

## **COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA**

### **INFORME 11/2021, DE 24 DE MARZO**

**INFORME 11/2021, DE 24 DE MARZO DE 2022 SOLICITADO POR LA ASOCIACION CIRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCION, CONSULTORIA Y OBRA, EN RELACIÓN A LOS PROBLEMAS SURGIDOS EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA COMO CONSECUENCIA DEL INCREMENTO DEL PRECIO DE LAS MATERIAS PRIMAS.**

#### **I - ANTECEDENTES**

Por parte de la presidenta de la Asociación Circulo de Empresas Andaluzas de la construcción, Consultoría y Obra se solicita informe sobre la siguiente cuestión:

“En los últimos meses las materias primas que se utilizan para la ejecución de las obras de infraestructuras, en realidad todo tipo de obras, han sufrido alarmantes incrementos. Esto lleva a las empresas que están ejecutando los contratos a situaciones de sobre coste en sus contratos que no ha sido posible proveer y que a menudo ponen en serias dificultades la ejecución de los mismos.

Dado que la situación es anómala y que la legislación actual no tiene mecanismos para poder equilibrar la situación, solicitamos estudien el problema, que es de todos, tanto de los órganos de contratación como de las empresas adjudicatarias, para poder encontrar entre todos las vías de solución.”

#### **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, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos, 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. A pesar de que lo que se plantea es, más que una duda interpretativa, un desideratum sobre una posible actuación administrativa que palíe el

desequilibrio económico que se ha generado como consecuencia de la crisis mundial de abastecimientos, dada la trascendencia de la cuestión, analizaremos las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico para paliar dichos desequilibrios.

**2-** Los antecedentes a la cuestión planteada, por graves y notorios son de sobra conocidos: la paralización de la producción durante la pandemia COVID 19 devino en una notoria falta de stocks que derivó en la trabazón de las cadenas de suministro. Posteriormente la aceleración económica, una vez decaídas las restricciones, y el elevado nivel de ahorro, así como las políticas expansivas del acceso al crédito han incrementado el consumo, lo que unido a determinadas tendencias especulativas han producido una subida del precio de las materias primas y de los transportes. La situación descrita, se agrava más si cabe por el impacto que ha provocado -sobre todo en el precio de los combustibles y en determinadas materias primas- el conflicto bélico desencadenado en fechas recientes entre Rusia y Ucrania.

Todo ello está provocando un impacto manifiesto en los contratos públicos concertados con la Administración, que han visto alterado el equilibrio económico de los mismos, en especial en el caso de los contratos de obras que requieren habitualmente un elevado acopio de insumos. De esta manera, dichos contratos según manifiesta la entidad consultante, pueden encontrarse en una situación de imposible o difícil ejecución al ser deficitarios para el contratista, por lo que conviene analizar si es posible proceder al reequilibrio financiero de dicho contrato, y caso de serlo, que mecanismos ofrece el derecho en tal sentido.

**3.-** Hay que tener presente que la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de noviembre, en su artículo 102 regula el precio de los contratos, indicando en su apartado 1 que “Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. (...)”

Dicho precepto se complementa con la disposición establecida en el artículo artículo 197 de la LCSP que establece que “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”. En efecto, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 239, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Cabe citar, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 en la que se destaca: “La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/ LCSP de 14 de noviembre de 2011. La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar

expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.(...)Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla(...)» “

De las disposiciones legales citadas y la Doctrina del Tribunal Supremo expuesta cabe concluir en consecuencia que las partes deben someterse a lo pactado en virtud del principio de riesgo y ventura, sin que sea posible sustraerse al misma más que a través de los mecanismos que establece la norma a tal fin, a saber: revisión de precios, "ius variandi", "factum principis", fuerza mayor y riesgo imprevisible.

**4.** Consideramos por tanto interesante desgranar los diferentes mecanismos de exención del principio de riesgo y ventura con el fin de que, atendiendo a cada caso concreto, los órganos de contratación puedan afrontar desde un marco de seguridad jurídica la problemática planteada en la cuestión que motiva el presente informe.

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

El presente dictamen fue elevado en un primer borrador a este órgano consultivo, en la sesión de la Comisión permanente del pasado día 16/12/2021. En ese primer borrador se apuntaba que el recurso a la revisión de precios plantea la necesidad de haber sido establecido con carácter previo y recogerse como tal en los pliegos (art. 103 LCSP). De lo contrario, el órgano de contratación no puede en ningún caso acudir "a posteriori" al sistema de revisión de precios que regula la LCSP en sus artículos 103 y ss. En este sentido, la

Junta Consultiva de Aragón, en el informe 7/2019, citado anteriormente, señala:“(…)Todas las cláusulas de los pliegos, en tanto “lex inter partes” vinculan a los intervinientes y les obligan a lo expresamente pactado, por lo que debemos tener en cuenta cómo han recogido los pliegos, en cumplimiento del artículo 115 del TRLCSP, la fórmula de revisión de precios y el sistema de aplicación (…)”, y concluye: “Para que sea posible la aplicación de la revisión de precios, es preciso que el pliego de cláusulas administrativas particulares recoja expresamente la fórmula prevista y el sistema o modo de revisión”.

Sin embargo, con posterioridad a dicha sesión de 16/12/2021, ha acaecido un hecho que resulta de singular relevancia a efectos resolutorios de la consulta aquí atendida, cual es la aprobación 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.

Dicha norma de rango legal y con la finalidad de atender a la problemática que está en la base de la consulta, contempla en su título segundo (artículos 6 a 10) un supuesto excepcional de revisión de los precios de los contratos de obras del sector público, el cual resulta de aplicación incluso en aquellos supuestos en que no procediese conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, bien por no haberse pactado en el contrato, bien por no haber transcurrido el periodo mínimo establecido en la ley o no haberse ejecutado la parte de la obra necesaria para la aplicación de la revisión. Se arbitra -según explica la exposición de motivos- una solución urgente e inmediata que además permite una modulación en sus componentes para que únicamente influyan en la cantidad resultante de la aplicación de la fórmula aquellos costes que se consideren procedentes, incluyendo además una serie de umbrales que limitan la aplicación de esta revisión únicamente a los supuestos de incrementos excepcionales, así como la cuantía máxima de la cantidad a abonar al contratista permitiendo acotar el impacto presupuestario de la medida. Se regula igualmente el procedimiento que culmina con el reconocimiento de la aplicación de la revisión excepcional de precios, si se cumplen las condiciones establecidas.

Por tanto, podemos concluir que el legislador ha contemplado un instrumento legal excepcional que se orienta expresamente a subvenir al quebranto de la economía de los contratos de obra, provocado por la escalada imprevisible del precio de los materiales, por lo que con su puesta en marcha por parte de los órganos de contratación se daría solución a la problemática que suscita la consulta, en la que se apuntaba a la inexistencia en “la legislación actual (...) de mecanismos para poder equilibrar la situación”.

Procede que analicemos qué se requeriría para su aplicación por parte de los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades integrantes del sector público andaluz dependientes o vinculadas a la misma.

En principio podría afirmarse que dicha aplicación pasaría por la activación del procedimiento por parte de los órganos administrativos competentes de la Administración Autonómica. Sin embargo, la defectuosa técnica legislativa empleada -dicho sea, ello con todo respeto- hace que la cuestión no resulte tan sencilla como en una primera aproximación podría parecer.

Así, la disposición final primera declara que “los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (...)”. Ello resulta plenamente coherente con la declaración como precepto básico, en la disposición Final Primera de la LCSP, y con base en idéntico título competencial, del artículo 103 de la LCSP que contempla el régimen ordinario de la revisión de precios (“procedencia y límites) que ahora se complementa con un supuesto excepcional.

Decimos que resulta plenamente acertada la declaración del carácter básico de este mecanismo excepcional, dado que la revisión de precios integra el armazón, la sustancia del contrato público, como lo prueba el hecho de que venga regulado en el Libro Primero de la LCSP, donde se configura la contratación del sector público y se definen los elementos estructurales de los contratos. De ahí que sea exigible un régimen uniforme en todo el territorio nacional.

Sin embargo, esa declaración que contiene la Disposición Final primera se ve contradicha por el articulado de la norma, cuyo artículo 6.3 señala que “lo dispuesto en este Título también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden”. Ya la Exposición de motivos avanzaba que: “Su aplicación podrá alcanzar al ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales existentes en su territorio mediante una decisión individualizada del órgano competente de cada Comunidad Autónoma”.

Se consagra con esta inusual técnica normativa, el carácter disponible de una norma básica, permitiendo que sean las Comunidades Autónomas las que en última instancia decidan si sus órganos de contratación podrán o no hacer uso de ese instrumento excepcional de revisión. Se desnaturaliza de este modo el “precepto de carácter básico” pues éste se configura como esencialmente indisponible, dado que tal carácter viene impuesto por mandato constitucional como consecuencia de la aplicación del reparto de competencias que diseñan los artículos 148 y 149 de la Norma Suprema.

Podría también argumentarse -a meros efectos dialécticos- que el llamamiento expreso a las Comunidades Autónomas (Y a las Entidades Locales en la exposición de motivos o a las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en la parte dispositiva) para que decidan su aplicación, unido al hecho de que el artículo 6 utilice la expresión “sector público estatal” permitiría concluir -con base a la interpretación sistemática- que el precepto no debe reputarse de carácter básico y por tanto solo es de aplicación a los órganos de contratación de la Administración del Estado y su sector instrumental.

El texto de la norma al delimitar su ámbito subjetivo de aplicación admite otras censuras pues no aclara su forma de aplicación a otras entidades sujetas a la legislación de contratos del Sector Público no dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma; verbi gratia, las entidades locales respecto de las que -atendiendo al principio de Autonomía Local- ninguna imposición podría hacer órgano alguno de la Administración de la Junta de Andalucía, ni tan siquiera el legislador autonómico.

En cualquier caso, deslizadas las anteriores reflexiones a meros efectos discursivos, con independencia del análisis que más en profundidad se pueda acometer sobre el carácter básico o no de la norma, o incluso su ajuste constitucional, desde este órgano consultivo se recomienda que, en aras del principio de seguridad jurídica, si por parte de la Autoridad competente de la Comunidad Autónoma se decidiera su aplicación en Andalucía, con base a lo que establece la letra de la norma se adoptase una “decisión individualizada del órgano competente”. No corresponde a esta Comisión Consultiva analizar cual habría de ser ese órgano competente ni la naturaleza (de acto o norma) de la “decisión individualiza” que aquel adopte.

**5.-** Analizado el mecanismo natural para el reequilibrio del contrato de obras, que es la revisión de precios, procede que analicemos otras alternativas contempladas en la LCSP.

La primera de ellas es el supuesto de Fuerza Mayor. Muy interesante resulta el análisis de dicho principio bajo las circunstancias de la pandemia COVID 19 que hace la Junta Consultiva de Contratación Pública en su informe 38/20, y en especial donde entre otras cosas descarta la posibilidad de la indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 239 de la LCSP, afirmando que no puede apreciarse la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor:

“La normal aplicación del principio de riesgo y ventura en los contratos públicos se recoge, siguiendo una larga tradición de nuestra normativa, en el artículo 197 de la LCSP. Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. Así lo manifestamos en nuestra Recomendación de 10 de diciembre de 2018 donde, siguiendo la jurisprudencia citada, manifestamos igualmente que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*), o por hechos que exceden de la normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Por tanto, uno de los supuestos que puede permitir la excepción de la aplicación del principio de riesgo y ventura es, efectivamente, la concurrencia de un supuesto de vis maior o fuerza mayor. El artículo 239 de la LCSP, al que se remite el propio artículo 197, regula los casos de fuerza mayor en la ejecución de los contratos públicos de obras señalando lo siguiente:

“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.”

Para concluir argumentando el difícil encaje que tiene la situación provocada con el COVID 19 con la fuerza mayor, tanto más en el supuesto presente en que no se trata de la pandemia, sino de una fluctuación alcista de los precios provocada por coyunturas del mercado:

“A mayor abundamiento hay que señalar que la dicción del artículo 239 encaja con dificultad con el caso que nos ocupa. En efecto, la llegada de una pandemia dista de identificarse con incendios, con fenómenos naturales de efectos catastróficos o con destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Por el contrario, la situación creada por el COVID-19 ha sido extensa y pormenorizadamente regulada por el legislador en materia de contratos públicos, de modo que sólo y exclusivamente los efectos por éste previstos de modo expreso pueden servir para resolver los problemas que ha planteado.

Por otro lado, tampoco parece que conforme al derecho privado una situación como la descrita en la consulta pueda identificarse con el concepto de fuerza mayor. El principio “casum sentit dominus” sólo puede ceder, en caso de fuerza mayor, cuando la obligación no pueda ser cumplida. Así lo declara el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en su Sentencia núm. 637/1999 de 13 julio, al precisar respecto de la fuerza mayor “su carácter absoluto productor de un incumplimiento “legal” de las obligaciones.” En efecto, la Jurisprudencia viene exigiendo como requisitos de la fuerza mayor que “el hecho sea, además de imprevisible o que previsto sea inevitable, insuperable e irresistible y que, por aplicación de los arts. 1182 y 1184 del C. Civ.

haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que, conforme a los arts. 1902 y 1903 y siguientes del mismo Código sustantivo, pueda sobrevenir, debiendo existir entre el daño producido y el evento que lo produjo un nexo de causalidad eficiente.” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1980). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 1321/2006 de 18 diciembre, donde señala que “la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S. 24 de diciembre de 1999)” En un caso como el planteado en la consulta, en que la obligación ha podido seguir cumpliéndose, bien que por un precio o en condiciones diferentes, la aplicación del concepto de fuerza mayor no es posible desde el punto de vista jurídico.”

Por tanto, no parece recomendable acudir a los mecanismos de indemnización previstos para casos de fuerza mayor en la LCSP.

**6.-** Descartado pues el recurso a la concurrencia de la “fuerza mayor” habría que analizar la posibilidad de que la administración ejerciera su derecho al *Ius Variandi*, sobre el que se hace un interesante análisis a la luz de las circunstancias actuales en el Informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

“En el ámbito de la contratación administrativa hemos de partir necesariamente del principio de invariabilidad del contrato y, por tanto, del carácter restrictivo a la hora de interpretar los supuestos en que aquélla procede. En este sentido, el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen 77/2008, de 28 de febrero, y 1.456/2009, de 21 de enero de 2010, indica:“(…) La contratación administrativa se rige por una serie de principios, entre ellos el de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes –principio *in varietur*–recogido fundamentalmente en el artículo 4 de la LCAP y reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que “existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva” (Sentencia de 3 de mayo de 2001). Entre dichas excepciones se encuentra la prerrogativa de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos, también denominada *ius variandi*, reconocida en el artículo 59.1 de la LCAP, privilegio que necesariamente ha de tener un carácter excepcional, como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre: “(…) la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores del sistema de contratación pública” (...).El artículo 190 de la LCSP atribuye al órgano de contratación la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público, pero, tal y como se ha señalado, esta potestad, ha de realizarse de manera excepcional y siempre que concurren los requisitos previstos legalmente, al poder resultar afectados los principios de igualdad, transparencia, publicidad y libre concurrencia. El “*ius variandi*” permite, pues, a la



Administración modificar el objeto del contrato cuando éste, en los términos inicialmente pactados, no satisfaría las necesidades de aquélla y, por ende, el interés público que subyace en toda contratación.

En el escrito de consulta el órgano peticionario se refiere a las solicitudes de algunos de sus contratistas demandando la apertura de un expediente de modificación de contrato en base al Informe de la JCCPE 38/2020, dirigido a revisar los precios de sus contratos. No obstante, hemos de advertir que las circunstancias de hecho bajo las que informa la JCCPE difieren, en todo caso, de las que nos ocupan. En el Informe 38/2020 la JCCPE se pronuncia sobre una medida, el cierre de la frontera entre la Ciudad Autónoma de Melilla y Marruecos, que se adoptó en la lucha contra la COVID-19, que califica como imprevisible. En nuestro caso, las circunstancias que concurren en los contratos a que se refiere la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, se circunscriben a una subida de precios de las materias primas utilizadas en los contratos de obra, como consecuencia de la fluctuación propia de los precios de mercado. No podemos, pues, tener en cuenta el citado informe de la JCCPE cuando, además, en él se indica expresamente que "(...) el presente informe debe interpretarse circunscrito a las disposiciones que regulaban el estado de alarma inicial y no puede extenderse a otras circunstancias ni a otras normas jurídicas dictadas con posterioridad(...)". Sin embargo, si resultaría de aplicación lo dispuesto por la propia Junta Consultiva en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, que aquélla dirige a los órganos de contratación "sobre cuáles deben ser las consecuencias para los contratos públicos derivadas de la alteración sobrevenida de las condiciones laborales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, en especial, en lo que atañe a las condiciones salariales de aquellos" La JCCPE indica en la citada Recomendación que: "(...) la modificación del contrato, tanto en la Directiva como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio. El artículo 203.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público así lo establece al señalar que "Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207." Desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado. (...) Las anteriores consideraciones ya justifican sobradamente la conclusión de que la variación del precio del contrato no debe calificarse en ningún caso como una modificación del mismo en sentido técnico jurídico(...) En este caso, la determinación de las condiciones económicas del contrato quedaría dependiendo de la voluntad del contratista, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 1256 CC, conforme al cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.(...)el art. 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considera

una modificación sustancial del contrato, y por tanto proscrita por la norma, cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial, circunstancia que perfectamente podría ocurrir en un supuesto como el que estamos contemplando(...). De acuerdo con lo anterior, no existiría uno de los supuestos tasados legalmente (artículo 205 de la LCSP) para poder hacer uso del ejercicio del ius variandi que, como prerrogativa, posee aquélla; no siendo aplicable, pues, este mecanismo al caso que nos ocupa para excepcionar el principio de riesgo y ventura de los contratistas del órgano petitionario en la ejecución de los correspondientes contrato .“

En conclusión, como acertadamente expone el informe citado, el recurso a la modificación del contrato como forma de paliar los efectos causados por la subida generalizada del precio de las materias primas se revela poco eficaz, en tanto que no ha concurrido modificación en las prestaciones del contrato, sino un alza de los precios que debe asumirse por el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura, ya que de lo contrario se podría incurrir en una revisión de precios encubierta.

**7.-** En cuanto a la concurrencia de teoría jurisprudencial del Riesgo Imprevisible que pudiera amparar la petición de indemnizaciones por parte de los adjudicatarios de los contratos , en el informe citado 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se efectúa una interesante glosa de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, para concluir que el recurso a dicho instituto no puede convertirse en una suerte de seguro gratuito sobre los beneficios del empresario que deben necesariamente encontrarse sometidos a la aleatoriedad que preside toda actividad económica en un entorno de libre mercado, por ello debe entenderse que si concurrieran causas imprevisibles que gravan el contrato de tal forma que se considere que suponen una alteración del equilibrio económico del mismo, la posible compensación económica deberá relacionarse con el principio de ‘riesgo y ventura’. (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1979 sobre la imprevisibilidad del riesgo, Sentencia de 6 de mayo de 1988 en lo relativo a la previsibilidad de la contingencia y su inclusión en el principio de riesgo y ventura, y la Sentencia de 27 de octubre de 2009, relativa a la subida de precios del ligante asfáltico en un contrato de obras.)

Ocurre sin embargo que, como se ha argumentado en la consideración cuarta de este dictamen, con posterioridad a la emisión del informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se ha aprobado mediante Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, un mecanismo excepcional de revisión de previos, que se orienta precisamente a atender al riesgo imprevisible que constituye la escalada de los precios de los materiales de obra. Por tanto, dispensada la cobertura normativa, no parece que haya cabida a operar mecanismos indemnizatorios que se orientan precisamente a corregir la ausencia de previsiones legales para subvenir a la ruptura del equilibrio financiero del contrato.

**8.-** Consideramos, finalmente que debe descartarse el recurso al Factum principis, ya que la subida de los precios de las materias primas no trae causa de una actuación directa o indirecta de la Administración.

**9.-** En última instancia queremos llamar la atención sobre las posibilidades de solución que han planteado algunas autonomías dentro de su específico ámbito competencial como es el caso de Galicia o Extremadura que han articulado una serie de medidas de compensación económica a los licitadores que se vean afectados por el incremento de los precios de las materias primas.

No es competencia de este órgano consultivo analizar el encaje constitucional o título competencial habilitante de esas medidas legales indemnizatorias, o si las mismas resultan desplazadas por la aprobación del repetido mecanismo excepcional de revisión de precios -aparentemente norma básica, por las razones expuestas- y en definitiva si en la Comunidad Autónoma Andaluza podrían aprobarse a fecha de hoy medidas análogas a las dispensadas por esas Autonomías.

### **III- CONCLUSIONES**

**1.-** Las estipulaciones de los contratos obligan a las partes a cumplir con el contenido de los mismos, y se rigen en su ejecución por el principio de riesgo y ventura, siendo el beneficio del contratista un “aleas” que implica que éste asuma el mayor beneficio o la mayor pérdida derivada de la ejecución de las prestaciones.

**2.-** Cabría acudir al mecanismo excepcional de revisión de precios contemplado en los artículos 6 a 10 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.

Por las razones expuestas en la consideración cuarta de este dictamen, en aras del principio de seguridad jurídica, si por parte de la Autoridad competente de la Comunidad Autónoma se decidiera su aplicación en Andalucía, con base a lo que establece la letra de la norma (artículo 6.3) sería recomendable que se adoptase una “decisión individualizada del órgano competente”. No corresponde a esta Comisión Consultiva analizar cual habría de ser ese órgano competente ni la naturaleza (de acto o norma) de la “decisión individualiza” que aquel adopte.

**3.-** No parece que pueda predicarse que la actual tendencia alcista de los precios pueda considerarse un supuesto de fuerza mayor, que exoneraría del cumplimiento del principio de “riesgo y ventura.

**4.-** No puede incardinarse el actual incremento de precios en un supuesto de “factum principis”.

**5.-** No cabría como posibilidad acudir a la teoría del riesgo imprevisible para hacer frente a la subida de precios mediante actos de contenido indemnizatorio toda vez que mediante norma de rango legal (artículos 6 a 10 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo) se ha regulado un mecanismo excepcional de revisión de precios orientado a subvenir la quiebra -por razones imprevisibles- del equilibrio económico del contrato.

**6.-** No compete a esta Comisión Consultiva analizar el encaje constitucional o título competencial habilitante de otras medidas legales indemnizatorias adoptadas por otras Comunidades Autónomas, o si las mismas resultan desplazadas por la aprobación del repetido mecanismo excepcional de revisión de precios - aparentemente norma básica, por las razones expuestas- y en definitiva si en la Comunidad Autónoma Andaluza podrían aprobarse a fecha de hoy medidas análogas a las dispensadas por esas Autonomías.