



Informe 3/2019, de 10 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Consecuencias de la subida del SMI en los contratos en ejecución

I. ANTECEDENTES

El Excmo. Alcalde de Binéfar se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de fecha 26 de junio de 2019 del siguiente tenor:

«Se plantea a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, si el incremento del salario mínimo interprofesional para el año 2019, aprobado por Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, constituye un factor extraordinario que pueda motivar una modificación contractual por haber producido una “suerte de desequilibrio económico contractual”.

También se plantea a la Junta Consultiva de Contratación de Aragón si podría aplicarse, por analogía, la previsión de los artículos 270.4.a) y 290.6.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; es decir, la posibilidad de renuncia al contrato por parte del contratista, sin indemnización, cuando el incremento de costes supere el 5% del valor neto de la cifra de negocio por el periodo que reste hasta la conclusión del contrato, y mantenimiento del contrato sin compensación si no alcanza ese porcentaje»

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 10 de octubre de 2019, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

El Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Binéfar es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación



Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón

En cuanto a la competencia de la Junta respecto al informe solicitado, el citado Reglamento, en su artículo 3.2, dispone que corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón «*informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa*». En el ejercicio de este cometido, la Junta debe resolver consultas de carácter general en relación con la interpretación y análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, si bien no puede entrar a valorar expedientes concretos de contratación, ni suplir, por vía de informe, las funciones que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

La consulta planteada por el Ayuntamiento de la Villa de Binéfar comporta el análisis e interpretación de la normativa de contratación a la hora de valorar el impacto de la subida del Salario Mínimo Interprofesional (en adelante, SMI) en aquellos contratos que se encuentran en ejecución y se formula en términos de generalidad, por lo que resulta pertinente la emisión del presente informe.

II. Los principios de riesgo y ventura y pacta sunt servanda.

El artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) consagra el principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos. Este principio supone, como explica el Tribunal Supremo en su sentencia 1868/2018, de 20 de julio, que «*en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución*».

En sentido similar, la sentencia 6531/2009, de 27 de octubre, declaró que «*como señalan las Sentencias de 14 de mayo (RJ 2001, 4478) y 22 de noviembre de 2001 (RJ*



2001, 9727), *“el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica que, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización.»*

Como se deduce de su jurisprudencia, a juicio del Tribunal Supremo, este principio de riesgo y ventura posee de forma intrínseca un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, de modo que la frustración de las expectativas económicas que pudiera albergar el adjudicatario al formalizar el contrato no le dispensan de cumplir lo pactado y, corolario de ello, tampoco le habilitan para apartarse del vínculo contractual o reclamar su modificación contractual.

Junto al principio de riesgo y ventura aparece asociado el principio de *«pacta sunt servanda»*. El principio *«pacta sunt servanda»* resulta aplicable con carácter general a todos los contratos como se desprende de los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, contando con una consagración expresa en el ámbito de los contratos públicos en el artículo 189 de la LCSP. De forma reiterada y en paralelo a la doctrina mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (a partir de ahora, TACPA) ha venido declarando que los pliegos una vez firmes constituyen la *«lex contractus»*, quedando vinculados a ellos las ofertas que se presenten. Véase, a este respecto, los acuerdos 13/2019, de 31 de enero, o 134/2018, de 27 de diciembre, entre otros muchos.

Tal y como expone el TACRC en su resolución 299/2011, de 7 de diciembre, citada de forma recurrente en otras posteriores, *«los pliegos constituyen ley del contrato como*



expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982)». Hay que tener presente que la oferta es parte de los pliegos -acuerdo 72/2016 del TACPA, de 14 de julio-, de modo que los compromisos reflejados en la misma también forman parte de la Ley del contrato, en los términos de la doctrina anteriormente expuesta.

El juego combinado de estos dos principios supone que el adjudicatario debe cumplir durante la ejecución del contrato con el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y con el de su propia oferta, no pudiendo apartarse de lo acordado incluso si ve defraudadas las expectativas que albergaba al participar en la licitación. No obstante, esta regla general tiene varias excepciones como el mismo artículo 197 de la LCSP reconoce expresamente al apartar de ella a los contratos de obra, incluidos los de concesión, cuando concurra una causa de fuerza de mayor. Aunque no aparecen consignadas en el propio precepto, hay otras excepciones al principio de riesgo y ventura pueden inferirse de la lectura conjunta de la LCSP. En los contratos de concesión, tanto de obras como de servicios, los artículos 270 y 290 prevén el mantenimiento del equilibrio contractual como contrapeso a la traslación del riesgo operacional al concesionario. Asimismo, la revisión de precios, aplicable en principio a todo contrato independientemente de su tipología contractual, está configurada en los artículos 103, 104 y 105 de la LCSP como un mecanismo general de reasignación de riesgos.

III. El concepto de fuerza mayor.

La fuerza mayor es un concepto jurídico indeterminado, de modo que la LCSP no contiene una descripción precisa de él, con vistas a su ulterior concreción en la práctica real. No obstante, el apartado segundo del artículo 239 de la LCSP recoge sin ánimo exhaustivo y a mero título ejemplificativo un conjunto de situaciones en las que Ley presume que ha ocurrido, *iure et iure*, un acontecimiento fuerza mayor: los incendios causados por la electricidad atmosférica; los fenómenos naturales de efectos



catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Aunque una enumeración no constituye ni es equiparable a una definición, la muestra escogida permite inferir qué clase de hechos resultan incardinables dentro de la noción de fuerza mayor usada por la LCSP.

A este respecto, la jurisprudencia, entre otras, la sentencia 3894/1999, de 2 de junio, del Tribunal Supremo caracteriza la fuerza mayor como *«un suceso excluyente, insólito y extraordinario, imprevisible, en principio, cuya concurrencia hubiera roto el nexo de casualidad»* y que *«debe quedar ceñido a aquel suceso que éste fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable»*. A mayor abundamiento, la sentencia 1807/2008, del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2008, ponía de manifiesto que *«la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse»*. Por su parte, la sentencia 6531/2009, de 27 de octubre, precisa que para determinar los casos de aplicación *«debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo»*.

Ninguno de los rasgos subrayados por el Tribunal Supremo ni los fenómenos enumerados en el artículo 239 de la LCSP encajan con una modificación al alza del SMI. El artículo 27 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, faculta al Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas, para determinar la cuantía correspondiente al SMI tomando de referencia el índice de precios de consumo, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general. Aunque el SMI se actualiza con carácter anual, el artículo admite la posibilidad de revisarlo semestralmente en el caso de no cumplirse las previsiones respecto al IPC.



Teniendo en cuenta el carácter periódico de la actualización, no puede calificarse de un hecho insólito o que no se pueda prever antes de la celebración del contrato.

En consecuencia, el supuesto objeto de consulta no resulta incardinable dentro del concepto de fuerza mayor.

IV. La revisión de precios.

Como puede inferirse de la lectura de los artículos 103 y siguientes de la LCSP, la figura de la revisión de precios se halla severamente limitada en comparación a la amplitud con la que estaba configurada antes de la entrada en vigor de la disposición adicional octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. Conforme al régimen actual, si no se justifica previamente la revisión de los precios y se incluye en los pliegos, no cabe ulteriormente llevarla a cabo.

En cualquier caso, incluso en aquellos casos donde sí se haya previsto en los pliegos, *«en la actual legislación de contratos públicos la revisión de precios está notablemente limitada, en la mayoría de los contratos de servicios, a los supuestos de revisión periódica y predeterminada. Sólo en los casos excepcionales del apartado 2 del artículo 19 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos. Por lo tanto, en la mayor parte de los contratos de servicios la revisión de precios no está contemplada como un sistema que pueda solventar una eventual situación de incremento de los costes salariales como consecuencia del cambio de un convenio colectivo. A ello hay que añadir que la propia legislación contractual limita, en los supuestos en que sea posible, la posibilidad de revisión de los costes salariales, excluyéndolos en general de esta posibilidad (art. 103 de la LCSP y 7 del RD de desarrollo de la Ley de Desindexación de la Economía Española)»* (recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018).

El artículo 103.2 de la LCSP indica que los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto. Teniendo en cuenta que la duración máxima establecida por el artículo 29.4 de



la LCSP para los contratos de servicios es de 5 años, salvo que de forma excepcional sea necesaria una duración superior para recuperar la inversión en los términos fijados en el mismo precepto de la LCSP, y que la tendencia preconizada por las Directivas y la LCSP es a reducir la duración de los contratos, con el objetivo de abrir a la concurrencia competitiva los contratos con mayor frecuencia, serán residuales los contratos de servicios que puedan beneficiarse de la revisión de precios en relación con los costes derivados del gasto en personal.

Asimismo, la compensación a través de la revisión de precios tiene un importante límite cuantitativo. El artículo 5 de Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, fija como techo para la repercusión del aumento de los costes de mano de obra el incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las leyes de presupuestos generales del Estado. Todas estas trabas cierran de facto la puerta a emplear la revisión de precios como fórmula de compensación de las subidas del SMI.

V. Modificación del contrato

En contraste con la revisión de precios, cuyo régimen es aplicable a todos los entes del sector público sin distinción, la regulación de la LCSP acerca de la modificación de los contratos se ve afectada por la distinción entre los contratos administrativos y privados de los artículos 25 y 26 de la LCSP, limitando su alcance a los contratos armonizados y a los celebrados por Administración Pública. El resto de contratos se rigen en cuanto a su modificación por lo establecido desde el Derecho privado con carácter general.

La recomendación de la JCCP del Estado, de 10 de diciembre de 2018, explica que *«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»*. Coincide con esta visión, la sentencia 1823/2017, del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre, cuando dice que *«las "modificaciones no previstas" a las que se refiere el artículo 107 reseñado, se ciñen a las "prestaciones" o "actuaciones" objeto del proyecto modificado, y no al precio o coste de tales prestaciones o actuaciones, o en otras palabras, que lo que regula el precepto son modificaciones de las prestaciones que tiene que llevar a cabo el contratista para la Administración y no otra cosa, sin que quepa*



incluir en este concepto el precio o coste de determinada actuación o prestación prevista no en el proyecto modificado, sino en el proyecto original previo al proyecto modificado».

Partiendo de este punto de vista, carece de sentido examinar la regulación de las modificaciones en la LCSP, pues una modificación que afecte a los costes salariales sería una revisión de precios en el fondo y prevalece el régimen particular de la revisión de precios.

VI. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato

El mantenimiento del equilibrio económico del contrato es un mecanismo previsto específicamente para los contratos de concesión contemplado en los artículos 270 y 290 de la LCSP. Su existencia representa una contrapartida a la traslación del riesgo operacional inherente a esta modalidad contractual. De acuerdo con estos preceptos, solo hay tres supuestos donde cabe acudir a esta figura por haberse alterado la economía del contrato.

La primera de estas situaciones deriva del ejercicio del «*ius variandi*» y puede descartarse su concurrencia por lo ya explicado en relación a la revisión de precios y la modificación de los contratos. Una modificación que afectara a los costes salariales constituiría una revisión de precios encubierta y las posibilidades de proceder a una revisión de precios en los contratos de servicios resultan muy limitadas conforme al régimen marcado en la LCSP.

La segunda está ligada a la doctrina del «*factum principis*». El Consejo de Estado en su dictamen de 3 de noviembre de 1948, expediente 3.725, cuyo criterio en lo esencial se mantiene hasta la actualidad, exigía dos requisitos que no se cumplirían en relación a la subida del SMI: «1º Que se trate de un “acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución de los contratos”, esto es, debe haber una “relación directa de causalidad” entre la disposición administrativa y la elevación de costes, pues el “*factum principis*” debe ser la “causa y no la ocasión” del aumento, por lo que no es operante cuando se trata de “disposiciones de carácter general y universal” que solo de manera indirecta generan el aumento de costes; y 2º Que el daño causado por el “*factum principis*” sea especial, excluyéndose, pues, las medidas de carácter absolutamente general cuyas consecuencias deben ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad, por lo que librar de ellas al contratante sería tanto como privilegiarlo respecto a los demás agentes económicos privados». La subida del SMI se aprueba por



una disposición de carácter general y al faltar esta nota, hace prescindible un análisis más detallado de la doctrina.

Por último, el tercer supuesto habilitante es la presencia de circunstancias calificables de hecho impredecible o fuerza mayor que impliquen una ruptura sustancial de la economía del contrato. A este respecto, cabe remitirse a los razonamientos expuestos en relación a la fuerza mayor. A mayor abundamiento, merece la pena traer a colación el informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 18/2012, de 19 de septiembre, en el que se explicaba que *«para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste (vid Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7ª de la Sala 3ª en el Recurso núm. 8602/1995, de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992, ambas de la misma Sala y Sección). Y es que, como afirma la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, “el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante —pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder”».*

En definitiva, no parece que una subida del SMI entre dentro de los presupuestos habilitantes para aplicar los artículos 270 y 290 de la LCSP, que igualmente estarían circunscritos solamente a los contratos de concesión, no pudiendo beneficiarse de ellos otras modalidades contractuales de tipo no concesional.

VII. Posibilidad de renuncia

Igualmente, cabe rechazar la extensión de la cláusula de progreso normativo, contemplada por los artículos 270.4 y 290.6 de la LCSP, a los efectos de aplicarla en relación a otras tipologías contractuales. Esta cláusula permite desistir del contrato a los adjudicatarios, cuando el contrato devenga extraordinariamente oneroso al concesionario, como consecuencia de la aprobación de una disposición general por una



Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización. Se trata de una particularidad de los contratos de tipo concesional, de modo que la diferencia respecto a las demás categorías contractuales existentes. Si se aplica una particularidad a la generalidad de los contratos de forma analógica, se está vaciando de sus características propias a la concesión, desvirtuando la propia figura. En este sentido, el Consejo de Estado en dictámenes como el 370/2013, de 20 de junio de 2013, o el 669/2014, de 10 de julio de 2014, se ha posicionado en contra de realizar interpretaciones extensivas.

En aquellos casos en los que la elevación del SMI impida al contratista seguir haciendo cargo del contrato y se cumplan con los umbrales dispuestos por la letra g) del artículo 211.1 de la LCSP, podrá resolver el contrato, representando esta una opción viable para la totalidad de los contratos, a diferencia de la cláusula de progreso normativa, restringida a los contratos de concesión.

III. CONCLUSIONES

I.- Los principios de riesgo ventura y *pacta sunt servanda* presiden la ejecución de los contratos, no pudiendo apartarse de los mismos los adjudicatarios salvo en los supuestos excepcionales reconocidos en la legislación.

II.- Por gravosa que pueda llegar a resultar una subida del SMI para los adjudicatarios, no puede calificarse como un riesgo imprevisible en los términos fijados por la jurisprudencia en relación al concepto de fuerza mayor.

III.- La revisión de precios en relación a los costes de mano de obra está severamente limitada en el actual régimen de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, por lo que serán muy pocos los supuestos que puedan llegar a beneficiarse de la misma para compensar eventuales subidas del SMI.



IV.- Las modificaciones de los contratos que afecten a los costes salariales, deben considerarse como revisiones de precio encubiertas, quedando sujetas a su régimen particular, en vez de al de los artículos 203 y siguientes.

V.- El mantenimiento del equilibrio económico del contrato es un mecanismo previsto específicamente para los contratos de tipo concesional que lo singulariza frente a los demás tipos de contratos, por lo que no cabe su extensión de forma analógica a otras categorías contractuales.

VI.- No cabe una interpretación analógica y extensiva de los artículos 270.4.a y 290.6.a de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, a los contratos no concesionales. En aquellos casos en los que la elevación del SMI resulte inasumible para el contratista y se alcancen los umbrales fijados por el artículo 211.1.g de Ley, la resolución constituye el cauce más adecuado en términos jurídicos.

Informe 3/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 10 de octubre de 2019.

EL PRESIDENTE

P.S. LA PRESIDENTA SUPLENTE

*(Orden de 16 de septiembre de 2019 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

M^a Josefa Aguado Orta