



INFORME 3/2025, DE 30 DE ENERO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

OBJETO: APLICACIÓN DE CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.

I.- ANTECEDENTES.

Se ha recibido una consulta dirigida a la Dirección de Patrimonio y Contratación sobre la posibilidad de aplicar la cláusula “rebus sic stantibus” en los supuestos de crisis económicas o situaciones que conllevan incrementos extraordinarios de precios de las materias primas o de la energía. Dichas circunstancias podrían dejar sin efecto la obligatoriedad de las estipulaciones establecidas en los contratos públicos.

Por ello, se solicita a la Junta Asesora de Contratación Pública que emita un criterio aplicable a la cuestión planteada.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS. NORMATIVA DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA PARA SU EMISIÓN.

Según dispone el artículo 27.d) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de emitir dictámenes sobre cuestiones que en materia de contratación pública someta a su consideración la Dirección de Patrimonio y Contratación, ya sea por su especial importancia o por ser de interés general para las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi sólo puede evacuar informes o dictámenes en los términos previstos dentro del artículo 328 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 y del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Consecuentemente sólo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes ni para sustituir las funciones que los preceptos legales atribuyen a otros órganos distintos de esta Junta en relación con casos concretos y determinados. Esta misma consideración ha sido recogida por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en diferentes Informes, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, los Informes 48/18, 72/18, 97/18 y 31/21; así como en el informe 18/19 de esta Junta.

Por ello en el presente caso se va a limitar a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir las posibles controversias derivadas.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La consulta formulada plantea un análisis de la cláusula “rebus sic stantibus” con la idea de buscar un criterio uniforme amparado en la normativa contractual respecto de los supuestos de incrementos de precios extraordinarios de las materias primas o energía que podrían afectar al adecuado cumplimiento de las prestaciones recogidas en los contratos públicos.

Debemos partir de la base del principio “pacta sunt servanda” (es decir, los contratos están para cumplirse), en virtud del cual el contrato obliga a las partes y debe cumplirse estrictamente según sus términos (vid. artículo 1.091 del Código Civil). Este principio se recoge también en el artículo 189 de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) que impide a la Administración dejar sin efecto unilateralmente sus cláusulas, excepto si se constata un vicio en sus actos preparatorios que pudiera afectar a su validez.

No obstante, este mandato general admite excepciones cuando se produce una modificación sobrevenida, extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que altera radicalmente o, directamente, elimina el objeto del contrato, motivando que, por razones de equidad y de objetividad, se aplique la cláusula “rebus sic stantibus”. Dicha cláusula permite modificar o resolver el contrato en situaciones excepcionales e imprevistas que afectan de manera significativa a la base del negocio sobre la que se acordaron las estipulaciones contractuales.

La interpretación y aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” ha resultado históricamente muy restrictiva. De esta manera, el Tribunal Supremo en sus pronunciamientos ha exigido para reconocer su aplicación los siguientes requisitos:

1. Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
2. Una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que genere un desequilibrio de las prestaciones.
3. Que todo ello acontezca por la aparición de circunstancias imprevisibles.

Sin embargo, se dictaron varias resoluciones en el ámbito de las compraventas de vivienda, que marcaron una desviación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente hasta ese momento. De este modo, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 y de 17 de enero de 2013 reconocen que, aunque la crisis económica por sí sola no justifica el desistimiento del contrato, en ciertos contextos puede considerarse la aplicación de la citada cláusula, siempre que se analice el caso específico y se determine la afección de la crisis en la compraventa.

Igualmente, la STS de 26 de abril de 2013 afirma que la demora en la entrega de un inmueble por parte del constructor, combinada con la incapacidad de los compradores por conseguir financiación, afectaba a la base jurídica del negocio, procediendo la terminación del contrato de compraventa. La sentencia determina que, si bien, la cláusula rebus no tiene reconocimiento legal en España, los tribunales pueden admitirla en función de su desarrollo doctrinal y los principios de equidad que sirve; al igual que reconoce la crisis económica como un hecho notorio que influye en la dinámica contractual. Además, insiste en que dicha cláusula debe aplicarse con cautela por considerarse “peligrosa”.

Por otro lado, el TS dictó dos resoluciones en 2014 (de fechas 30 de junio y 15 de octubre), que suponen un enfoque más amplio en la aplicación de la regla “rebus sic stantibus”, reconociendo que la crisis económica puede ser un factor relevante para su aplicación, pero no de manera automática ni generalizada. Asimismo, señalan que es necesaria la existencia de un desequilibrio significativo en las prestaciones debido a un cambio de circunstancias, como la crisis económica, que suponga una onerosidad excesiva para una de las partes, pudiendo conllevar a la modificación del contrato.

Posteriormente, el Tribunal Supremo volvió a su interpretación tradicional, caracterizada por una mayor prudencia y rigidez en cuanto a la valoración de la imprevisibilidad y el riesgo contractual implícitamente aceptado por las partes, así como en lo referente al criterio de la ruptura o desequilibrio extremo de las prestaciones. En este sentido, el Tribunal Supremo

considera las crisis económicas como eventos cíclicos y por lo tanto previsibles dentro de un ámbito de riesgo calculable. Igualmente, las fluctuaciones económicas se interpretan como parte del riesgo empresarial que las partes deben asumir cuando se formaliza un contrato. De esta manera cabe destacar las siguientes sentencias: STS de 24 de febrero de 2015, STS de 13 de julio de 2017, STS de 15 de enero de 2019 y STS de 18 de julio de 2019.

Más recientemente, se ha dictado la STS156/2020 de 6 de marzo de 2020, que señala que no cabe la aplicación generalizada de la cláusula :

(...)“Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla «rebus» la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)”.

“El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato”. (...) “ la duración del contrato es de un año, pues se trata de la prórroga anual de un contrato inicial que tenía una duración de dos años, es difícil que un cambio de circunstancias referido a la demanda en el mercado de inserción de la publicidad en TV, objeto de gestión en exclusiva, escape al riesgo asumido con la prórroga del contrato. Cuando se inició el año 2008, ambas partes estuvieron de acuerdo en prorrogar el contrato por un año, pues de hecho lo hicieron, aunque no se pusieran de acuerdo en la facturación mínima garantizada. Según el contrato marco aplicable a la relación jurídica surgida de la prórroga, esta no podía ser inferior a la del año anterior. Cuando ZGM, libremente, asume la prórroga del contrato de gestión publicitaria sabe que, al margen de lo que finalmente se convenga sobre el mínimo garantizado, este sería como mínimo el del año anterior. Asumía, o debía asumir, la prórroga con este condicionante, que conllevaba el riesgo de no llegar a conseguir y facturar ese mínimo de publicidad, y tener que compensar por ello a TVG. La bajada de demanda de publicidad en TV, al venir referida a un corto periodo de tiempo, un año, no

dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato, además de que no fue algo tan drástico e imprevisible: el descenso de la inversión publicitaria en general fue de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en el 2008”.

Ahora bien, durante la pandemia de Covid-19 los tribunales han emitido varios fallos judiciales que reflejan la influencia de la pandemia en los contratos de alquileres, poniendo de manifiesto también una posible vuelta hacia una interpretación más extensiva de la cláusula, especialmente centrada en la adopción de medidas cautelares orientadas a prevenir un daño inminente o irreparable. Entre los que se puede mencionar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz el 30 de diciembre de 2021 en la que determina que resulta equitativo repartir el riesgo de cierre entre el arrendatario y arrendador por partes iguales, reduciendo la renta a la mitad durante los días en que el local estuvo cerrado por mandato legal.

A esto debe añadirse que, dentro del ámbito de la normativa contractual, el principio de inmutabilidad o invariabilidad general de las prestaciones y condiciones pactadas se haya recogido en el antes mencionado artículo 189 de la LCSP. Asimismo, el artículo 103 de la LCSP regula el régimen de la revisión de precios, en el que señala:

“1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

(...)

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios sólo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. 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.

No obstante, previa justificación en el expediente, podrá admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y

equipamiento de las Administraciones Públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto. En estos casos la revisión solo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación. El pliego deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por ciento y su respectivo índice oficial de revisión de precios. No será exigible para la inclusión en los pliegos de la fórmula de revisión a aplicar al precio del contrato la emisión de informe por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad.

5. Salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar en los términos establecidos en este capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el importe ejecutado en el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios.(...)"

Debe mencionarse que la invariabilidad de las condiciones económicas iniciales de los contratos, incluyendo la fórmula de revisión de precios, tiene su fundamento en el carácter esencial del precio y su alcance en la fase de preparación y adjudicación de los contratos. Es más, la modificación de las citadas condiciones, que se han aceptado por los licitadores y en base a la cuales han realizado las ofertas, deben ajustarse a la forma de revisión establecida en los pliegos administrativos. En caso contrario, se incumpliría varios principios de la contratación pública tales como la libre concurrencia, la igualdad de trato y la competencia efectiva.

A este respecto, conviene recordar el informe 24/21, de 28 de julio de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante JCCPE) relativo al carácter vinculante de las cláusulas de revisión de precios, que afirma que: *“Recogida una cláusula de revisión de precios en un contrato, su aplicación deberá realizarse en los términos previstos en la misma ya que les corresponde a las partes cumplir las obligaciones a que se han comprometido conforme al principio “pacta sunt servanda”. De acuerdo con ello, tanto el artículo 89.4 del TRLCSP como el artículo 103.4 LCSP, expresamente reconocen el carácter invariable de la cláusula de revisión de precios durante la vigencia del contrato”*.

Asimismo, el informe 13/2023 de la JCCPE respecto de las cláusulas contenidas en los contratos recoge 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 de la LCSP (...)”. 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 (vid. artículo 197 de la LCSP y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015).

De lo anterior se colige que el fundamento legal del principio de riesgo y ventura implica, per se, 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 faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación, tal como manifestamos en nuestra Recomendación de 10 de diciembre de 2018. 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, incluso, la existencia de pérdidas- genera derecho alguno en el contratista a instar un incremento del precio o una indemnización.

En su virtud, incluida en el contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar éstas tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato, debiendo asumir, en este caso, el Ayuntamiento el mayor coste del contrato.”

Debe añadirse que, de acuerdo con el régimen específico establecido al efecto en la normativa de contratos del sector público, no es posible la modificación de un contrato consistente únicamente en la variación del precio, si no se alteran, además, sus prestaciones, puesto que lo contrario se incurriría en una revisión de precios encubierta y sin amparo legal. Aunque cabe la posibilidad de modificar los términos económicos del contrato, por aplicación del artículo 205.2.b de la LCSP que recoge el supuesto de la existencia 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.

Así, en caso de que el contrato no se considerara correcto o simplemente no se considerara conforme a los intereses públicos, el contrato puede resolverse por el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (artículo 211.1.c de la LCSP), teniendo en cuenta los requisitos y los efectos previstos en los artículos 212 y 213 de la LCSP.

Consecuentemente, si no se puede dejar de aplicar la revisión de precios establecida en los pliegos del contrato, ni tampoco es posible una modificación del precio del contrato que no derive de una modificación de sus prestaciones, las partes están vinculadas a su cumplimiento.

Igualmente, resulta necesario distinguir entre una dificultad o impropiedad sobrevenida de hacer frente a las prestaciones establecidas en el contrato y una imposibilidad real de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuya incidencia recae en la aplicación o no de la causa de resolución del artículo 211.1.g de la LCSP. En este sentido, el Consejo de Estado señala en el Dictamen 897/2018, de 29 de noviembre, citando otros pronunciamientos anteriores, que *“en estos dictámenes, el Consejo de Estado ha distinguido entre la imposibilidad de ejecutar una prestación y la mera dificultad de hacerlo, valorando además la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público”*. Por su parte, la Comisión Jurídica Asesora indica en el Dictamen 247/2023, de 20 de julio, que no concurre la causa relativa a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, dado que la empresa no continuó las obras a causa de la subida de los costes, y añade que *“la manera en que la empresa contratista*

ha solicitado la resolución del contrato por mutuo acuerdo, invocando la imposibilidad de ejecutar la obra en los términos contractuales inicialmente pactados, permite concluir que la prestación principal del contrato, eso es la ejecución de la obra, ha quedado afectada por su renuncia unilateral a ejecutar la obra en los términos económicos a que se había obligado”.

En este sentido, debe mencionarse la sentencia 850/2023, de 20 diciembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª, dictada en el Rec. 797/2023 que recoge la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de Julio de 2022 (recurso contencioso-administrativo nº 55/21) que ha declarado que *"el término "imposibilidad de ejecución del contrato", a que alude el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 y que constituye el presupuesto para que las concesionarias sean compensadas por la pérdida de ingresos derivada del Covid-19, se identifica con los supuestos en que el margen bruto de explotación sea negativo, entendiendo que esta delimitación conceptual referida al margen bruto de explotación como requisito esencial para el reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, introducida en el artículo 25 del Real Decreto-Ley 26/2020, no se revela contraria a los principios que rigen la contratación pública, y particularmente las concesiones de autopistas, de inmutabilidad, que comporta que el contrato de concesión debe cumplirse de acuerdo con sus cláusulas, de riesgo y ventura, que determina que la frustración de las expectativas económicas asumidas por el concesionario no le autoriza para librarse de sus obligaciones, y de equivalencia, que supone que el contrato de concesión debe mantener el equilibrio económico en los términos en que fue considerado en el momento de su adjudicación, que, sin embargo, no autoriza a mantener el criterio de que cualquier alteración que se produzca en la ejecución de las prestaciones da derecho a restablecerlo, tal como se desprende de la doctrina del Consejo de Estado y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo".*

Añade el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la citada sentencia que el restablecimiento del contrato en virtud del riesgo imprevisible también es rechazado de forma acertada por la sentencia, ya que ello exigiría acreditar que se ha producido la ruptura sustancial de la economía del contrato, y la actora aporta exclusivamente un informe pericial relativo a las pérdidas del concreto periodo que reclama. Sin que pueda obviarse que el contrato fue prorrogado y que el canon correspondiente al año 2020 fue satisfecho íntegramente por la Administración demandada. El desequilibrio económico no puede valorarse teniendo en cuenta solamente el periodo reclamado, y en comparación con el año precedente, sino que precisa el análisis de todo el tiempo de duración del contrato. Concluye señalando que no cabe derecho a compensación económica alguna, en la medida en que el contrato se rige por

los principios de riesgo y ventura y no son de aplicación las doctrinas que permiten su exclusión.

Igualmente, debe mencionarse el Dictamen 3/2016 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía que recoge lo manifestado en la Sentencia 956/2015 de 28 de enero de 2015 de acuerdo a la cual: *“la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado ha configurado los siguientes requisitos necesarios para que pueda ser apreciada la concurrencia de riesgo imprevisible: (1) Una circunstancia o riesgo imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato; (2) Que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas; (3) Que la alteración del equilibrio contractual se haya producido con ausencia de culpa de las partes contratantes; y (4) Una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del mecanismo contractual”.*

IV.- CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, esta Junta considera que no cabe la posibilidad de aplicación generalizada de la cláusula “rebus sic stantibus”, en la medida en que la normativa contractual recoge el principio de obligatoriedad de los contratos, que debe ser cumplido con rigurosidad. En este sentido, la generalización de excepciones a este principio implicaría liberar a las partes de asumir la responsabilidad de las obligaciones contraídas voluntariamente al formalizar el contrato, afectando consecuentemente a su seguridad jurídica. Si bien cada caso debe ser analizado en concreto, el invocar la aplicación de la cláusula por causa de una crisis económica se torna más complicada, en la medida en que la naturaleza cíclica de las crisis constituye un riesgo que las empresas licitadoras deben prever y por tanto asumir.

Por último, cabe señalar que incluida en un contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la variación de las condiciones que existían en la licitación, dicha cláusula resulta obligatoria para el contratista y para la Administración, soportando ambas el riesgo y la ventura derivada de la evolución de las mismas, y su influencia sobre el precio del contrato.