



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 195/2024



El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de julio de 2024, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 14 de junio de 2024 (COMINTER 128374), sobre solicitud de compensación por incremento del precio del gas en un contrato de transporte sanitario terrestre (exp. 2024_228), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. - Con fecha 20 de noviembre de 2019 se suscribieron diversos contratos entre el Servicio Murciano de Salud (SMS) y las Uniones Temporales de Empresas (UTE) "UTE Ambulancias Mar Menor-Ambulancias do Atlántico y Ambulancias Sánchez Transporte Sanitario Murcia Oferta Integradora 1 (Lotes 1 y 7)"; "UTE Ambulancias Mar Menor-Ambulancias do Atlántico y Ambulancias Sánchez Transporte Sanitario Murcia Oferta Integradora 2 (Lotes 2 y 6)"; "UTE Ambulancias Mar Menor-Ambulancias do Atlántico y Ambulancias Sánchez Transporte Sanitario Murcia Lote 3"; "UTE Ambulancias Mar Menor-Ambulancias do Atlántico y Ambulancias Sánchez Transporte Sanitario Murcia Lote 4"; "UTE Ambulancias Mar Menor-Ambulancias do Atlántico y Ambulancias Sánchez Transporte Sanitario Murcia Lote 5", (en adelante, las contratistas), para la prestación del "Servicio de transporte sanitario terrestre de carácter no urgente, programado y no programado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia".

El plazo de duración de los contratos es de 8 años. Si bien su cómputo no se iniciaba de forma inmediata tras su formalización, sino que se estableció un período de 4 meses para que los adjudicatarios procedieran a realizar todas las actuaciones necesarias para la puesta en funcionamiento pleno y total de los vehículos destinados al cumplimiento del contrato, iniciándose el servicio el 10 de mayo de 2020.

Las contratistas resultaron adjudicatarias de los lotes y por los importes (IVA excluido) que se indican a continuación:

Lote 3: 26.995.372,25 euros

Lote 4: 14.392.017,93 euros

Lote 5:8.028.303,90 euros

Integradora 1(Lotes 1 y 7):75.524.227,39 euros

Integradora 2 (Lotes 2 y 6):39.545.530,68 euros

SEGUNDO. - Estando en fase de ejecución los contratos, con fecha 25 de marzo de 2022, las contratistas presentaron escrito en el que solicitaba una compensación por el incremento del precio del gas, por un importe de 669.608,86 euros, desde el mes de enero de 2021 hasta el mes de febrero de 2022, y los que en el futuro se devenguen por este concepto.

A efectos de acreditar los perjuicios sufridos, adjuntan a su solicitud informe de “MET Energía España” y “Gringas” proveedores de las contratistas, cuantificando el perjuicio sufrido durante el periodo reclamado, adjuntando también las facturas correspondientes a los consumos de cada Lote.

Señalan las contratistas que en fecha 30 de diciembre de 2021, se presentó escrito en el que se trasladaba al SMS el desproporcionado aumento del precio del gas, combustible empleado por las ambulancias de los Lotes 1 a 7, desde el momento de la licitación y que, desde entonces, la situación ha empeorado, lo que hace que *“junto con el resto de problemas estructurales del servicio estos perjuicios sufridos por el incremento histórico y desproporcionado del precio del gas amenazan con cuestionar su viabilidad”*.

Considera la UTE adjudicataria en su escrito, que en el presente caso resulta procedente la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, al objeto de restablecer el equilibrio entre las prestaciones del contrato, por las siguientes razones:

-Alteración extraordinaria y sobrevenida de las circunstancias (histórica subida del gas, guerra de Ucrania, tensiones políticas con Argelia y Marruecos).

-Alteración de las prestaciones económicas del contrato.

TERCERO. - El 24 de enero de 2024, el Servicio de Obras y Contratación del SMS elabora informe en el que propone iniciar el expediente relativo a la solicitud de indemnización y desestimarla y dar audiencia al interesado.

El citado informe indica que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de junio de 2019, rec. 138/2018, es el recurrente quién corre con la carga probatoria de 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 afecta el suceso o acontecimiento, en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula *“rebus sic stantibus”*.

En este sentido, el escrito presentado por las contratistas, junto a los documentos adjuntos, solicitando indemnización por el incremento de los carburantes, no acredita que, por sí mismo, el impacto de la subida energética en el concreto periodo a que se refiere en su escrito -desde el mes de enero de 2021 mes de febrero de 2022 hasta que finalice, en su caso, la situación excepcional de incremento del precio del gas- comprometa la viabilidad del contrato en toda su extensión, es decir, considerado en su globalidad, tal como recuerda el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de octubre de 2009, al señalar que “*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*”, sin que quepa, por tanto, la valoración de aspectos económicos parciales del contrato en cuestión. De hecho, las propias contratistas reconocen en su escrito que la supuesta amenaza a la viabilidad del contrato no proviene en exclusiva del incremento de los combustibles, al señalar que “*junto con el resto de problemas estructurales del servicio estos perjuicios sufridos por el incremento histórico y desproporcionado del precio del gas amenazan con cuestionar su viabilidad*”.

Sigue diciendo el informe que, como señaló el Consejo de Estado refiriéndose al riesgo imprevisible en conexión con la cláusula *rebus sic stantibus*, la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes solo cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio -la propia base del negocio- o sus condiciones-cláusula *rebus sic stantibus*. Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual. Utilizando palabras del Consejo de Estado, el riesgo a considerar (en este caso, la subida del combustible), además de imprevisible, ha de ser “*patológico y desmesurado, de tal suerte que desbarata completamente el contrato y se quiebra enteramente el equilibrio contractual*” (dictamen 3.205/2003, de 20 de noviembre) circunstancias que en el presente caso no resultan acreditadas por la UTE reclamantes.

CUARTO. - Con fecha 25 de abril de 2024, mediante Resolución de la Directora Gerente del SMS, se adoptan los siguientes acuerdos: 1. Iniciar el expediente relativo a la solicitud de indemnización por los sobrecostes por riesgo imprevisible, planteadas por la representación legal de las UTE adjudicatarias; 2. Acordar la acumulación de las reclamaciones; 3. Desestimar la solicitud de indemnización de restablecimiento del equilibrio contractual en aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, solicitada por las UTE contratistas por el riesgo imprevisible consecuencia del incremento del precio del gas en relación con el existente al tiempo de la licitación.; 4. dar audiencia a los interesados.

QUINTO. - Conferido trámite de audiencia a las contratistas, no consta que hayan formulado alegaciones.

SEXTO. - El 14 de mayo de 2024, se evaca informe-propuesta del Servicio de Obras y Contratación del SMS, con el visto bueno de su Secretario General Técnico, que con reproducción de la fundamentación jurídica expuesta en el informe de 24 de enero de 2024 (Antecedente tercero de este Dictamen), propone desestimar la solicitud de indemnización:

1. En primer lugar, porque, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina analizada, la subida de precios del gas alegada por las UTE adjudicatarias, entraría -en principio- dentro de la previsibilidad que haría responder al contratista de las obligaciones a que se hubiera comprometido en virtud del contrato.
2. En segundo lugar, porque el escrito presentado por la representación de las UTE adjudicatarias, junto a los documentos adjuntos, solicitando indemnización por el incremento del carburante, no acredita que, por sí mismo,

el impacto de la subida del gas en el concreto periodo a que se refiere en su escrito comprometa la viabilidad del contrato en toda su extensión, es decir, considerado en su globalidad, tal como recuerda el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de octubre de 2009, al señalar que “*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*”, sin que quepa, por tanto, la valoración de aspectos económicos parciales del contrato en cuestión. De hecho, la propia representación legal de las UTE reconoce en su escrito que la supuesta amenaza a la viabilidad del contrato no proviene en exclusiva del incremento de los combustibles, al señalar que “*junto con el resto de problemas estructurales del servicio estos perjuicios sufridos por el incremento histórico y desproporcionado del precio del gas amenazan con cuestionar su viabilidad*”.

SÉPTIMO. - El 16 de mayo de 2024, se acuerda suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento, con ocasión de la solicitud del preceptivo informe del Servicio Jurídico del SMS.

OCTAVO. - Con fecha 10 de junio de 2024, el Servicio Jurídico del SMS informa en sentido favorable la propuesta de resolución, por no concurrir los presupuestos legales y jurisprudenciales que acrediten una alteración sustancial de la base del contrato, ni de sus condiciones “*cláusula rebus sic stantibus*”.

En la fecha y por el órgano indicados, se ha solicitado el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando al efecto el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La consulta al Consejo Jurídico se ha efectuado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 12.17 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ) que previene su intervención, a modo de norma de cierre de los supuestos especificados en los números anteriores del precepto, en cualquier otro asunto que por disposición expresa de una Ley haya de ser consultado el Consejo.

Dicha disposición legal expresa que preceptúa la intervención del Consejo Jurídico, según la consulta formulada, es el artículo 191.3, c) LCSP, pues la reclamación deducida por la contratista es calificada por el órgano consultante como un supuesto de responsabilidad contractual, en la medida en que se solicita una indemnización por los sobrecostes en que incurrió el interesado en la prestación del servicio a causa de un hecho totalmente imprevisible en el momento de formalización de los contratos.

En el supuesto sometido a consulta, la solicitud que da inicio al procedimiento contiene una pretensión de abono de una cantidad a tanto alzado por los perjuicios sufridos con ocasión de la ejecución del contrato y debido a la

subida del precio del combustible, que derivó en un sobrecoste del servicio contratado durante un determinado período de tiempo. La voluntad de ser resarcido o compensado por tales sobrecostes es clara, de modo que, aun cuando la contratista no califica expresamente su acción como de exigencia de responsabilidad contractual, contiene los elementos propios de aquélla en la medida en que se reclama la indemnización de perjuicios sufridos como consecuencia de la incidencia de la subida del combustible en la ejecución del contrato.

En consecuencia, este Dictamen es preceptivo.

SEGUNDA.- Del procedimiento.

I. Atendida la clara voluntad de las contratistas de reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos y la calificación que la Administración hizo de su solicitud como reclamación de responsabilidad contractual, el procedimiento a seguir es el establecido en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, para la resolución de incidencias surgidas durante la ejecución de los contratos.

Así, consta en el expediente la petición de la contratista, la audiencia de ésta, el informe del Servicio de Obras y Contratación del SMS que contiene la propuesta de resolución, y el informe del Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario.

II. La reclamación se debe considerar presentada en plazo toda vez que, al tener naturaleza contractual, es de aplicación el plazo de cinco años que, para el reconocimiento de las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública regional, establece el artículo 25.1.a) del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (LHMU) (Dictamen de este Consejo Jurídico 185/2021). De conformidad con dicho precepto, el plazo “se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación”. En el presente caso, atendidos los términos de la reclamación, y dado que el contrato se encuentra aún en ejecución, la reclamación ha de calificarse de temporánea.

TERCERA.- De las diferencias existentes entre las reclamaciones de responsabilidad contractual y las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La responsabilidad contractual de la Administración es la que deriva de un incumplimiento del contrato y persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento por parte de la Administración contratante ha podido ocasionar en el contratista. Así lo expresa el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 169/2021, de 10 de febrero, al distinguir esta responsabilidad contractual de la patrimonial: “*La distinción entre ambos tipos de responsabilidad deriva de su fuente misma, en un caso, el contrato, y en el otro la ley (arts. 9.3 y 106.2 CE, art. 139 y ss de la Ley 30/1992), en la contractual la responsabilidad de la Administración se origina por el daño que ocasiona el incumplimiento de un contrato y en la extracontractual la responsabilidad se origina por el daño causado al particular por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. En el primer caso, se parte de un vínculo jurídico previo entre la Administración y el particular, el generado por el haz de derechos y obligaciones que supone el contrato, que determina el nacimiento de responsabilidad por los perjuicios que su incumplimiento provoca; en el segundo, no existe vínculo previo entre la Administración y el particular, y el deber de indemnizar surge de la mera actuación, en sentido amplio, de la Administración generadora de un daño en las condiciones que la ley prevé, la Administración debe indemnizar sin*

que exista ninguna relación obligatoria previa que le vincule con el particular, sin que exista ninguna obligación ni deber previo concreto incumplido".

Esta doctrina ha sido reiterada con posterioridad en Sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo números 903/2021, de 23 de junio; 1389/2021, de 29 de noviembre y 1555/2021, de 21 de diciembre).

El Consejo de Estado, en su Dictamen 945/2019 distingue las reclamaciones de responsabilidad contractual y las solicitudes de reequilibrio económico-financiero del contrato, al caracterizar a estas últimas como un "*mecanismo de reequilibrio de las prestaciones contractuales que tiene unos presupuestos y requisitos claramente fijados por el ordenamiento. Se trata de un instrumento solo aplicable a los contratos de trácto duradero en los que, en su desenvolvimiento, y después de un período dilatado, se ha puesto de manifiesto que las prestaciones inicialmente pactadas por las partes ya no son equivalentes a resultas de la concurrencia de un hecho insólito, extraño y sobrevenido, no contemplado por aquellas, que altera la base del negocio. En otros términos, se trata de un instrumento excepcional solo aplicable en los casos en que la economía del contrato se ha visto sustancialmente desbaratada por circunstancias externas. Además, de ordinario, el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de un contrato de trácto sucesivo no se articula mediante el abono de una cantidad a tanto alzado a favor del concesionario sino a través de la modificación -más o menos permanente- del sistema retributivo establecido en su favor*".

En el Dictamen 1131/2023, el Alto Órgano Consultivo apunta que los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero "*no tienen naturaleza indemnizatoria, sino compensatoria: no pretenden reparar un daño, sino reequilibrar las prestaciones en el seno de la relación contractual; no responden a la idea de resarcimiento o a la subrogación real de los bienes, sino a la comutatividad de las prestaciones y, por ende, y en definitiva, a la vieja noción de precio justo (dictamen número 698/2021, de 31 de marzo de 2022)*".

En un caso que guarda similitudes con el ahora sometido a consulta, pues versa sobre la propuesta del Área Metropolitana de Barcelona (AMB) de reconocer su responsabilidad contractual en beneficio de la contratista del servicio público de transporte de viajeros, como vía para mantener el equilibrio económico del contrato ante el importante sobrecoste de la prestación del servicio derivado del encarecimiento de los carburantes, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en Dictamen 390/2023, de 19 de diciembre, señala que:

"En el caso que ahora se examina, está claro que el reconocimiento a la UTE de una compensación extraordinaria por un importe máximo de 2.070.306,24 euros para hacer frente a lo que califica de riesgo imprevisible derivado del incremento desorbitado del precio de las materias primas no deriva de un incumplimiento del contrato de servicios por parte de la Administración.

Esta compensación extraordinaria que el AMB propone conceder a la UTE encuentra su fundamento en un cambio de las condiciones de mercado existentes en el momento de contratar, ocasionado por el incremento de las materias primas, que provoca un coste más elevado en la prestación del servicio.

Dado que las partes no cuestionan que el problema que aquí se ventila debe solucionarse por la vía del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, por considerar que la ruptura de este equilibrio rebasa el riesgo y ventura que debe asumir la contratista, y dado que esta es una cuestión relacionada con los riesgos del contrato y completamente ajena al incumplimiento contractual, cabe concluir que es del todo improcedente que la indemnización se otorgue con fundamento en el artículo 191.3.c) LCSP y, por tanto, debe informarse desfavorablemente sobre su concesión" (la traducción del catalán al castellano es nuestra).

Adviértase cómo el incumplimiento contractual por parte de la Administración resulta decisivo para la determinación de si existe o no responsabilidad contractual. En el supuesto ahora sometido a consulta, el escrito de solicitud de las contratistas sí alude a los perjuicios sufridos como consecuencia del desproporcionado aumento del combustible gas, empleado por las ambulancias, en forma de sobrecostes en la prestación del servicio, y se fundamenta en la cláusula “*rebus sic stantibus*” como mecanismo de restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones del contrato. Sin embargo, las contratistas no identifican o alegan un eventual incumplimiento por parte del SMS de sus obligaciones contractuales susceptible de provocar el perjuicio reclamado, por lo que no cabe apreciar una relación causal entre la Administración contratante y el daño reclamado.

En atención a lo expuesto, procede desestimar la reclamación de abono de los sobrecostes padecidos en la ejecución el contrato como reclamación de responsabilidad contractual.

CUARTA.- Del riesgo y ventura del contratista y de la doctrina del riesgo imprevisible.

Como ya señaló este Consejo Jurídico en el Dictamen 329/2023, y tomando como referencia el informe 13/2023, de 18 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, cabe recordar que la ejecución de los contratos públicos está presidida por un principio rector fundamental en materia contractual cual es la obligación de cumplir los acuerdos celebrados entre las partes –*pacta sunt servanda*- consagrado en el artículo 189 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 (artículo 197 de la LCSP y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015).

El Consejo de Estado, en su Dictamen de 14 de mayo de 1998, abordó este principio del riesgo y ventura, según el cual “*el contratista asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Por tanto, la mayor onerosidad de las obras, por causas imprevisibles no imputables a la Administración, debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando no opera ninguno de los límites al principio de riesgo y ventura enunciados*”. En similar sentido, cabe citar los dictámenes 2918/2004, 888/2008, 235/2011, y 709/2019. Ese mismo criterio es el mantenido por el Tribunal Supremo en sendas sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001 donde señala que “*el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o media*”.

El fundamento legal del principio de riesgo y ventura implica un elemento de aleatoriedad en los resultados económicos del contrato; esto es, que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en cuenta para consentir el contrato no le libera de cumplir lo pactado ni le facilita para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. Por tanto, ni el incremento sobrevenido de los beneficios del contratista autoriza a la Administración a reducir el precio pactado ni, en caso contrario, la disminución del beneficio calculado o la existencia de pérdidas genera derecho alguno en el contratista a instar un incremento del precio o una indemnización.

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

Por su parte, el Consejo de Estado (Dictamen 93/2019) insiste en que los límites de la regla del riesgo y ventura vienen “determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero”. Así, aunque la regla general es la obligatoriedad de las prestaciones consignadas en el contrato público, excepcionalmente, dicha obligatoriedad puede ceder cuando se altere la base del negocio o sus condiciones de modo que se “trastoque completamente” la relación contractual. El alto órgano consultivo alude a la doctrina del restablecimiento del equilibrio del contrato “cuando se produce una quiebra total del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista”. En consecuencia, cabe inferir que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones contractuales genera en el contratista el derecho a solicitar el restablecimiento de la situación existente al momento de la firma, de modo exclusivo, aquellos supuestos en que se verifiquen determinadas circunstancias que habrán de analizarse caso por caso. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo antes citada de 31 de enero de 2022 insiste en esta idea al indicar que “El reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla”.

En el Dictamen 1131/2023, el Consejo de Estado recuerda que “es doctrina común, avalada por la jurisprudencia, que, en los contratos administrativos de trato sucesivo y de carácter sinalagmático, la alteración de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión -y tomadas como base para ello-, puede dar lugar a una revisión del contenido de las prestaciones pactadas sin ruptura del vínculo contractual, siempre y cuando sea lo suficientemente importante para determinar la quiebra del equilibrio económico establecido entre las prestaciones reciprocas” (dictamen número 548/2021, de 30 de septiembre). Con ello se trata de evitar, sobre la base del principio de buena fe, recogido en el artículo 7.1 del Código Civil, que un contrato que ha sido concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestaciones reciprocas, quede transformado por virtud de circunstancias sobrevenidas, no queridas por las partes, en otro meramente aleatorio con desproporcionado perjuicio para una de ellas en beneficio de la otra. Esta regla constituye un principio general del derecho de los contratos públicos que aparecía ya consagrado en el artículo 74 de la Ley de contratos del Estado de 1965, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, pasando posteriormente al artículo 163 del TRLCAP. En la actualidad, lo acogen expresamente los artículos 270 y 290 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, relativos a las concesiones de obras y concesiones de servicios, si bien se considera aplicable a todos los contratos, incluso a aquellos cuya ley aplicable no contenía una previsión expresa al respecto (dictamen número 548/2021, antes citado)”.

Con carácter general, la doctrina ha señalado la necesidad de mantener o restablecer el equilibrio económico-financiero de los contratos en los supuestos siguientes: “*ius variandi*”, es decir, cuando el desequilibrio se debe al ejercicio por la Administración de su prerrogativa para modificar el contrato; “*factum principis*”, cuando el desequilibrio se produce por una medida general de índole económica adoptada de manera imprevista por la

Administración y que, aunque no pretende modificar el contrato, indirectamente acaba repercutiendo en el mismo; fuerza mayor, en cuya virtud el desequilibrio es debido a alguno de los acontecimientos extraordinarios calificados como tales en la Ley (art. 239 LCSP); y riesgo imprevisible, cuando el desequilibrio es ocasionado por un acontecimiento ajeno a la Administración y al contratista (pero distinto de la fuerza mayor), que no era razonablemente previsible al tiempo de celebrar el contrato y que produce una desproporción manifiesta entre las prestaciones de las partes en el contrato.

Centrando nuestra atención en la creación doctrinal y jurisprudencial del riesgo imprevisible, que es la circunstancia en la que, tanto la reclamación formulada por el contratista para solicitar la indemnización como la propuesta de resolución se apoya para desestimar la reclamación, se 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 la Junta Consultiva de Contratación del Estado 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*”.

Para la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2008, la imprevisibilidad exige la concurrencia de “*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 (Consejo de Estado, dictámenes 93/2019 y 512/2006), sin que puedan admitirse supuestos de mera disminución del beneficio del contratista (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.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido esta posibilidad de restaurar el equilibrio financiero del

contrato tras su ruptura como consecuencia de la concurrencia de un riesgo imprevisible. Así, 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 esta última se indica que 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 ya citado 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*.

Como se señala en la propuesta de resolución, ha de quedar acreditado fehacientemente por el contratista que la magnitud de tales acontecimientos (en este caso subida del gas) sea por sí misma capaz de comprometer la viabilidad del contrato público considerado en su globalidad, sin que quepa la valoración de aspectos económicos parciales del contrato en cuestión. Dicha doctrina se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, relativa a la subida de precios del litigante asfáltico en un contrato de obras. Significa el Tribunal en esta sentencia “*(...) Debe atenderse a las circunstancias de que 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 este mismo sentido, la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha, en el Informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, al pronunciarse sobre la subida de precios de las materias primas en los contratos de obras y su repercusión en la ejecución del contrato, refiriéndose específicamente a la aplicación de la figura jurídica del riesgo imprevisible señala que “*será preciso que el órgano de contratación analice caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada uno de ellos y debiendo referirlo a la globalidad del contrato. Si el órgano entiende que existen causas imprevisibles que gravan el contrato de tal forma que se considere que suponen una alteración del equilibrio económico del mismo, la posible compensación económica deberá relacionarse con el principio de “riesgo y ventura”, de manera que en ningún caso puedan convertirse en una garantía de los beneficios de la empresa*”.

II. En el supuesto sometido a consulta, y como sigue diciendo la propuesta de resolución, hemos de tener presente que nos encontramos ante un contrato con un periodo de ejecución de 8 años y un precio global de los lotes a los que se refiere la reclamación de 164.485.452,58 €, tiempo en el que, razonablemente, pueden producirse subidas y bajadas de los precios energéticos, al encontrarnos en un sector liberalizado.

El precio de los combustibles, especialmente en los países como España que carecen de materia prima, sube o baja en función de la demanda o posibles crisis económicas o internacionales que afectan a la exportación.

También puede ocurrir que una crisis económica produzca una bajada importante debido a la depreciación de la materia prima, como ocurrió en el año 2008.

Es cierto que, como dice la representación de las UTE reclamantes, el precio del gas tuvo una importante fluctuación al alza a partir de 2021, llegando a su máximo en el mes de enero de 2022, tal como se aprecia en el gráfico que obra en la reclamación, empezando, a partir de ese momento, a descender. Precisamente para paliar los efectos de esa significativa subida motivada por el escenario bélico internacional y que afectó tanto a consumidores como a empresas, a través del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, actualizado en el Real Decreto-ley 20/2022 de 27 de diciembre, se introdujo una bonificación de 20 céntimos que se mantuvo entre abril de 2022 hasta el final de dicho año.

Nos encontramos, por tanto, en un ámbito en el que las fluctuaciones son habituales, circunstancia que no pueden obviar los contratistas al plantear su oferta ya que, como señala el citado Informe 10/21 la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha, podemos estar ante una “circunstancia que quizás valoraron otros posibles licitadores que no concurrieron a la licitación porque, acaso, no podían ejecutar el contrato con los precios inicialmente previstos para el mismo”. Además, como señala el Consejo de Estado, el riesgo a considerar -en este caso la subida del precio del gas- ha de ser patológico, no de carácter coyuntural, no pudiendo dar lugar a transformar una excepción en algo que ha de evitarse a toda costa, esto es, que la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible pase a ser una garantía del beneficio del contratista contra imprevistos que integran el principio de riesgo y ventura, consagrado en el artículo 197 de la LCSP.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de junio de 2019, rec. 138/2018, es el recurrente quién corre con la carga probatoria de 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 ha perjudicado, en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

De los documentos aportados por las contratistas, no resulta probado que, por sí mismo, el impacto de la subida energética en el concreto periodo a que se refiere en su escrito comprometa la viabilidad del contrato en toda su extensión, es decir, considerado en su globalidad. Recordemos que estamos ante un contrato con un plazo para la ejecución de 8 años y un precio de 164.485.452,58 €.

Y es que una extensión improcedente de la doctrina *rebus sic stantibus*, hasta el extremo de que a través de una revisión corregida se cubra enteramente el específico riesgo empresarial, supondría sustituir el principio de riesgo y ventura por el de mantenimiento del equilibrio económico financiero.

Del expediente se deduce también que no concurre otro de los elementos que la jurisprudencia viene exigiendo para la aplicación de la teoría de la imprevisión para reequilibrar las prestaciones, como es que la afectación a la economía del contrato haya sido muy grave, quedando aquélla “desbaratada” o rota, por un riesgo “desmesurado y patológico”, y que dicha afectación se considere en relación con el contrato en su conjunto y no únicamente con partes del mismo.

A tal efecto, cabe recordar que el precio de adjudicación del contrato respecto de los lotes reclamados fue de 164.485.452,58 €. Las contratistas afirman que los sobrecostes sufridos por la subida de los combustibles desde enero de 2021 a febrero 2022, que es el período reclamado hasta la fecha, ascendieron a 669.608,86 €, lo que supone apenas un 0,41% del precio del contrato en su conjunto. Parece evidente que dicho porcentaje no es susceptible de provocar una ruptura del equilibrio de las prestaciones y de la conmutatividad de las prestaciones, viniendo las contratistas obligadas a asumir el sobrecoste de la prestación del servicio, en virtud del principio de riesgo y ventura. Igual criterio fue seguido por este Consejo en los Dictámenes 152/2024 y 171/2024.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA. – El procedimiento de resarcimiento no es la vía de la responsabilidad contractual, al no apreciar el Consejo Jurídico la existencia de incumplimiento alguno imputable a la Administración contratante susceptible de causar el perjuicio por el que se reclama. Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, dada la escasa incidencia que los sobrecostes reclamados han tenido sobre la economía del conjunto del contrato, y no cabe acudir a la doctrina del riesgo imprevisible, en conexión con la cláusula *rebus sic stantibus*, para proceder a recomponer el equilibrio económico-financiero de este contrato.

No obstante, V.E. resolverá.