ÓRGANOS CONSULTIVOS

Dictamen del Consejo de Estado del 11 de abril de 2019, Núm. 243/2019

Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: "Conservación del firme. Refuerzo y conservación superficial con mezcla bituminosa en caliente, en capa desdada. A-7 (punto kilométrico 926,400), V-30 (punto kilométrico 0 al 17) y acceso al Puerto de Valencia (punto kilométrico 0 al 1,275)". Provincia de Valencia.

Órgano: Consejo de Estado

Tipo de pronunciamiento: Dictamen

Número: 243/2019

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 11 de abril de 2019, , emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen: "En cumplimiento de la Orden de V. E. de 18 de marzo de 2019, con registro de entrada el día siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a la reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras "Conservación del firme. Refuerzo y conservación superficial con mezcla bituminosa en caliente, en capa desdada. A-7 (p. k. 926,400), V-30 (p. k. 0,000 al 17,000) y acceso al Puerto de Valencia (p. k. 0,000 al 1,275). Provincia de Valencia".

De antecedentes resulta:

Primero.- Por Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación publicada en el BOE de 16 de abril de 2005, se anunció la licitación del contrato de obras "Conservación del firme. Refuerzo y conservación superficial con mezcla bituminosa en caliente, en capa desdada. A-7 (p. k. 926,400), V-30 (p. k. 0,000 al 17,000) y acceso al Puerto de Valencia (p.k. 0,000 al 1,275)". La fecha límite para presentación de proposiciones se estableció el 31 de mayo de 2005.

Once empresas presentaron ofertas con una baja media del 8,43%, de las cuales seis lo hicieron con una baja inferior al 10%.

El contrato fue adjudicado por Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación el 30 de agosto de 2005 a la entidad PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S. A., por un importe de 2.257.958,00 euros, sobre un presupuesto de ejecución por contrata de 2.666.137,04 euros, con un coeficiente de adjudicación de 0,84690245329, lo que equivale a que su baja fue del 15,31%. En la licitación se consideró baja temeraria a partir del 18,23%. El plazo de ejecución se fijó en doce meses y se previó la fórmula de revisión de precios nº 43.

El 30 de septiembre de 2005 se firmó el contrato de las obras y con fecha 3 de octubre de 2005 se firmó el acta de comprobación del replanteo, autorizándose el comienzo de las obras. Según el contratista los trabajos se iniciaron el 14 de noviembre de 2005.

La recepción de las obras tuvo lugar el 24 de mayo de 2007. Con fecha 21 de agosto de 2007 se aprobó técnicamente la certificación final de las obras que, con data 5 de octubre de 2007, se aprobó económicamente por una valoración final de 2.603.536,43 euros, incluyendo un adicional por obra de 216.312,38 euros, y otro adicional por revisión de precios de 129.266,05 euros, con un saldo en contra del Estado de 305.578,43 euros.

A fecha 22 de julio de 2016 se aprobó económicamente la liquidación de las obras con una valoración de 2.603.536,56 euros y un saldo en contra del Estado de 0,13 euros.

Segundo.- El 23 de octubre de 2007 D. ..... , actuando en nombre y representación de PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S. A., presentó escrito en solicitud de indemnización al objeto de restablecer el equilibrio económico del contrato de obras de referencia.

Fundaba su pretensión en que durante el período de ejecución de dichas obras (desde noviembre de 2005 a diciembre de 2006) se había producido un imprevisto e imprevisible aumento en los precios de los ligantes empleados, acompañando a tal efecto un documento con una relación por meses de las subidas experimentadas por los productos asfálticos (betún y emulsión). Señalaba que, a tenor de las cantidades de betún y emulsión empleadas en la obra, según relación adjunta con las fechas de su empleo de acuerdo con lo reflejado en las certificaciones mensuales de obra, existía una diferencia entre su importe a precios de fecha de licitación y a precios del mes de empleo de 194.013,63 euros. 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. En consecuencia, solicitaba una indemnización por el importe de la diferencia entre dichas cantidades, es decir 135.010,05 euros, representativo del desequilibrio económico experimentado por el contrato durante su ejecución como consecuencia de las elevaciones de los precios de los productos asfálticos.

Como fundamentos jurídicos de la reclamación se invocaba la doctrina del riesgo imprevisible en la ejecución de los contratos administrativos, que consideraba aplicable al caso por las circunstancias concurrentes expuestas.

Concluye el escrito de reclamación manifestando que el efecto del aumento de los precios de los ligantes empleados en la ejecución de las obras supuso una influencia del 5,46% sobre el presupuesto total del contrato. Esto ha significado una minoración significativa y de estimable trascendencia económica en el beneficio industrial de la contratista, de 135.010,05 euros, lo que representa un 90,94% del beneficio económico esperado.

Tercero.- A requerimiento de la Dirección General de Carreteras en tanto que órgano instructor del presente expediente, la Demarcación de Carreteras del Estado en la Comunidad Valenciana remitió el 1 de febrero de 2008 informe del director de las obras. Hacía constar que no hubo ninguna modificación del proyecto aprobado y que se tramitó y aprobó una prórroga de un mes a petición del contratista. Todos los pagos correspondientes a certificación de obra y liquidación con revisión de precios fueron abonados al contratista. Asimismo se indicaban los precios de los productos bituminosos contemplados en el proyecto, señalando que se trataba de precios de ejecución material, a los cuales se les habían de aplicar los conceptos de gastos generales (17%), beneficio industrial (6%), baja (15,31%) e IVA (16%).

En relación a la evolución del precio de los productos bituminosos a lo largo de la obra indicaba que los desconocía con exactitud pero que "nos llegaron comentarios de diferentes contratistas en el sentido de que se habían producido aumentos muy considerables de estos productos y poco justificados con la evolución del precio del crudo".

"Al solo disponer de datos facilitados por el propio contratista", entiende que "si de los datos que dispone la Administración, vía Ministerio de Economía y Hacienda, son razonables los suministrados por el reclamante y su argumentación jurídica es correcta, procede atender a la reclamación".

Se pidió posteriormente al contratista información que avalara su reclamación y envió una relación elaborada por BP sobre las variaciones mensuales en la base imponible de los precios del betún convencional y modificado desde enero de 2003 a marzo de 2011.

En un nuevo informe de la Demarcación de Carreteras del Estado en la Comunidad Valenciana, se indica que "la validez de este último documento es cuestionable y existen otros suministradores cuyos precios desconocemos".

Cuarto.- La Subdirección General de Conservación de la Dirección General de Carreteras ha elaborado un informe sobre la reclamación de referencia el 28 de mayo de 2018.

Observa que, en el contrato al que se refiere la reclamación, los ligantes ejecutados a los precios del proyecto base representan un porcentaje del 20,96% del importe total certificado, incluido el adicional por obra. Añade que, incrementando los precios de los ligantes con el incremento medio del índice de los ligantes (ponderado por el número de toneladas extendidas mensualmente), se puede estimar que los ligantes representan el 16,88% del presupuesto total certificado.

Asimismo informa de que las subidas de los ligantes reflejadas en el índice mensual de precios aprobado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, entre la fecha de licitación y la de finalización de la obra, ascendió al 9,83% según una tabla que detalla las variaciones por meses.

Por otra parte, se dice que en la certificación final de obra se abonó en concepto de revisión de precios (de conformidad con lo previsto en el artículo 103 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) la cantidad de 129.266,05 euros (IVA incluido), mientras que en la liquidación se abonaron 0,13 euros (IVA incluido), lo que supone una bonificación general por revisión de precios de 129.266,18 euros, de los cuales 59.003,58 euros (IVA incluido) corresponden al índice de los ligantes.

Concluye considerando que en el tipo de reclamaciones como la que se sustancia en el presente expediente solo cabría su estimación si quedase acreditada una concurrencia de circunstancias del tipo extraordinario que supone la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus y que no es posible extender ese supuesto al de solo una excesiva onerosidad, pues no se trata de reequilibrar económico-financieramente el contrato, sino de estar a lo pactado, la ejecución de una obra a riesgo y ventura. Dado que no se dan en el caso examinado esas circunstancias extraordinarias que permitan la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, se informa desfavorablemente el abono de cantidad alguna a la reclamante.

Quinto.- El 19 de agosto de 2018 se dio trámite de audiencia a la empresa reclamante, sin que conste que esta haya efectuado alegaciones. Sexto.- La Subdirección General de Coordinación de la Dirección General de Carreteras ha formulado el 20 de noviembre de 2018 propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S. A., pues considera que no procede adoptar las medidas compensatorias excepcionales que el Derecho ofrece para los casos de riesgo imprevisto e imprevisible cuando este genera un desequilibrio de la importancia suficiente como para romper el efectivo equilibrio de las prestaciones de modo que trastoque la relación contractual.

Séptimo.- El Consejo de Obras Públicas ha informado el 17 de diciembre de 2018 que procede desestimar la reclamación de PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S. A.

Advierte que los precios sobre los que se basa la reclamación no están justificados con documentación fehaciente en cuanto a los precios realmente abonados por la reclamante.

Al igual que los órganos preinformantes, el Consejo de Obras Públicas considera que el riesgo asumido por la reclamante podía haber sido previsto en la fecha de licitación, ya que, como el resultado de la propia licitación pone de manifiesto con claridad, las subidas de precios producidas fueron previstas por otros licitadores y pudieron haberlo sido por la reclamante.

Dicho Consejo ha recopilado los índices de precios oficiales de los productos que figuran en la fórmula de revisión de precios para poder analizar cuál había sido la evolución de los importes de los materiales puestos en la obra antes y después de la fecha de licitación y ha comprobado que, desde seis meses antes de la fecha de licitación, los precios de los ligantes y de la energía habían cambiado la tendencia y estaban subiendo de forma brusca y acelerada. Ello fue percibido por las empresas que participaron en la licitación como lo demuestra el que la baja media de los participantes en la subasta fuese inferior a la mitad de las que se estaban produciendo seis meses antes en otras licitaciones similares de la Dirección General de Carreteras, hasta el punto de que, en esta licitación, uno de los participantes hizo una baja del 0,00% y otro el 1,06%, mientras que la reclamante hizo una baja del 15,31%.

Por tanto, en el presente caso, a juicio del Consejo de Obras Públicas no es aplicable la doctrina del riesgo razonablemente imprevisible, independientemente de que el desequilibrio del contrato, un 5,19%, no sea además tan grande como para trastocar la relación contractual, al ser inferior al beneficio teórico del 6%, por lo que no se debe aplicar la doctrina del riesgo imprevisible como excepción al principio del riesgo y ventura del contratista y, en consecuencia, no procede indemnizar a este.

Octavo.- El 14 de febrero de 2019 la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento ha emitido informe en el que comparte, por considerarlos ajustados a Derecho, los argumentos y conclusiones de la propuesta de resolución así como el dictamen del Consejo de Obras Públicas.

Entiende que la subida de precios que alega el contratista forma parte del riesgo y ventura inherente al contrato. Invoca en tal sentido la doctrina que vienen estableciendo los tribunales respecto de las reclamaciones de este mismo tipo formuladas por los contratistas de obras: "liberalizado el mercado del petróleo y productos derivados, la variación - subida o bajada- de precios no constituye un riesgo imprevisible, entrando claramente en el ámbito de aplicación del principio de ejecución de la obra a su riesgo y ventura" (Audiencia Nacional, Sentencia de 10 de mayo de 2017; recurso 99/2016).

Y, en tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

I.- Se somete a consulta una reclamación formulada por la empresa contratista de la Administración PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S. A., formulada con base en un alegado perjuicio económico derivado del incremento del precio de los productos bituminosos empleados en la ejecución de las obras correspondientes al contrato "Conservación del firme. Refuerzo y conservación superficial con mezcla bituminosa en caliente, en capa desdada. A-7 (p. k. 926,400), V-30 (p. k. 0,000 al 17,000) y acceso al Puerto de Valencia (p. k. 0,000 al 1,275). Provincia de Valencia". La empresa reclamante cifra la cantidad que solicita en 135.010,05 euros, suma que pide para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, considerando que la imprevisibilidad del aumento de los precios de los ligantes empleados en la ejecución de las obras, con un impacto del 5,46% sobre el presupuesto total del contrato, le ha ocasionado una minoración significativa y de estimable trascendencia económica en su beneficio industrial como contratista, ascendente al 90,94% del beneficio económico esperado.

II.- El Consejo de Estado ha señalado reiteradamente, con ocasión del despacho de expedientes similares al ahora examinado, que todo contrato establece una relación jurídica entre las partes, como regla general, inalterable y obligatoria (artículos 1254, 1256 y 1258 del Código Civil).

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 números 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 empece 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 mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que procede desestimar la reclamación a que se refiere la presente consulta".

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 11 de abril de 2019

LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. MINISTRO DE FOMENTO.