

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO

- I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: I. Comentario general.
- II. Doctrina legal: Riesgo y ventura contractual y alza de precios

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. *SOBRE LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS*

La incorporación de normas y modelos organizativos de Derecho europeo está comportando la proliferación de esquemas de ejercicio privados de funciones públicas. Los particulares asumen con naturalidad el desempeño de actividades tradicionalmente reservadas, por razón de su titularidad, a las administraciones públicas. Ahora bien, dicha asunción no comporta su íntegra privatización sino que, en muchas ocasiones, conservan resabios de índole pública. Se hace así preciso, de una parte, construir nuevas figuras conceptuales en las que incardinar los nuevos modelos organizativos que van surgiendo muchas veces de manera dispersa y, de otro lado, conjugar adecuadamente técnicas de Derecho privado y de Derecho público que hasta la fecha tenían ámbitos perfectamente delimitados y eran frecuentemente excluyentes entre sí.

Uno de los ámbitos en que la situación expuesta tiene mayor incidencia es el ámbito de financiación de las referidas actividades encomendadas a particulares que ejercen funciones públicas. Y es que, frente a las concepciones tradicionales en las que dichos particulares se calificaban sin más como vicarios administrativos y les resultaban de aplicación mutatis mutandis las regulaciones propias de las administraciones públicas, hoy las situaciones son mucho más diversas y complejas. El ejercicio privado de funciones públicas ha adquirido tintes en los que, en muchas ocasiones, el sujeto que las ejerce mantiene íntegramente su carácter privado y difícilmente es calificable de vicario administrativo. Ahora bien, esta situación no va acompañada de un completo sometimiento de su régimen de financiación a las reglas de Derecho privado. Antes al contrario, por razones diversas, los ingresos que perciben se califican de públicos. Se quiebra así la tradicional identidad entre ingreso público y sujeto público receptor sin que tal quiebra comporte la inexistencia de una relación jurídica de Derecho público entre el obligado al abono de las correspondientes prestaciones y el mencionado receptor.

En varias ocasiones, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar supuestos en los que se han suscitado dificultades de calificación y articulación jurídica de dichos ingresos públicos. Así, con ocasión del dictamen 1041/2013, de 28 de noviembre, se abordó la cuestión incardinando los ingresos percibidos por una entidad de forma privada, a la que se encomendaba la asignación de determinadas autorizaciones administrativas (*slots*) a las compañías aéreas, como prestaciones públicas.

La calificación de determinados ingresos percibidos por una entidad privada que ejerce funciones públicas como prestación patrimonial pública no es baladí pues su establecimiento y la determinación de sus elementos esenciales están reservados a la ley por exigencia del artículo 31.3 de la Constitución, como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos (por todas, sentencia 185/1995, de 14 de diciembre).

La categoría de prestación patrimonial de carácter público resulta controvertida jurisprudencial y doctrinalmente. Se ha llamado la atención sobre el hecho de que el artículo 31.3 de la Constitución, apartándose de nuestra tradición constitucional y legal en la que el objeto de la reserva de ley se establecía por referencia a categorías tributarias concretas o a la genérica de tributo, utiliza la expresión «prestación patrimonial pública». Este hecho ha suscitado la cuestión de si el concepto se identifica con el de tributo o si, por el contrario, es distinto.

La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a dichas dudas y vacilaciones. Así, en ocasiones, ha afirmado (sentencias 233/1999, de 13 de

diciembre y 106/2000, de 4 de mayo) que prestación patrimonial pública y tributo son sinónimos, de tal suerte que son una misma figura, cuyas notas características definitorias consisten en ser ingresos públicos pecuniarios exigidos por una Administración Pública como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir con el fin de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Su exigencia y percepción corresponden siempre a una Administración Pública.

En otras ocasiones –y más frecuentes–, el Tribunal Constitucional (sentencias 185/1995, de 14 de diciembre, 182/1997, de 28 de octubre, 63/2003, de 27 de marzo, 102/2005, de 20 de abril y 121/2005, de 10 de mayo) ha sostenido que ambas expresiones no son sinónimas, siendo la prestación patrimonial pública el género y el tributo, una de sus especies, pues es impensable, conforme a una interpretación sistemática, que la Constitución se refiera a las mismas cosas en el artículo 33.1 –que habla de prestaciones patrimoniales públicas– y en el artículo 133.1 –donde emplea el término tributos–. Por tanto, el Tribunal ha concluido que ambos preceptos se refieren a figuras diferentes con dos características comunes: la necesidad de su establecimiento a través de ley y la coactividad. Las prestaciones patrimoniales públicas son, según este criterio, ingresos de Derecho público que deben ser establecidos por ley y que son coactivos y los tributos, una especie del género, que tiene como característica adicional y propia el estar basados en la capacidad económica de las personas llamadas a satisfacerlos.

Así las cosas, la prestación patrimonial de carácter público existe cuando hay una imposición coactiva de la prestación patrimonial, es decir, un establecimiento unilateral por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla –lo que es el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley–, una imposición coactiva de dicha obligación (sentencia 185/1995, de 14 de diciembre) y una finalidad pública justificativa (sentencia 182/1997, de 28 de octubre).

A la vista de lo expresado, para el Tribunal Constitucional, la nota característica de las prestaciones patrimoniales de carácter público como categoría jurídica es la coactividad (sentencia del Tribunal Constitucional 185/1985, de 14 de diciembre). Este término presenta dos perspectivas, a saber:

a) Por una parte, hace referencia al modo mismo de establecimiento de la prestación, dispuesta de forma unilateral por los poderes públicos, sin que intervenga para nada la voluntad de los ciudadanos, con indepen-

dencia del régimen jurídico –público o privado– de la relación de que se trate –pues tiene carácter meramente instrumental–, del sujeto perceptor –entidad pública o sujeto privado– y del obligado al pago. La coactividad se concibe como un concepto material, apreciable en cada caso concreto, pues, para verificar si concurre o no, se atiende exclusivamente a si el obligado tiene libertad real de contratar o hacer uso del servicio –lo que no deja de conllevar el peligro de que la calificación dependa excesivamente de las circunstancias de tiempo, lugar y sector considerados–. Por ello, deben considerarse impuestas coactivamente las prestaciones pecuniarias derivadas de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por entes en posición de monopolio de hecho o de derecho. No excluye la coactividad la abstención de realizar el supuesto de hecho al que se vincula la prestación, pues esta libertad es ilusoria, ya que comportaría la renuncia a bienes, servicios o actividades esenciales para la vida privada o social (sentencia 185/1995, de 14 de diciembre).

b) Por otra parte, hace alusión a los procedimientos de exigencia de pago. De este modo, si no se realiza de forma voluntaria y espontánea, los poderes públicos pueden exigirlo de forma forzosa (a través de la vía de apremio). Ahora bien, esta característica no es predicable de toda prestación patrimonial de carácter público, sino solo cuando se previene específicamente frente a lo que ocurre cuando se trata de tributos.

Una de las características comunes de las prestaciones patrimoniales de carácter público y de los tributos es que son impuestas por los poderes públicos, pero unas y otras pueden diferir sin embargo en cuanto al sujeto que las exige y percibe. En el caso de tributos, el perceptor necesariamente ha de ser una entidad pública, frente a las prestaciones patrimoniales de carácter público en las que los poderes públicos pueden establecerlas en beneficio de otros poderes públicos o sujetos privados, según se deduce de lo declarado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 182/1997, de 28 de octubre.

Afirmada conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional citados, la existencia autónoma de la figura de la prestación patrimonial de carácter público, su sustantividad hay que encontrarla en la necesidad de acudir a nuevas fórmulas de financiación pública distintas de los tributos. La asunción de nuevos compromisos de gasto solo puede ser financiada con figuras que no estén basadas en el principio de capacidad económica, sino en otros principios como el del beneficio. La figura sirve para dotar de cobertura a nuevos modos de obtención de ingresos –la denominada nueva parafiscalidad–. Al exigirse su establecimiento a través de la ley, se les

somete a cierto orden. De ahí que sean incardinables en su concepto los pagos exigibles tanto cuando se derivan de la necesidad de acceder a bienes, servicios o actividades que son esenciales para la vida privada, como cuando son consecuencia de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por poderes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho –y siempre con independencia de la condición pública o privada del sujeto receptor–.

No puede dejar de señalarse que el establecimiento por ley de las prestaciones patrimoniales públicas no orilla todas las dificultades que se derivan de la proliferación de este tipo de ingresos públicos. La falta de una regulación general y unitaria de las prestaciones patrimoniales públicas que asegure la existencia y aplicación de unos criterios generales, claros y objetivos, en la materia constituye un grave peligro para la seguridad jurídica. Se corre el peligro de que se repitan las situaciones indeseables conocidas en otro tiempo en la práctica totalidad de los ordenamientos –y también en el español– derivadas de la proliferación de figuras parafiscales.

En efecto, como es conocido, la ampliación de los fines y cometidos del Estado, de carácter económico, comportó que, junto a los tributos clásicos –basados en el principio de capacidad económica» destinados a financiar los fines tradicionales de la actividad pública surgieran otras figuras, asentadas en los principios del interés o del beneficio que para los usuarios tenía la labor desarrollada por el Estado, llegándose a configurar la existencia de dos Haciendas paralelas, la tradicional y la parafiscal. La parafiscalidad, como se puso de manifiesto doctrinalmente, fue un fenómeno íntimamente asociado al eclipse de las instituciones democráticas al permitir la creación de figuras al margen de la ley, al fragmentar el régimen jurídico y económico de los ingresos en la misma Administración Pública y al atribuir su gestión a entidades no integradas en esta. Todo ello trajo una grave quiebra del Estado de Derecho pues se vulneraron los principios tributarios tradicionales, los presupuestarios clásicos y se privó a los ciudadanos de los sistemas de impugnación generales existentes frente a unas exacciones que recibieron una calificación distinta de la tributaria pese a ser materialmente tales.

Hoy, como se ha señalado, tales peligros se ciernen nuevamente sobre el ordenamiento. No se trata ya, como antaño, de la aparición de exacciones destinadas a retribuir a funcionarios públicos sino que, hogaño, las nuevas prestaciones patrimoniales públicas financian todo tipo de actividades estrictamente privadas. Se hace pues preciso asegurar la existencia de una regulación unitaria que, sin perjuicio de las singularidades propias de las distintas actividades y sujetos perceptores, establezca unos criterios

claros y ciertos que garanticen la vigencia de los principios tributarios tradicionales –debidamente modulados en atención a las circunstancias concurrentes en las nuevas figuras– y asegure al ciudadano la disponibilidad de los medios eficaces para impugnar en su caso unas liquidaciones que materialmente participan o se asemejan a los tributos, aunque formalmente se califiquen como realidades distintas.

2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS FORMULEN REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN (REQUEST FOR INFORMATION) PARA DETERMINAR EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La decisión y gestión de adquisiciones en el seno de las organizaciones públicas y privadas se articula en tres procesos sucesivos encaminados, el primero, a planificar las compras de bienes y servicios, analizando su necesidad; el segundo, a planificar la contratación; y, el tercero, a seleccionar los proveedores y a adjudicar y ejecutar el contrato.

El *proceso de planificación de compras y adquisición de bienes y servicios* requiere la existencia de una certeza sobre la necesidad de llevarlas a cabo. Esta certeza se alcanza tras un examen de sus pros y contras, de la imposibilidad de satisfacer las necesidades por los propios medios de la organización y de definir los requisitos de los bienes y servicios a adquirir.

El *proceso de planificación de la contratación* tiene dos ámbitos: uno, material, encaminado a determinar con exactitud las características del objeto del contrato –de manera que puedan ser satisfechas de la manera más adecuada para el comprador por los oferentes–; y a establecer los criterios de evaluación de las ofertas; otro, formal, para aprobar los instrumentos documentales en los que se especifican las condiciones jurídicas y técnicas de la prestación y para asegurar la existencia de fondos económicos con los que afrontar el pago de los servicios a contratar.

El primero de los ámbitos señalados tiene pues como finalidad definir las características del objeto del contrato que se pretende licitar, a fin de asegurar que, con base en estas, las finalidades perseguidas se satisfarán de la manera más adecuada y eficiente.

En ocasiones, el adquirente de los bienes y servicios tiene conocimiento exacto tanto de las características de estos como de las técnicas y modos de prestación ofrecidas en el mercado por las empresas que pueden suministrarlos. Pero, de ordinario, el comprador carece de ese conocimiento completo y cabal de las cosas. Esta situación se da también con frecuencia en el caso de las administraciones públicas. Así, a los compradores, les

resulta útil conocer la experiencia y los saberes de los eventuales oferentes para aprovecharlos a la hora de definir las características del bien o servicio a adquirir y así satisfacer mejor sus necesidades.

Los instrumentos empleados en el ámbito de la contratación para obtener información de los eventuales oferentes son varios, a saber:

- a) *Request for information* (RFI): solicitud de información.
- b) *Request for proposal* (RFP): solicitud de propuesta.
- c) *Request for quotation* (RFQ): solicitud de presupuesto.
- d) *Invitation for bid* (IFB): solicitud para ofertar.

A los efectos de la presente nota, interesa especialmente el primero de los instrumentos citados: el requerimiento de información (*request for information*).

El proceso de solicitud de información suele venir definido en la práctica contractual por las dos siguientes características: de un lado, el establecimiento de mecanismos que generen incentivos a las empresas para participar del RFI –establecer un criterio de evaluación que otorgue puntos adicionales a los participantes en el RFI–, sin que esta participación comporte una barrera de entrada al proceso de licitación. Y, de otro, la amplia difusión del proceso, a fin de asegurar la celebración de intercambio de información –a través de reuniones de discusión y contacto– entre el futuro comprador y el eventual ofertante.

En la legislación de contratos públicos, los procesos de planificación de compras y adquisición de bienes y servicios, de planificación de la contratación y de selección del contratista tienen un grado de regulación y formalización muy distinto. El primero no está ni formalizado ni sometido a ningún tipo de procedimiento administrativo de carácter rígido. El de planificación de la contratación, por el contrario, está formalizado en algunos aspectos, en especial, en los económico-presupuestarios y se plasma en el expediente administrativo de contratación encaminado a asegurar la existencia de crédito suficiente con el que afrontar el gasto derivado de la adquisición. Finalmente, el proceso de selección, adjudicación y ejecución del contratista está rigurosamente reglado.

Se ha suscitado en la práctica administrativa la cuestión de si es posible articular un proceso de requerimiento de información a empresas (*request for information*) en el proceso administrativo de gestión de adquisiciones o, en otros términos, en el procedimiento administrativo de contratación.

Para resolver la cuestión, ha de partirse del hecho de que, salvo en el caso del diálogo competitivo, la Ley de Contratos del Sector Público –ar-

título 179 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre— no contempla ninguno de los instrumentos para obtener información antes enumerados, con las excepciones de las invitaciones a ofertar —*invitation for bid (IFB)*— propias del procedimiento restringido y del diálogo competitivo —*request for proposal*—.

De cualquier modo, en ambos casos, los citados instrumentos de obtención de información se insertan en el proceso de selección del contratista y adjudicación del contrato y no en la fase previa de determinación de su objeto y de las características de la prestación.

Por el contrario, la sede propia del requerimiento de información (*request for information*) es otra; es el proceso de planificación del contrato; esto es, se inserta en la fase administrativa interna de determinación de su objeto y de definición de las características de la prestación.

Como se ha señalado, respecto de esta fase, la Ley de Contratos del Sector Público —artículo 109 y siguientes— y la legislación presupuestaria se limitan a establecer que la celebración de los contratos requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, que se iniciará por el órgano de contratación. En dicho expediente, se justificará la necesidad del contrato y se incluirán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas así como el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya.

Por otra parte, el artículo 22 de la Ley de Contratos del Sector Público previene que:

«1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y

el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.».

A la vista de la regulación expuesta, es palmario que la Ley de Contratos del Sector Público no contempla expresamente la figura del requerimiento de información (*request for information*) en su articulado. Tampoco lo prohíbe.

Cabe entonces plantearse si es posible insertarlo en el procedimiento administrativo de contratación. La respuesta a la cuestión suscitada debe ser afirmativa. El instrumento del requerimiento de información (*request for information*) puede insertarse en el procedimiento administrativo de contratación. Dos razones abonan este parecer, a saber:

a) El *request for information* es una figura contemplada por las normas jurídicas europeas, que preconizan su establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales públicas y privadas como método adecuado para favorecer la eficiencia económica. Así, se contempla en el artículo 2.302 del Proyecto de Código Contractual Privado Europeo, en el Plan de Acción sobre un Derecho europeo de contratos más coherentes, hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el *Draft Common Frame of Reference*, de 2008.

b) El *request for information* es un instrumento adecuado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Contratos del Sector Público en el sentido de que las necesidades que pretenden satisfacerse con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos deben determinarse con exactitud, velándose en todo caso por la eficiencia, valorando la innovación y la incorporación de la alta tecnología y promoviendo la participación de las empresas.

En síntesis, el requerimiento de información se configura como un instrumento adecuado para satisfacer los objetivos establecidos – y antes citados–, con carácter general, tanto por la legislación comunitaria como por la legislación nacional.

No constituye obstáculo para la introducción de la figura del requerimiento de información en el seno del procedimiento administrativo de contratación el hecho de que no esté legalmente contemplado en la Ley de Contratos del Sector Público.

Como se ha señalado, la sede propia de la inserción del instrumento es la fase previa al proceso de selección del contratista; es decir, la fase administrativa interna en la que se define con exactitud el contenido del

objeto o prestación contractual y se determinan sus características técnicas, luego plasmadas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

A la hora de conformar los trámites de dicha fase, la Administración tiene libertad de hacerlo –sin perjuicio del contenido mínimo que previene el artículo 109 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público– y nada impide que se sirva de cualesquiera instrumentos que se ofrecen en práctica comercial para mejor formar su juicio sobre el objeto del contrato a celebrar, entre los que encuentra el *request for information*.

Este instrumento resulta de posible aplicación a todos los tipos contractuales y procedimientos de selección previstos legalmente, si bien, como se ha señalado, carece de sentido utilizarlo en el diálogo competitivo, puesto que el requerimiento de información se ve embebido en la solicitud de propuesta contractual (*request for proposal-RFP*) previsto en él.

La inserción de un proceso de *request for information* en la fase interna del procedimiento administrativo de contratación –en concreto, en la fase denominada legalmente expediente administrativo de contratación– es por consiguiente admisible conforme a nuestra legislación contractual pública. Su adecuada utilización no comporta, en principio, infracción de los principios rectores de la contratación. Esta adecuada utilización implica que su aplicación quede sujeta a diversas reglas extraídas de las recomendaciones y de legislación comunitaria aplicable⁸, a fin de asegurar los principios de igualdad y concurrencia según opinión doctrinal y administrativa unánime.

En concreto, el requerimiento de información debe dirigirse a una pluralidad de sujetos –no es admisible el requerimiento a uno único–. Puede articularse, bien mediante su difusión o publicación general –de tal suerte que cualquier empresa pueda participar–, bien mediante invitaciones concretas –a la manera de las invitaciones a ofertar propias del procedimiento restringido–.

A la hora de practicarse, la Administración debe proporcionar los mismos datos sobre las necesidades que hay que satisfacer a todos los invitados a participar. Las solicitudes de información sobre las soluciones a alcanzar deben ser también iguales para todos los requeridos, asegurando su igualdad de trato.

Los requerimientos de información pueden estar referidos a todos o solo a algunos de los aspectos del contrato.

⁸ Así la Comisión Europea, Sistema de soporte a la decisión de las Autoridades Públicas en la gestión de adquisiciones, Rapport, 2009, etc.

El modo de recibir la información de los participantes en el proceso puede ser formal –por escrito por parte de los invitados a facilitarla– o informal –verbal o mediante reuniones–, conjunta –de todos o varios de los participantes– o individual.

En todo caso, durante el proceso –y aún después–, la Administración no puede revelar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes, de tal suerte que las soluciones aportadas solo serán conocidas íntegramente por aquella quien las ponderará y las incorporará, en su caso, a la hora de definir el objeto del contrato.

El requerimiento de información no puede comportar la generación de incentivos o ventajas para las empresas participantes a la hora de adjudicarse los contratos. En otros términos, no puede reconocerse como criterio preferente de adjudicación o como valor ponderable favorable a la misma el hecho de haber participado en el proceso de requerimiento de información.

Tampoco cabe que, del proceso de requerimiento de información, resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los requeridos, de tal suerte que, de facto, queden excluidos otros eventuales oferentes. El resultado del requerimiento de información debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos.

Finalmente, algunos consideran que quienes dirigen el procedimiento de requerimiento de información no pueden formar parte del órgano de selección o propuesta de selección del contratista. Este criterio encuentra un fundamento más específico en las reglas reguladoras de los conflictos de intereses que en la legislación contractual. En esta, no existe prohibición alguna, de manera que no es de obligada observancia, según el parecer mayoritario.

Expuesto lo que antecede, se puede concluir que no existe obstáculo legal alguno para servirse del instrumento del requerimiento de información a las empresas (*request for information*) en los procedimientos de contratación de cualesquiera obras, suministros o servicios a celebrar por las administraciones públicas.

Dicho requerimiento debe insertarse en la fase interna del procedimiento administrativo de contratación; esto es, en la fase denominada expediente administrativo de contratación. Las administraciones públicas tienen amplias facultades para conformar el modo de articularlo, si bien deben observarse los requisitos y limitaciones establecidas en el número anterior de esta nota. En ningún caso, la participación en el proceso de re-

querimiento de información puede comportar preferencia o ventaja alguna para las empresas participantes en el mencionado proceso a la hora de la adjudicación del contrato.

En todo caso, sería deseable que se promoviera la correspondiente iniciativa normativa a fin de articular la inserción de los distintos sistemas de requerimiento de información en los procedimientos de contratación para impulsar su utilización y orillar eventuales dudas a la hora de su empleo.

II. DOCTRINA LEGAL

«I.- Se somete a consulta una reclamación formulada por la empresa contratista de la Administración, Empresa Constructora, S. A., por el perjuicio económico derivado del incremento de los precios de los materiales bituminosos empleados en la ejecución de las obras de referencia, cuya cuantía comporta, a juicio de la empresa reclamante, una ruptura del equilibrio económico del contrato y excede a su juicio de lo que debe entenderse por principio de riesgo y ventura.

En este caso, además, la empresa reclamante aduce que el sobrecoste experimentado no ha quedado cubierto por la aplicación de ningún mecanismo compensatorio como es la cláusula de revisión de precios –ya que el plazo de ejecución del contrato era inferior a un año–. En otros términos, pretende que, al amparo de la doctrina del *rebus sic stantibus*, se le resarza el incremento de esos precios respecto de los que se contemplaban en el presupuesto del proyecto de la obra adjudicada.

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 1.254, 1.256 y 1.258 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 varío, bien en decisiones de la propia Administración *factum principis*, bien en circunstancias ajenas a ésta, 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 sólo 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 quiebre enteramente el equilibrio contractual (Dictámenes 3205/2003 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 ésta (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 presente caso no puede concluirse que se haya producido esa quiebra. Como el Consejo de Estado ha mantenido en sus recientes dictámenes 953/2011, 954/2011, 64/2012, 65/2012, 169/2013, 267/2013, 370/2013 y 716/2013, 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, ninguna medida 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 (por razón precisamente de la aportación de esos materiales a la obra).

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 la baja, el coste efectivo de materiales empleados, el porcentaje de utilización de medios empresariales, y factores similares. Pero ese criterio no se corresponde al acogido por la legislación 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 excesiva onerosidad.

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. Y el principio de riesgo y ventura no está sometido a grados ni escalones. 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 en 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.

En la contratación de obras públicas se mantiene como principio esencial del contrato el de riesgo y ventura de la contrata y éste supone que sea la mercantil adjudicataria la que valore las circunstancias de mercado y decida, asumiendo su riesgo empresarial acerca del modo y ritmo de ejecución de la obra, de que resultará su beneficio. Entrar en el examen de cual sea el normal en estos casos (que oscila entre el 3 al 7% según las instituciones que realizan las estadísticas) lleva a desnaturalizar ese principio esencial. La Administración no garantiza un beneficio empresarial, ni de ello se trata en el contrato de obra. La formación de precios para el presupuesto contractual se hace precisamente conforme a los adecuados al mercado en el momento de formarse ese presupuesto, previéndose en ocasiones –no en el caso presente– variaciones normales de mercado en los mismos mediante las cláusulas de revisión de precios.

IV.- Por todo lo expuesto, no apreciándose en el caso sometido a consulta 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, el Consejo de Estado considera que procede desestimar la reclamación formulada por Empresa Constructora, S. A.».

(Dictamen 520/2013)