

CONSULTA

Posibilidad de resolver un contrato por mutuo acuerdo a causa del aumento del precio de los materiales

 **CONTRATACIÓN** 09/12/2021

Con la situación actual de incremento de precios de determinados bienes o productos, nos surge la duda sobre la forma de proceder en el caso de que un contrato, ya adjudicado por precio determinado, deviniera de imposible cumplimiento precisamente debido al incremento no previsto del precio de los materiales o suministros que constituyen su objeto.

Entendemos que cuando el incremento de precios excede cualquier previsión razonable, hasta el punto de romper el equilibrio económico del contrato, no sería posible entenderlo comprendido en el principio de riesgo y ventura del contratista.

Por otra parte, si entendiésemos que es aplicable la causa de resolución prevista en el art. 211.1.g) de la LCSP, la consecuencia sería que el Ayuntamiento tendría que abonar al contratista el 3% del contrato, ex art. 213.4, cuando realmente el incremento de precios del mercado es ajeno y, por tanto, no imputable a ninguna de las partes.

¿Existe alguna posibilidad de plantear la resolución por mutuo acuerdo?

RESOLUCIÓN

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 197 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) consagra el principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos: **«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».**

Es un principio ampliamente abordado por los órganos consultivos en materia de contratación, así, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, dijo lo siguiente:

|

«**La concreción de este principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato**, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato. Señala el Tribunal Supremo 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»** (STS de 20 de julio de 2016). Esta misma sentencia nos recuerda que 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.»

Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 11 de abril de 2019, en relación con la subida de precios de los materiales en un contrato de obras durante la pandemia provocada por el COVID-19, afirmó asimismo lo siguiente:

«**En el caso del contrato de obras, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista**, sin que a la Administración «le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir», por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. **La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor** -que no es el caso-. **En otros términos, el contratista está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor**. La referida regla de la construcción de la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que el adjudicatario se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece, pues, ajena a la suerte o desventura del contratista. Lo que sí hace la Administración es garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios (cuando resulte de aplicación) que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Lo expuesto no significa que la regla del riesgo y ventura del contratista no tenga sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. El contrato de obras está sujeto, como se ha indicado, al criterio general de la obligatoriedad. Y **la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes 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** (bouleversement, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración *factum principis*, bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor. **El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista**. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta los dictámenes más recientes, el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero **ello solo es posible cuando**, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, **el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado**, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual (dictámenes número 3.205/2003 de 20 de noviembre y 635/2005 de 5 de mayo). Es, por tanto, esta doctrina, la que ha de examinarse para su aplicación en este concreto supuesto. **El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando esta** (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 los mecanismos contractuales regulares** (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente). III.- En el caso objeto de consulta no puede concluirse que se haya producido esa quiebra. Como el Consejo de Estado ha mantenido en sus dictámenes números 953/2011, 954/2011, 64/2012, 65/2012, 169/2013, 267/2013, 370/2013, 716/2013, 568/2017 y 93/2019, entre otros, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no puede trasladarse sin más a otra construcción jurídica, la de la excesiva onerosidad, aplicable a las prestaciones caracterizadas por la conmutatividad contractual. El ordenamiento español nunca ha incorporado versiones de esta índole como otros cercanos que se orientan en esta línea. Pero aún en este planteamiento tampoco sería de aplicación ese límite (el de la excesiva onerosidad) cuando no se ha pretendido por el afectado, en el curso del periodo contractual de cumplimiento, medida alguna para hacer frente al mismo, cual podría haber sido la de suspensión de la obra (para poder realizar un acopio de materiales de modo más adecuado en su precio).

En el contrato de obra pública la obligación principal es la de ejecutar la misma, no la del suministro de materiales, y el precio no se fija por el de los materiales, sino por el de la realización de ese servicio (la obra). La conmutatividad de las prestaciones se mide en la correspondencia del precio al servicio, no a los materiales de que se provee quien lo presta. Y tampoco, en modo alguno, se ha puesto de manifiesto aquí por la contrata, ni por ninguno de los informes, que se haya incurrido en un posible enriquecimiento injusto. Procede observar que, si bien la empresa reclamante en el presente expediente aduce incrementos del precio de los materiales bituminosos durante el período de la ejecución de las obras, lo hace en abstracto, sin concretar las cantidades que efectivamente pagó por ellos, por lo que no está acreditada la entidad real exacta del perjuicio que en sus expectativas de beneficio produjo dicho incremento. **Tampoco es incuestionable que los citados incrementos de los precios de los ligantes fueran del todo imprevisibles habida cuenta de la tendencia previa a la licitación en la evolución de sus precios, lo cual habría aconsejado mayor diligencia en las correspondientes previsiones, si bien la contratista optó por realizar una baja muy significativa del precio en su oferta para conseguir la adjudicación, ajustando al máximo los márgenes hasta un punto en que difícilmente podía absorber eventuales desviaciones de precios de los materiales a emplear en la obra,** como parece que ocurrió en su caso. No obstante, ello no impide para que la contratista haya de estar al albur del principio de riesgo y ventura propio de los contratos de obras públicas. No se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreto, ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil. En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta, y es la Administración quien la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro modo, se subvertiría el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja se corregiría posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas. Por último, dado que el impacto aducido de la subida de precio de los materiales bituminosos empleados representa un 5,19% del presupuesto inicial según el cálculo del Consejo de Obras Públicas por los índices de subida de los ligantes que le constan oficialmente, inferior al 6% teórico de beneficio industrial, no puede concluirse que haya existido un desequilibrio grave en la economía del contrato que afecte de manera esencial el equilibrio económico-financiero de las obligaciones recíprocas asumidas por las partes, según las condiciones de la contratación administrativa. Cabe señalar asimismo que la empresa reclamante se benefició de la cláusula de revisión de precios prevista en el contrato. La compensación prevista como consecuencia de los índices de ligantes en el importe de la revisión de precios aplicable al contrato ascendió a la cantidad de 59.003,58 euros, lo cual vino a paliar en cierta medida el impacto de la subida de precios.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que no procede indemnizar en el caso presente. La construcción jurídica en que se fundamenta la reclamación atiende a una suerte de ponderación del grado de asunción del propio riesgo y ventura, valorando a la baja, el coste efectivo de materiales empleados. Pero ese criterio no se corresponde al acogido por la legislación de contratos públicos en vigor. Este tipo de reclamaciones solo cabría si quedase acreditada una concurrencia de circunstancias del tipo extraordinario que supone la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus; y no es posible extender, sin quebrar el espíritu y la letra de la ley, ese supuesto al de solo una onerosidad más elevada a la inicialmente prevista por la contratista. No se trata de reequilibrar económico-financieramente el contrato, sino de estar a lo pactado, la ejecución de una obra a riesgo y ventura de la contrata. Así las cosas, el Consejo de Estado considera que, en el caso sometido a consulta, no procede reconocer indemnización alguna a la contratista. Los incrementos de precios de los productos bituminosos en los términos en que se han dado en relación a las obras llevadas a cabo por PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S. A., deben ser soportados por la empresa contratista pues entran dentro de su riesgo y ventura.»

En definitiva, en el caso planteado en la consulta, subida generalizada del precio de los materiales de construcción, la LCSP no tiene previsiones de la alteración de la relación económica de las partes más allá de la revisión de precios (de preceptiva incorporación al pliego y con las limitaciones introducidas a raíz de la desindexación de la economía española) o, en su caso, del equilibrio económico del contrato en base al factum principis, ius variandi o fuerza mayor. Fuerza mayor que ha quedado encajada en los precisos supuestos establecidos en el artículo 239 de la LCSP: incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos (maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes), y destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Bien reciente tenemos una alteración sustancial de la economía de los contratos públicos provocada por la pandemia del Covid-19 y para la que la LCSP no tenía herramienta o dispositivos para hacer frente a ellos; solventándose manera temporal a través de medidas no siempre bien argumentadas y de difícil construcción jurídica.

En el supuesto planteado en la consulta, que consiste en una subida del precio de los materiales de construcción, que puede devenir en la inviabilidad económica de la ejecución de la obra, estamos anclados a las respuestas que la LCSP nos da para situaciones similares y que no aportan una solución al problema de origen y sus consecuencias: la inviabilidad de la obra.

Ya la Junta Consultiva del Contratación Pública del Estado, en su Informe 30/2020 se manifestó sobre la posibilidad de modificar un contrato de obras como consecuencia del aumento del transporte de arena desde Marruecos a España como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19; si bien hay que tener en cuenta que el artículo 34 RD Ley 8/2020 estableció medidas para paliar las consecuencias de esta pandemia en los contratos públicos; llegando este órgano consultivo a las siguientes conclusiones al respecto:

■

«1. **No es posible jurídicamente aplicar el concepto de fuerza mayor** contenido en el artículo 239.2 a) de la LCSP a los casos de incremento de coste de los materiales derivados de medidas dictadas para luchar contra el COVID-19.

2. **La aplicación del artículo 242.4 ii de la LCSP a un caso como el consultado será posible siempre y cuando se acredite por el órgano de contratación el respeto a los límites que el precepto establece.** La superación de estos límites, tal como parece que ocurriría en un caso como el presente, obligaría a calificar el supuesto como una modificación contractual.

3. **El cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 205.2 b) permitiría modificar el contrato por causa de un acontecimiento imprevisible para adaptarlo a las necesidades surgidas como consecuencia de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19, sólo en la medida en que sea necesario y durante el periodo de tiempo en que están medidas impidan volver al escenario previsto inicialmente en los pliegos.**

4. *No parece posible aplicar el instituto jurídico del factum principis.»*

Sin embargo, en nuestra opinión, y no obstante los numerosos comentarios que aparecen en los medios de comunicación y redes sociales sobre la inviabilidad del mantenimiento de los contratos públicos de obra ante la subida del precio de los materiales de construcción, y los globos sonda lanzados ante una inminente regulación normativa de esta circunstancia imprevisible, con los instrumentos que la LCSP establece para solventar incidencias en la ejecución del contrato no encontramos respuesta solvente que nos permita, siquiera, modificar el contrato, como dice la Junta Consultiva estatal basada en en el artículo 205.2 b) de la LCSP:

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

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

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

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

Sin embargo, para poder plantearnos la aplicación de este precepto a la cuestión que se suscita en la consulta, deberemos, en primer término, acudir al artículo 203.1 de la LCSP; que exige razones de interés público para modificar los contratos:

«1. 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.»

Así, y salvo medidas extraordinarias que se acometan desde el campo normativo, no le encontramos encaje a una modificación de los contratos de obras por la subida de los materiales dentro de ese interés público, que, por otra parte, debe modularse con el mencionado principio de riesgo y ventura.

Será ésta la misma dificultad que encontraremos para poder resolver el contrato de mutuo acuerdo ex artículo 211.1 c) de la LCSP, ya que el artículo 212.4 de la LCSP exige que «4. La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y *siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*»

Ahora bien, lo mismo que el interés público se exige para modificar los contratos sin que, a nuestro juicio, podamos justificarlo incrementando el precio de un contrato a sabiendas de que sería posible que otros licitadores participantes en la licitación llevada a cabo en su día, que no resultaron adjudicatarios, pudieran ahora estar en condiciones de ejecutarlo en base a esta modificación a un menor precio. Sin embargo, parece que cabría justificar el interés público en el supuesto de la resolución de mutuo acuerdo, ya que aquí podríamos justificarlo por el interés de finiquitar un contrato que tiene visos de, o bien no concluir en plazo, o bien resolverse con perjuicios de retraso en la ejecución.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, lo que el legislador quiere impedir mediante una resolución pactada entre contratista y Administración, es que se lleven a cabo «transacciones solapadas» bien en interés del contratista (Dictámenes del Consejo de Estado N° 55.008/1990, de 14 de julio; N° 50.571/1987, de 21 de mayo; y N° 40.190/1975, de 4 de diciembre) que tengan como fin «sanar el incumplimiento del contratista, o liberarle de las consecuencias onerosas que de él pudieran seguirse». Es por ello que, lo que se exige para llevar a cabo este tipo de resolución, es tanto que no exista causa de resolución imputable al contratista como que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su recomendación de 6 de mayo de 1997, decía lo siguiente «A efectos de los acuerdos de resolución de los contratos deberá tenerse en cuenta por los órganos de contratación que **el mutuo acuerdo exige necesariamente, como requisito previo, que no se haya producido ningún incumplimiento de sus obligaciones por parte de los contratistas, ni tampoco concurra ninguna de la otras posibles causas a ellos imputables.**». Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón, en su informe 8/2013 recordaba que «No hay que olvidar que la resolución por mutuo acuerdo se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como una causa de resolución que **no legitima el libre pacto entre las partes en cualquier circunstancia**; sino que está sometida a la concurrencia de los siguientes requisitos: que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria e inconveniente la permanencia del contrato.»

No obstante todo lo anterior, y en tanto puedan arbitrarse medidas legales para resolver el problema de la ejecución de contratos «vivos» afectados por esta subida importante de los materiales de construcción, estimamos viable la posibilidad de resolver de mutuo acuerdo este concreto contrato de obras.

CONCLUSIONES

Primera. El artículo 197 de la LCSP consagra el **principio de riesgo y ventura de los contratos administrativos**, de tal manera que, como afirmó el Tribunal Supremo en la sentencia arriba mencionada, *«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.»*

Segunda. Más allá de ese principio de riesgo y ventura aplicable a todos los contratos públicos, consideramos que **la LCSP no tiene herramientas para solventar la situación descrita en la consulta; como tampoco las tenía ante la situación provocada en dichos contratos por el COVID-19; siendo necesario entonces el establecimiento de medidas excepcionales contenidas, entre otros, en el artículo 34 del RD Ley 8/2020.**

Tercera. Consideramos que **ni la modificación del contrato ni la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o la teoría del riesgo imprevisible serían de aplicación a este contrato de obras.**

Cuarta. Si bien **la resolución de mutuo acuerdo exige razones de interés público, no encontramos descabellado considerar como tal la defensa de la buena ejecución de una obra, que con los precios adjudicados en su día se hace hoy inviable.**

Salvo mejor criterio fundado en Derecho.