



HERBERT
SMITH
FREEHILLS

INCREMENTO EXTRAORDINARIO DE PRECIOS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

La necesidad de garantizar una mayor seguridad
jurídica a los operadores económicos

Javier Guillén Caramés
Catedrático de Derecho Administrativo URJC
Consultor Académico Herbert Smith Freehills

Introducción

¿Dónde estamos?



Introducción

- Incrementos **imprevisibles y extraordinarios** de precios de las materias primas en la contratación pública
- Se producen **desajustes** en las **condiciones económicas** inicialmente pactadas
- Menos participación en las **licitaciones públicas**
- El legislador **no** ha dado **soluciones satisfactorias**
- Aplicación del **principio de riesgo y ventura**
- Teoría del **principio del equilibrio económico**



Régimen jurídico ordinario de la revisión de precios previsto en la LCSP



Régimen jurídico ordinario de la revisión de precios previsto en la LCSP

- El examen de las posibilidades de revisión excepcional de precios en el ámbito de la contratación pública se encuentra regulada de forma un tanto **fragmentaria y limitada en la legislación de contratos**.
- La LCSP establece con carácter general en su **art. 102.1** que:

“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejercitada y de acuerdo con lo pactado”

Revisión de precios

- El instrumento de la revisión de precios se configura como un mecanismo que la LCSP establece para **preservar el equilibrio económico del contrato**

Para que pueda aplicarse la revisión de precios a un contrato deben cumplirse las previsiones del art. 103 de la LCSP:



Que se haya fijado en los pliegos contractuales



Deberá haberse justificado previamente en el expediente



Debe ser conforme a la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y a su reglamento de desarrollo

- Técnica de la revisión de precios = problemas

**Régimen jurídico general de
naturaleza extraordinaria para
una posible revisión de precios**



Régimen jurídico general de naturaleza extraordinaria para una posible revisión de precios


- Fuera de los supuestos previstos en el art. 103 de la LCSP, se puede acudir a la revisión extraordinaria de precios:

Ius variandi

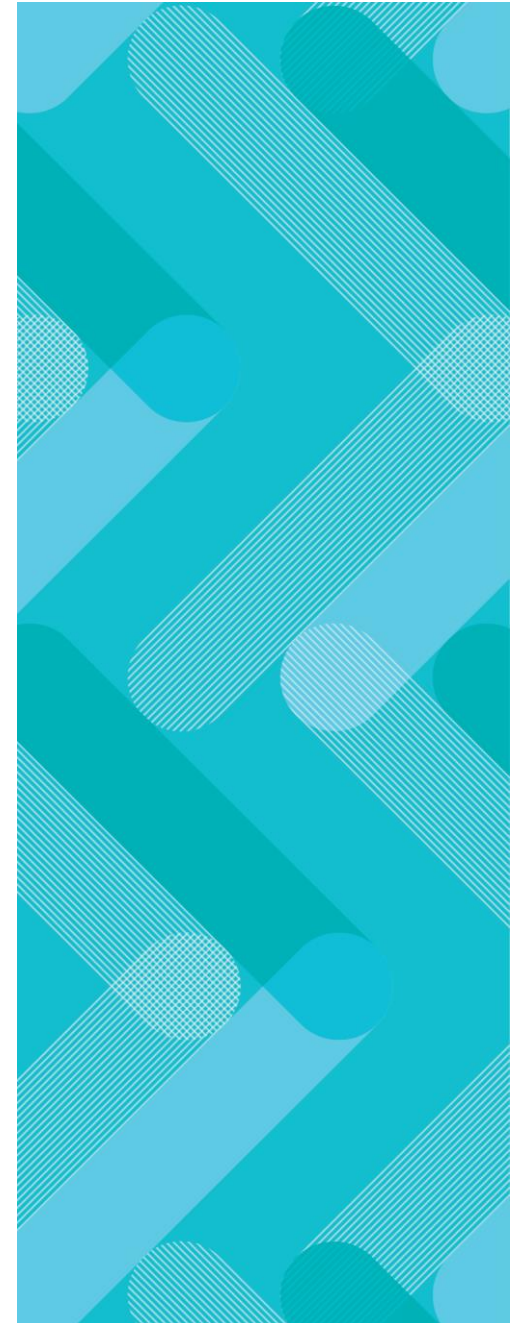
Factum principis

Fuerza mayor

Riesgo imprevisible



Revisión extraordinaria de precios prevista en el Real Decreto-Ley 3/2022



Revisión extraordinaria de precios prevista en el Real Decreto-Ley 3/2022

Real Decreto-Ley 3/2022:

Su exposición de Motivos, las excepcionales circunstancias sociales y económicas derivadas de la pandemia desencadenada por el COVID han producido un **impacto directo en la ejecución de determinados contratos del sector público**

Preámbulo del RD-Ley 3/2022 señalando que **el incremento de costes:**

- *"era **imprevisible** en el momento de la licitación"*
- *"**excedería** del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público".*

Título II del RD-Ley 3/2022 **medidas urgentes** para la revisión

Supuestos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras: alcance limitado del RD-Ley 3/2022

- Contratos de obras, ya tengan naturaleza pública o privada, que hayan sido **adjudicados por cualquiera de las entidades** que formen parte del sector público estatal.
- Contratos de obras que se encuentren **regulados por el Real Decreto-ley 3/2020**.
- Los contratos de obra **son**:
 - ❖ Contratos en ejecución o en licitación o cuya adjudicación o formalización se publique en el plazo de un año
 - ❖ Contratos cuyo anuncio de licitación se publique en la plataforma de contratos del sector público en el plazo de un año
- Afecta a contratos de obras que no contemplaron sistemas de revisión de precios y los que incorporaron en sus pliegos cláusulas de revisión, en relación con los períodos en los que dicha revisión aún no sería posible por no haberse ejecutado el **20 por ciento** del contrato o haber transcurrido menos de dos años desde su formalización, requisitos que prevé expresamente la LCSP.

Criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios

Dos criterios:

Contratos con fórmula de revisión

- **La cuantía será el incremento que resulte aplicando la fórmula establecida en el contrato**, pero modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad, a las certificaciones de lo ejecutado durante el periodo desde el 1 de enero de 2021 hasta el momento en el que pueda ser efectiva la revisión prevista en la cláusula.
- Transcurrido este periodo, el contrato se regirá por lo establecido en el pliego.

Contratos sin fórmula de revisión

- La cuantía se determinará como la diferencia entre el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde 1 de enero de 2021 hasta la conclusión del contrato y el que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios, aplicando la fórmula que hubiera correspondido al contrato, modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad.
- Esta regla se aplicará aunque todavía no se hubiera ejecutado el 20% del importe del contrato o no hubiesen transcurrido dos años desde su formalización.

Procedimiento para la revisión

¿Ante quién se debe solicitar?	El órgano de contratación será el competente para aprobar la revisión excepcional de precios.
¿Por quién?	A instancia del contratista.
Plazo	2 meses: <ul style="list-style-type: none">- Desde la entrada en vigor del RD-Ley 3/2022.- Desde la publicación de los índices de mensuales de los precios de los componentes básicos de costes, relativos al último trimestre de 2021, si esta publicación fuese posterior.
Silencio	Negativo

Pago de la revisión extraordinaria de precios

Condición

Desistimiento de cualquier reclamación o recurso en vía administrativa o que hubiera ejercitado acción judicial.

Obligaciones


Obligación del contratista de repercutir al subcontratista la parte de la revisión que corresponda.

Pago

La cuantía de la revisión de precios se aplicará en la certificación final de la obra como partida adicional.

Revisión extraordinaria de precios en el sector ferroviario

- **En la DA Segunda de la LSF** se prevé con carácter **excepcional** la posibilidad de revisar los precios en los contratos de suministros de material ferroviario, que se encuentren destinados o estén afectos a contratos con obligaciones de servicio público (OSP), ya tengan naturaleza pública o privada.
- La revisión de precios sólo procederá respecto a aquellos contratos que se encuentren en **ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de esta Ley**, o cuyo anuncio de licitación, adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de **un año desde su entrada en vigor**.
- Se excluye de la revisión conceptos como la energía y los salarios.
- La cuantía máxima no puede exceder del **20% del precio total licitado**.



**Alternativas para la revisión
excepcional de precios en los
contratos no sujetos a la
legislación especial (RD-Ley
3/2022 y LSF)**



1. La modificación contractual

Art 205.2.b) de la LCSP "Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive 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:

Condiciones

Que la necesidad de la modificación se derive de **circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.**

Que la modificación **no altere la naturaleza global del contrato.**

Que la modificación del contrato **no exceda**, aislada o conjuntamente, **del 50% de su precio inicial**, IVA excluido.

1. La modificación contractual (cont.)



La aplicación de la modificación contractual ha sido aceptada **cuando se ha vinculado la modificación del contrato a la necesaria adaptación de las prestaciones del mismo a circunstancias imprevisibles** derivadas del COVID-19.



No ha resultado pacífico el recurso a la modificación contractual cuando la finalidad de la misma se limitaba a **compensar económicamente al contratista** por los efectos derivados del incremento extraordinario de precios en la ejecución contractual.

EXCEPCIÓN. Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2022, que ha considerado ajustada a derecho tal modificación, señalando que:

"la variación de las condiciones del mercado de suministro del tipo de mascarillas incluidas en ese lote se trata de una circunstancia sobrevenida no previsible", afirmando que "la Administración tenía la potestad y el deber de ajustar los precios a la baja, en observancia del principio de integridad y de una eficiente utilización de los fondos".

2. La doctrina del riesgo imprevisible

- **Doctrina de creación jurisprudencial.**
- Siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, las condiciones que deben cumplirse para que se pueda proceder al reequilibrio económico sobre la base de la doctrina del riesgo imprevisible son:

1

Alteración de las condiciones del contrato de carácter imprevisible y extraordinario.

2

Insuficiencia de los mecanismos en el propio contrato para su revisión.

3

La alteración de las circunstancias del contrato debe tener una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los límites razonables de la aleatoriedad, y produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido.

Cuestiones problemáticas

La delimitación de cuando un evento o suceso puede ser calificado de imprevisible es altamente difícil y de compleja apreciación.

Dificultades a la hora de poder justificar el carácter extraordinario del incremento de precios.

Compleja la cuantificación del impacto de los riesgos imprevisibles por referencia al riesgo y ventura del contratista.

2. La doctrina del riesgo imprevisible (cont.)

En definitiva, puede señalarse que la aplicación por parte del TS y del Consejo de Estado de la doctrina del riesgo imprevisible como base jurídica para legitimar un reequilibrio económico:

Ha sido bastante escasa

Se ha desarrollado una interpretación muy restrictiva de este supuesto

Lo que hace que no parezca que pueda ser una solución de carácter general para afrontar la subida excepcional y extraordinaria de precios en el ámbito de la contratación administrativa

3. La resolución contractual de mutuo acuerdo

De nuevo dos son las cuestiones a tener en cuenta para poder articular la resolución del contrato derivada de un alza imprevista de precios:

1

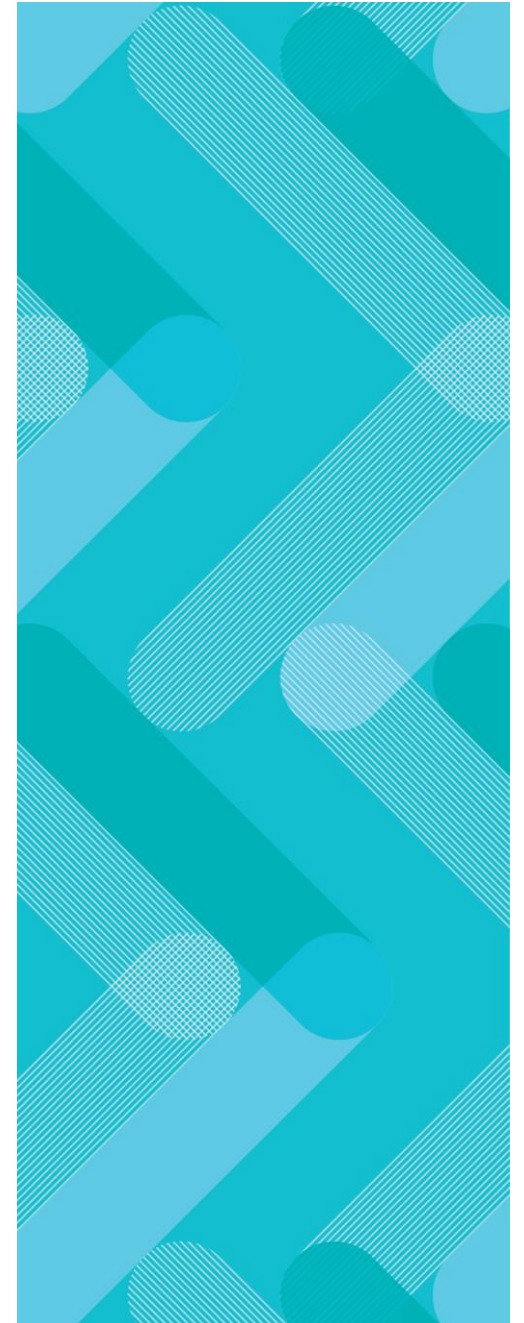
La causa de resolución no sea imputable al contratista, lo que parece que no ofrece problemas de interpretación en las circunstancias actuales de fuerte incremento de precios.

2

Debe tenerse en cuenta el interés público que puede hacer necesario la continuidad del contrato. La apreciación de si existe o no un interés público nos conduce a una necesidad de interpretación por parte de los órganos de contratación.

Conclusiones

Debería afrontarse una **modificación general para todos los tipos contractuales** -públicos y privados- que celebren las **entidades del sector público** para regular con mayor detalle los aspectos relacionados con el reequilibrio económico de los contratos que se puede ver alterado por hechos derivados de **situaciones extraordinarias e imprevisibles**.



Conclusiones

- De forma concreta deberían abordarse los siguientes puntos:

1

La necesidad de incluir en las cláusulas de los pliegos contractuales **fórmulas de revisión de precios que tengan la suficiente flexibilidad para poder adaptarse a situaciones extraordinarias de alza de precios** que permitan mantener un adecuado equilibrio del contrato conforme a los principios de buena fe y equidad contractual. En este sentido, los pliegos deberían poder prever las condiciones que deben reunir tales riesgos para poder dar lugar a una indemnización

2

Debería incluirse el establecimiento formal de la regla de que toda modificación contractual que tenga una significativa trascendencia económica pueda dar derecho a la correspondiente **indemnización del contratista**.

3

La **fuerza mayor debería** alcanzar de forma **expresa** a todos los contratos, lo que en la literalidad de la legislación contractual vigente no ocurre.

4

La LCSP, como hizo el RSCL, **debería** hacer una referencia **expresa** al reequilibrio por **riesgo imprevisible**, no sólo porque su consagración explícita (que está al servicio, no se olvide, de la conservación del contrato y de la continuidad del servicio a que sirve) dotaría de una mayor certidumbre y previsibilidad al régimen contractual, sino también porque, de ese modo, la Administración o entidad del sector público contratante, que en ocasiones es consciente del problema y quiere resolverlo, no vería en el silencio de la LCSP un obstáculo insalvable a su aplicación desde la perspectiva del principio de legalidad (en su vertiente de vinculación positiva) que debe regir toda su actuación