SdP
ESTUDIO LEGAL

Alerta Legal

01 Abril
2024

Comentario al Informe 6/2024, de 14 de marzo, sobre la aplicabilidad de la doctrina del riesgo imprevisible para restablecer el equilibrio económico de contratos de servicios por el incremento sobrevenido de las retribuciones de los trabajadores por modificación en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato.

La Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía ha emitido el Informe 6/2024, de 14 de marzo, en respuesta a la consulta de la Confederación Empresarial de la provincia de Almería ("ASEMPAL") y la Diputación, sobre la aplicabilidad de la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la del *"rebus sic stantibus"*, para restablecer el equilibrio económico de contratos de servicios intensivos en mano de obra, como consecuencia del incremento sobrevenido de las condiciones salariales de los trabajadores por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público.

01. Antecedentes

El Informe nº 6/2024, de 14 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía tiene por objeto la consulta planteada por ASEMPAL junto con la Diputación de Almería, relativa a la posibilidad de restablecer el equilibrio económico de aquellos contratos que, encontrándose en ejecución, han sufrido una serie de circunstancias imprevistas e imprevisibles que han ocasionado la subida exponencial de las condiciones salariales de sus trabajadores debido a la modificación del convenio colectivo aplicable y, en consecuencia, deviene imposible la continuación de la prestación con los precios establecidos en los Pliegos.

ASEMPAL y la Diputación de Almería contextualizan su consulta en la incidencia que la guerra de Ucrania ha tenido sobre la economía en general y sobre los precios en particular, en el mercado europeo y español.

Esta situación geopolítica ha dado lugar a una subida imprevista e imprevisible de las retribuciones del personal de seguridad y de servicios auxiliares, entre otros servicios de mano de obra intensiva, en los convenios colectivos de aplicación, llegando al extremo de imposibilitar la prestación del servicio si no se adoptan medidas que atenúen dicho impacto en la economía del contrato.

Dada la naturaleza de contrato de servicios, en los Pliegos que rigen su ejecución no se prevé cláusula alguna de revisión de precios, lo que provoca que ASEMPAL y la Diputación almeriense planteen la posibilidad de acudir a la causa de fuerza mayor recogida en el artículo 1.105 del Código Civil, o a la doctrina del riesgo imprevisible para dar solución a la grave situación a la que se enfrentan los contratistas de servicios.

En apoyo de sus pretensiones, las referidas entidades aportan una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo en los cuales se analiza la aplicación de la fuerza mayor o la doctrina del riesgo imprevisible en contratos similares.

Respecto de la fuerza mayor, citan la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), sección 3ª, de 31 de mayo de 2022, nº 644/2022 (rec. 2809/2020) que establece que:

> *"Así, la situación de la guerra de Ucrania, que da pie a la subida de precios anómala y exorbitada, es un acontecimiento cuyos efectos se están produciendo ahora.*
>
> *Es ajena a la voluntad de las partes, siendo imprevisible, ni que decir tiene que no puede afectarle la categoría de previsto y evitable.*
>
> *(...) Es por ello que, dándose las circunstancias, y toda vez que las mismas dan lugar a la existencia de pérdida, como se indicará en el punto siguiente, la existencia de una indemnización para compensar las mismas, y restablecer el equilibrio económico, debe ser estimada".*

En cuanto a la doctrina del riesgo imprevisible, destacan la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), sección 3ª, de 12 de diciembre de 1979, nº 2291/1979, pues recoge varias cuestiones aplicables a la situación planteada por ASEMPAL y la Diputación. De esta forma, el Alto Tribunal expuso que:

> *"(...) las relaciones administrativas y administrado se ven influenciadas y teñidas por la "equidad y la buena fe", que exigen mitigar esa excesiva onerosidad de las prestaciones del administrado cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios e inéditos así lo exigen y que solo pueden corregirse por el imperio de la equidad, de la buena fe y, en especial, por la justicia, doctrina que puede ser predicable del otro remedio corrector de la agravación de la prestación o prestaciones del deudor por acuerdos sobrevenidos a la celebración del contrato, independientes del mismo y, al mismo tiempo, imprevisibles, es decir, del "riesgo imprevisible" o de la teoría de la "imprevisión"; pues ambos remedios no vienen a ser más que dos caras de una misma cosa, viniendo a ser dos concepciones dogmáticas que operan en una misma línea, y en muchos casos sobre supuestos análogos, pero cuyos fundamentos, límites y zonas de actuación en el campo del derecho no siempre, coinciden, exigiéndose para su viabilidad las imprevisibilidades del hecho, suceso o circunstancia que ocasiona la mayor onerosidad, ya que si estaba previsto o era previsible, se entiende que el deudor contrató el riesgo, debiendo existir la posibilidad del cumplimiento del contrato en cuestión, aunque se agrava mucho la prestación del deudor, no bastando el simple quebranto en los beneficios del deudor es preciso que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso para el deudor o, incluso ruinoso por causas extrañas y exteriores al propio contrato, lo que, en terminología francesa se llamó "bouleversement", debiendo, por último, cumplirse el contrato a pesar de la onerosidad de la prestación o dificultades de su ejecución (...)."*

En dicho contexto, el Tribunal Supremo otorgó al contratista la compensación solicitada como consecuencia de las causas excepcionales e imprevisibles que tuvo que soportar.

Así las cosas, ASEMPAL plantea su consulta en los siguientes términos:

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

Por su parte, la Diputación realiza su planteamiento a través de dos cuestiones:

> *"1.- Si sería posible considerar en estos casos la existencia de fuerza mayor o aplicar a estos contratos la doctrina de riesgo imprevisible enlazada con la cláusula rebus sic stantibus, como medios extraordinarios para restablecer el equilibrio financiero del contrato, incrementando para ello el precio de estos contratos en el % incrementado por los convenios colectivos de aplicación.*
>
> *2.- En caso de ser posible, si ese incremento podría realizarse en contratos formalizados recientemente".*

02. Pronunciamiento de la Comisión Consultiva de ContrataciónPúblicva de Andalucía

Como es bien sabido, la Comisión Consultiva resuelve sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, sin que pueda pronunciarse sobre casos concretos salvo los referidos en 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 ello, la cuestión sobre la que se pronunciará versará sobre:

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

Partiendo de dicha premisa, la Comisión Consultiva comienza su Informe con un breve excursus sobre el principio de riesgo y ventura, principio rector de la contratación pública.

Dicho principio conlleva dos consecuencias evidentes: (i) la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas y (ii) la atribución al contratista del riesgo y ventura que pueda ocasionar la ejecución del contrato.

Sin perjuicio de lo expuesto, existe una serie tasada de excepciones a este principio en supuestos en los 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, pero sólo cuando se haya producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración, o por hechos que excedan de la normal alea del contrato por ser reconducibles a lo conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Con todo ello, la Comisión Consultiva opta por descartar el recurso a la fuerza mayor puesto que interpreta que la subida imprevista e imprevisible de las retribuciones del personal en los convenios colectivos no se pueden asimilar a ninguna de las causas tasadas en el artículo 239 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, "LCSP").

Por su parte, respecto de la doctrina del riesgo imprevisible, la Comisión trae a colación que dicha teoría, si bien no se encontraría regulada en la LCSP, ha sido admitida por la jurisprudencia aunque con criterios restrictivos para evitar desvirtuar el principio de riesgo y ventura anteriormente citado.

Asimismo, su aplicación vendría avalada por el Consejo de Estado, quien aplicó esta doctrina en los Dictámenes 93/2019, de 28 de febrero y el 243/2019, de 11 de abril, "cuando se produce una quiebra total del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista".

A mayor abundamiento, se destaca el Informe 13/2023, de 18 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la doctrina del riesgo imprevisible, que cita las circunstancias que deben de darse para poder aplicar esta doctrina:

- *"Que los riesgos fueran razonablemente imprevisibles. (...) aludiendo al concepto de imprevisibilidad (...) 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.*
- *Que los sucesos tengan entidad suficiente para alterar gravemente la prestación debida por el contratista. (...) Es decir, un riesgo que no sea normal "sino patológico y desmesurado", un riesgo completamente excepcional que "desbarata" la ecuación financiera del contrato.*
- *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."*

En similares términos, se han pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su Informe 6/2022, de 8 de julio, respecto de un contrato de servicios; la Junta de Contratación Pública de Navarra en su Informe 5/2022; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 3/2023; o la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña en su Informe 20/2023, de 19 de julio.

Expuestas las anteriores consideraciones y descendiendo a la consulta planteada, la Comisión Consultiva recuerda el criterio contenido en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, en la que se consideraba que:

> *"la negociación de un nuevo convenio colectivo es un acontecimiento previsible para el órgano de contratación, y que por tanto, el incremento de los costes de la mano de obra derivados del mismo forma parte del alea normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del contrato que el contratista debe soportar".*

No obstante, dicha recomendación se elaboró con carácter previo a las circunstancias imprevistas e imprevisibles en las que se plantea la consulta por parte de ASEMPAL y de la Diputación.

De esta forma, la Comisión Consultiva dispone que a fin de determinar si tiene cabida la doctrina del riesgo imprevisible para compensar la alteración de la prestación debida por el contratista ha de examinarse dos cuestiones relevantes:

1.- Que el incremento en los gastos de personal que asume el contratista en relación con los trabajadores que forman parte de su plantilla y que intervienen en la ejecución del contrato, puede ser calificado de "alteración muy notable" del equilibrio económico y contractual existente en el momento de celebrar el contrato.

2.- La determinación de la imprevisibilidad del hecho causante.

Dada la casuística de estos supuestos, la Comisión Consultiva se pronuncia estableciendo que:

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

Hecha esta afirmación, la Comisión continúa su Informe advirtiendo de los posibles peligros a los que pueden enfrentarse los contratistas por la posible disparidad de criterios utilizados por las entidades contratantes, dada la casuística de cada uno de los casos que puedan darse.

En base a ello, resalta la necesidad de que se lleven a cabo modificaciones normativas que contemplen instrumentos o herramientas de carácter legal que amparen esta situación de desconcierto e imprevisibilidad a la que se enfrentan los contratistas de servicios de mano de obra intensiva, entre otros casos.

En apoyo de sus afirmaciones, cita a la Estrategia Nacional de Contratación Pública aprobada por la OiRESCON en diciembre de 2022, en la cual se puso de manifiesto la imperiosa necesidad de resolver estas controversias; así como la iniciativa del Grupo Parlamentario Vasco que incluía una medida normativa para paliar los efectos del mencionado desequilibrio económico para su inclusión en el Proyecto de Ley.

Con todo ello, la Comisión Consultiva finaliza su Informe con las siguientes conclusiones:

- Ha de descartarse la aplicación de la fuerza mayor por no resultar de aplicación a la casuística expresada por ASEMPAL y por Diputación.

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

- La aplicación de esta doctrina ha de analizarse de manera individualizada, pues el órgano de contratación concreto habrá de analizar las circunstancias concurrentes, determinando éste la procedencia o no de su aplicación.

- Bajo el criterio de esta Comisión, urge la necesidad de acometer cambios normativos que contemplen instrumentos legales con límites objetivos predefinidos para dar amparo a los contratistas de servicios que padecen graves perjuicios por circunstancias imprevisibles, no atribuibles a su actuación.