilidad de aplicar la doctrina del “riesgo imprevisible” en la contratación pública. Por su importancia y claridad, se quiere destacar el **Informe 13/2023, de 18 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la doctrina del riesgo imprevisible**, que se pronuncia en los siguientes términos:

(...) 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)”.

Tras estas consideraciones la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado concluye su informe señalando que “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”.

Por otra parte, la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias**, en el **Informe 6/2022** de 28 de julio, en relación con un contrato de servicios, señala que la cláusula “rebus sic stantibus” es un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones cuando, por circunstancias sobrevenidas, a una de las partes le resulta imposible o extremadamente gravoso su cumplimiento. Asimismo, concluye que el escenario de la crisis económica ha extendido su aplicación, al considerar que estas circunstancias pueden afectar gravemente al desarrollo de las relaciones contractuales, y que la apreciación de la posible aplicación de esta cláusula “rebus sic stantibus” por un riesgo imprevisible acaecido en el transcurso de la ejecución del contrato es competencia del órgano de contratación, a la vista de las circunstancias de cada caso, determinando este la procedencia o no de su aplicación.

La **Junta de Contratación Pública de Navarra** en el **Informe 5/2022** y la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón** en el **Informe 3/2023**, si bien respecto de los contratos de concesión y de gestión de servicios públicos, respectivamente, han considerado posible la aplicación de esta figura del riesgo imprevisible, con carácter restrictivo y debiéndose valorar caso por caso, como excepción del principio de riesgo y ventura.

Por último, también la **Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña** se ha pronunciado en su **Informe 20/2023**, de 19 de julio, sobre la posibilidad de restablecimiento del equilibrio económico de los



contratos mediante compensación por riesgo imprevisible, concluyendo que *“en caso de que el aumento de coste suponga la ruptura del equilibrio económico del contrato y una excesiva onerosidad en su ejecución por la empresa contratista, que supere el riesgo y ventura que debe asumir, parece procedente y necesario poder apreciar la compensación por aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, para restablecer ese equilibrio, siempre que la ruptura se haya producido por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y anómalas en el momento de ejecutar el contrato respecto a aquellas que se habían previsto inicialmente, que sean ajenas a la culpa o voluntad de las partes, y que no haya medios alternativos que posibiliten el reequilibrio económico del contrato, en los términos señalados en la consideración jurídica II de este informe”*.

3.- En vista de lo expuesto, procede ahora que esta Comisión Consultiva entre en el fondo del asunto a fin de determinar si la doctrina del riesgo imprevisible puede aplicarse en el supuesto de ruptura del equilibrio económico de contratos de servicios intensivos en mano de obra, como consecuencia del incremento sobrevenido de las condiciones salariales de los trabajadores por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público.

En primer lugar, debe indicarse que como exponemos en el punto primero de este informe, la Comisión Consultiva no puede descender al análisis casuístico pues las consideraciones de sus dictámenes han de constreñirse a cuestiones generales relacionadas con la contratación pública. Sin embargo, no está de más recordar el cualificado criterio contenido en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, en la que se considera que **la negociación de un nuevo convenio colectivo es un acontecimiento previsible para el órgano de contratación**, y que por tanto, el incremento de los costes de la mano de obra derivados del mismo forma parte del *alea* normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del contrato que el contratista debe soportar.

No obstante, no es menos cierto que esa recomendación se emite años antes de la irrupción desde principios de 2021 y hasta el momento presente, de una coyuntura inflacionaria o de escalada incesante de costes en todos los ámbitos de la economía que ha dado lugar, en el concreto aspecto de los costes laborales, a incrementos retributivos tras las oportunas revisiones de convenios colectivos, que han determinado subidas salariales fuera de toda posibilidad de previsión. Así, según se pone de manifiesto en la consulta, 6% en 2023, 4% en 2024, 3% en 2025 y 3% en 2026, subiéndose, en total, un 16,95% el coste salarial de las empresas en este periodo, y ello más la posibilidad del incremento del 2% de IPC. Cabría por tanto plantearse si las consideraciones de la mencionada Recomendación de 10 de diciembre de 2018, de la JCCE son trasladables a la coyuntura actual que sin duda ha de calificarse de extraordinaria al no contar con precedentes similares. No en vano, en gran medida es tributaria de concausas tan excepcionales como la pandemia del Covid-19, el ulterior estrangulamiento de las cadenas de fabricación y suministro tras los confinamientos o el desencadamiento de un conflicto bélico en Ucrania.

Se trataría por tanto de justificar en cada caso concreto -función que no puede llevar a cabo la Comisión Consultiva por las razones expuestas- que el incremento de los costes salariales ha supuesto una efectiva ruptura del equilibrio económico del contrato y que la situación es desproporcionadamente lesiva, y que puede dar lugar al deber de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ese hecho debe ser imprevisible, pero también debe haber una excesiva onerosidad de la prestación a consecuencia de las circunstancias extraordinarias y sobrevenidas. Debe tratarse de una ruptura completa del equilibrio contractual, una alteración de la economía del contrato que sea desproporcionada, clara y evidente, y que sobrepase la normal aleatoriedad propia de todo contrato, y externa en las partes, la cual debe examinarse caso por caso, en atención a las circunstancias de cada contrato y sobre la globalidad del contrato.

Por tanto, como indica el citado Informe 13/2023 de la JCCPE, 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, es que debe analizarse si el



incremento en los gastos de personal que asume el contratista en relación con los trabajadores que forman parte de su plantilla y que intervienen en la ejecución del contrato, puede ser calificado 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 segunda de las cuestiones no es otra que la relativa a la imprevisibilidad del hecho causante.

También debe tenerse en cuenta que la consecución de los fines institucionales de carácter público que se pretenden a través del cumplimiento y ejecución de estos contratos podría verse comprometida si, a causa del incremento exorbitante, sobrenido e imprevisto de los costes, por circunstancias ajenas a las partes e imprevistas en el momento de preparar los contratos, que provocan un incremento también exorbitante e imprevisto de los costes en la ejecución, los contratos pudieran considerarse excesivamente onerosos y no pudieran ejecutarse.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión Consultiva no puede pronunciarse, con carácter general y para todos los contratos de servicios intensivos en mano de obra, sobre si la subida de los costes laborales como consecuencia de la aprobación de un nuevo convenio colectivo durante la ejecución del contrato 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 este sentido se han pronunciado también otros órganos consultivos autonómicos en materia de contratación administrativa al ser consultados por cuestiones muy similares, entendiéndose que el análisis sobre si concurren las circunstancias para aplicar la teoría del riesgo imprevisible se ha de llevar a cabo de manera individualizada, caso por caso, de forma que sea el órgano de contratación quien pondere el impacto que los acontecimientos imprevisibles han supuesto en la economía del contrato con la finalidad de apreciar si procede o no el reequilibrio de la concesión, haciendo un examen muy riguroso del supuesto concreto; considerando, por una parte, el riesgo y ventura que teóricamente debe asumir el contratista en la ejecución de la prestación y, por otra, valorando las circunstancias que podrían justificar el derecho al reequilibrio económico del contrato.

No puede este órgano consultivo establecer límites porcentuales, parámetros objetivos y uniformes, ni otro tipo de modulaciones del impacto en relación al conjunto de costes de un contrato, que se deba tener en cuenta para poder entender que se ha producido una excesiva onerosidad tolerable como riesgo imprevisible.

4. Al hilo de esta última conclusión, no quiere cerrarse este informe sin reflexionar acerca del peligro que supone reconducir el análisis de la concurrencia de los presupuestos que habilitan la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible al caso concreto. Como se ha visto, ese análisis presupone actuar con un amplio margen de discrecionalidad que puede determinar la aplicación de soluciones dispares a supuestos de hecho análogos con el consiguiente riesgo de incurrir en arbitrariedad.



De ahí la necesidad de acometer cambios normativos que contemplen instrumentos legales para subvenir a acontecimientos fuera del alcance de toda previsión o diligencia que hacen quebrar la economía del contrato extramuros del principio de riesgo y ventura. Hasta ahora tales instrumentos son prácticamente inexistentes salvo excepciones, de vigencia temporal limitada, como por ejemplo el mecanismo excepcional de revisión de precios de contratos de obra regulado en el Real Decreto Ley 3/2022; o los contemplados exclusivamente para las concesiones en los artículos 270 y 290 de la LCSP; o también los supuestos de fuerza mayor.

La propia Estrategia Nacional de Contratación Pública aprobada por la OiRESCON en diciembre de 2022 (es decir, en plena coyuntura inflacionaria) se hace eco de esa imperiosa necesidad. En efecto, entre otros muchos objetivos, la citada Estrategia conmina a la creación de ponencias o grupos de trabajo en el seno del Comité de Cooperación para iniciar la elaboración y estudio de propuestas de modificación de la Ley 9/2017, desde el respeto al orden constitucional de distribución de competencias, con el fin de solucionar los principales problemas detectados en la propia estrategia.

Y uno de los aspectos en los que considera que es necesario acometer cambios regulatorios urgentes es el de la *“Revisión periódica y predeterminada de precios y **revisión de precios en atención a los principios de riesgo imprevisible y cláusula rebus sic stantibus**”*. Establece esa distinción de forma intencionada pues sin duda no es lo mismo la revisión de precios, ya contemplada en los arts. 103 y siguientes, recientemente modificados, que permite que en efecto los precios se vean alterados -como excepción al principio de riesgo y ventura- teniendo en cuenta la previsibilidad de que en determinados tipos de contratos, se produzca una alteración en la economía del mismo atiendo a su naturaleza¹, que la necesidad sobrevenida e imprevisible de reequilibrar la honesta equivalencia de las prestaciones como consecuencia de acontecimientos extraordinarios.

El debate ha llegado a sede parlamentaria. A título de ejemplo y a cuenta de la ruptura del equilibrio económico de los contratos como consecuencia del incremento salarial tras negociación colectiva, podemos mencionar que con fecha 31 de octubre de 2022 se publicó en el boletín oficial de las Cortes Generales Proyecto de Ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) que incluía medida normativa para paliar los efectos del mencionado desequilibrio en los siguientes términos:

1. Con carácter excepcional, en los contratos del sector público incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, salvo lo previsto en el apartado 7 de esta disposición adicional, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3 de la citada Ley, en los términos de lo dispuesto en el apartado 8 de esta disposición adicional, se reconocerá al contratista la posibilidad de una revisión de precios conforme a lo dispuesto en los siguientes apartados.

2. La revisión excepcional de precios de los contratos referidos en el apartado 1 anterior se reconocerá cuando se den todas las condiciones siguientes:

a) que el contrato no tenga prevista una fórmula o procedimiento de revisión de precios.

b) que los costes de mano de obra sean un coste significativo. Se entiende que es significativo cuando el coste de los gastos correspondientes a sueldos de personal y seguridad social excede del 50% del total de los costes del contrato.

¹ Suministro de energía (sector sometido a alta volatilidad) contratos de obra, armamento o aquellos servicios en los que como consecuencia de tener un periodo extenso para recuperar la inversión (más de 5 años) es prácticamente algo normal que durante la vigencia del contrato haya que revisar el precio mediante la aplicación de una fórmula predeterminada en los pliegos



c) que, en el ámbito de la negociación colectiva, se pacte en el convenio laboral aplicable al contrato un incremento salarial superior al 2 % anual.

3. En los casos en que se cumplan las condiciones previstas en el apartado anterior, el contratista podrá solicitar la revisión de precios, teniendo derecho a ella en el mismo porcentaje que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca para las retribuciones del personal al servicio del sector público.

4. La cuantía máxima de revisión excepcional prevista en esta disposición adicional no podrá exceder del 20 % del precio total licitado.

5. La revisión de precios excepcional será de aplicación, en los términos previstos en el apartado 1 de esta disposición adicional, a los contratos que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de este real decreto-ley, o cuyo anuncio de licitación, adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.

6. Dicha revisión excepcional se reconocerá con independencia del régimen jurídico que por razón temporal o de la materia se aplique al contrato.

7. No será aplicable lo dispuesto en esta disposición adicional a aquellos contratos del sector público que tienen regulada por una ley la revisión extraordinaria de precios de forma singular.

8. A los efectos de la aplicación de esta disposición adicional, para los contratos que celebren las Comunidades Autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla, las entidades que integran la Administración Local, las diputaciones forales, o los organismos dependientes de las mismas que no sean sector público estatal será necesario que así lo acuerden sus órganos competentes”

Por tanto, de acuerdo con las consideraciones efectuadas, se formula las siguientes conclusiones:

III.- CONCLUSIONES

1. La cuestión sometida a informe es la posibilidad de aplicar la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la del “rebus sic stantibus”, o la existencia de fuerza mayor, para restablecer el equilibrio económico de contratos de servicios intensivos en mano de obra, como consecuencia del incremento sobrevenido de las condiciones salariales de los trabajadores por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público.

Descartada la fuerza mayor, por no resultar de aplicación al caso que se consulta, únicamente cabría como posibilidad acudir a la teoría del riesgo imprevisible para hacer frente al incremento de costes que supone para el contratista de servicios la subida de los costes laborales como consecuencia de la aprobación de un nuevo convenio colectivo durante la ejecución del contrato.

2. En caso de que aquel aumento de coste suponga la ruptura del equilibrio económico del contrato y una excesiva onerosidad en su ejecución por la empresa contratista, que supere el riesgo y ventura que debe asumir, es posible apreciar la compensación por aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible para restablecer ese equilibrio, siempre que la ruptura se haya producido por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y anómalas en el momento de ejecutar el contrato respecto a aquellas que se habían previsto inicialmente, que sean ajenas a la culpa o voluntad de las partes, que alteren de forma muy notable el equilibrio económico y contractual, y que no haya medios alternativos que posibiliten el reequilibrio económico del contrato.



3. Esta Comisión Consultiva no puede pronunciarse con carácter general sobre la procedencia del reequilibrio económico en caso de incremento de los costes laborales como consecuencia de la aprobación de un nuevo convenio colectivo durante la ejecución del contrato, ni establecer reglas específicas que permitan determinar qué circunstancias encajan dentro de los parámetros de la teoría de la imprevisión. El análisis sobre si concurren las circunstancias para aplicar dicha teoría se ha de llevar a cabo de manera individualizada, caso por caso, de forma que sea el órgano de contratación quien pondere adecuadamente las circunstancias concurrentes, determinando éste la procedencia o no de su aplicación.

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.

4. Considera esta Comisión que urge acometer cambios normativos que contemplen instrumentos legales con límites objetivos predefinidos, para subvenir a acontecimientos fuera del alcance de toda previsión o diligencia que hacen quebrar la economía del contrato extramuros del principio de riesgo y ventura, más allá de los supuestos excepcionales de fuerza mayor o de reequilibrio económico de concesiones previstos en la LCSP.

Ello para conjurar el peligro que supone reconducir el análisis de la concurrencia de los presupuestos que habilitan la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible al caso concreto pues dicho análisis presupone actuar con un amplio margen de discrecionalidad que puede determinar la aplicación de soluciones dispares a supuestos de hecho análogos con el consiguiente riesgo de incurrir en arbitrariedad.

Es todo cuanto se ha de informar.