

INCREMENTO EXTRAORDINARIO DE PRECIOS Y CONTRATOS PÚBLICOS (2021-2022): UN INTENTO DE RECAPITULACIÓN Y ALGUNAS REFLEXIONES^{1,2}

Extraordinary price increases and public contracts (2021-2022): an attempt to recapitulate and some reflections

POR: GERMÁN BOUSO DARRIBA
Abogado. Doctorando en la Universidad de Vigo

RESUMEN: Este trabajo analiza la problemática vinculada al incremento extraordinario de precios y sus efectos en la ejecución de los contratos públicos, así como los remedios planteados por la normativa estatal y autonómica en la materia, y las disfuncionalidades de la regulación aprobada. Igualmente, estudia posibles soluciones para las entidades contratantes, atendiendo al criterio de los órganos consultivos y de las experiencias comparadas. Finalmente, reflexiona sobre las propuestas de mejora de la regulación en materia de contratación pública para afrontar estos escenarios de crisis.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública; incremento extraordinario de precios; principio de equidad contractual; modificaciones contractuales; teoría de la imprevisión; equilibrio económico.

ABSTRACT: This work analyzes the problems related to extraordinary price increases and their effects on the execution of public contracts, as well as the remedies proposed by the state and regional governments on the subject, and the dysfunctions linked to the approved regulations. It also studies some possible solutions to be applied by contracting entities, taking into account the criteria of the advisory bodies and comparative experiences. Finally, it reflects on the proposals for improving the regulation of public procurement in order to face these crisis scenarios.

KEYWORDS: Public procurement; extraordinary price escalation; principle of contractual fairness; public contract amendments; unpredictability theory; economic rebalancing.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO. 1.- PUNTO DE PARTIDA. 2.- FINALIDAD DEL RD-LEY 3/2022. 3.- EL LIMITADO ALCANCE DEL RD-LEY 3/2022 Y ALGUNA MODULACIÓN POSTERIOR. 4.- PRINCIPALES

¹ * Recibido para publicación: 13 de diciembre de 2022

Aceptado para publicación: 16 de diciembre de 2022

² Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: “Desafíos estratégicos de la contratación pública en la era de la 4ª revolución industrial: sostenibilidad, gobernanza e inteligencia artificial” (2021-2024), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España (Ref: PID2020-117707RB-I00). Sujeto a crítica, y obviamente a una mejor opinión fundada en Derecho, intenta modestamente contribuir a un debate necesario, y que concierne de manera relevante tanto a las entidades del sector público como a los operadores económicos privados.

CARACTERÍSTICAS DEL RD-LEY 3/2022. 5.- EL EMBROLLO REGULATORIO. 6.- LA REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS EN CONTRATOS DE SUMINISTRO DE MATERIAL FERROVIARIO COMO SECUELA DEL RD-LEY 3/2022. ¿INICIO DE UNA RECTIFICACIÓN O REGULACIÓN A LA CARTA? III.- ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA, Y DISCREPANCIAS DEL ESTADO CON LA REGULACIÓN AUTONÓMICA PARA MITIGAR LOS EFECTOS DEL INCREMENTO DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS. 1.- ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO. 2.- LA DILIGENCIA Y CELERIDAD DEL ESTADO EN EL CONTROL DE LAS REGULACIONES AUTONÓMICAS POR ENTENDER QUE VULNERAN COMPETENCIAS BÁSICAS. 3.- LA POSTURA DE LA JCCPE SOBRE EL CARÁCTER BÁSICO DEL RD-LEY 3/2022. 4.- LAS “*DIRECTRICES VINCULANTES*” DE CASTILLA Y LEÓN COMO EJEMPLO DE HERRAMIENTA VOLUNTARISTA PARA MITIGAR LOS EFECTOS DEL INCREMENTO DE PRECIOS. 5.- BREVES REFLEXIONES SOBRE EL MARGEN DE ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA MATERIA ANALIZADA. IV.- PRINCIPALES ALTERNATIVAS DE ACTUACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS NO INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RD-LEY 3/2022 Y QUE CARECEN DE MECANISMO DE REVISIÓN. 1.- LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. 2.- LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. 3.- LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO. V.- LA POSTURA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS EN RELACIÓN CON LOS POSIBLES REMEDIOS Y HERRAMIENTAS A ADOPTAR POR LAS ENTIDADES CONTRATANTES ANTE EL INCREMENTO DE PRECIOS. 1.- JUNTA CENTRAL DE CONTRATACIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA. 2.- COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. 3.- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CANARIAS. 4.- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE MADRID. 5.- JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA. VI.- EN PARTICULAR, EL DEBATE SOBRE EL ART. 205.2.B DE LA LCSP Y LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPREVISTAS. 1.- LAS DIRECTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN COMO CONTEXTO NECESARIO DEL ART. 205.2.B) DE LA LCSP. 2.- LAS OPINIONES DEL TACRC Y DE DIVERSOS ÓRGANOS CONSULTIVOS CONTRARIAS A LA APLICACIÓN DEL ART. 205.2.B) DE LA LCSP. 3.- OTROS PUNTOS DE VISTA SOBRE EL ALCANCE DEL ART. 205.2.B) DE LA LCSP. VII.- BREVES APUNTES SOBRE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN FRANCIA Y EN PORTUGAL. 1.- FRANCIA: LA CIRCULAR Nº 6374/SG, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2022. 2.- PORTUGAL: EL DECRETO-LEI Nº 36/2022, DE 20 DE MAYO. VIII.- LAS DIVERSAS PROPUESTAS EN EL CONGRESO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. ¿MODIFICACIÓN DEL ART. 103 DE LA LCSP Y DE LA LEY DE DESINDEXACIÓN, O UNA REFORMA MÁS AMBICIOSA? IX.- CONCLUSIONES. X.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I.- INTRODUCCIÓN

Durante los años 2021 y 2022, el incremento de los precios de determinadas materias primas, suministros y otros elementos, agravado por el conflicto bélico en Ucrania, ha provocado un notable aumento de los costes vinculados a la ejecución de numerosos contratos públicos. Ello de una manera tal que las autoridades públicas, al menos teóricamente, han reconocido que ese incremento en determinadas circunstancias debe

ser considerado como imprevisible, excediendo del riesgo y ventura que de manera razonable ha de asumir el contratista en cumplimiento de las prestaciones pactadas.

Existe un consenso relativamente amplio a la hora de considerar que los remedios y herramientas disponibles en la normativa ordinariamente aplicable -Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”)- son insuficientes para afrontar problemas como los descritos. Y por ello, tanto el Estado como diversas Comunidades Autónomas han aprobado una normativa excepcional en materia de revisión de precios, aunque con un alcance limitado -esencialmente, a los contratos de obras-, y que además ha planteado diversos problemas aplicativos y ciertas discrepancias competenciales.

En tal escenario, los órganos de contratación han explorado por razones de equidad alternativas complementarias para modular los desproporcionados efectos causados por la crisis inflacionista en determinados contratos públicos. Pero es notoria la dificultad para encontrar una solución homogénea, tanto por la naturaleza de la figura a emplear en función de los intereses públicos en presencia y las limitaciones jurídicas, como por la necesidad de apreciar casuísticamente la realidad de cada relación contractual.

II.- EL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO

1. PUNTO DE PARTIDA

El punto de partida para contextualizar la regulación excepcional en materia de revisión de precios es doble. Por una parte, obviamente, el incremento extraordinario de precios en el periodo 2021-2022, que está dificultando notablemente tanto la ejecución de los contratos públicos en vigor como el adecuado desarrollo de muchos procedimientos de licitación, ante la escasa o nula concurrencia debido a la incertidumbre existente. Por otra parte, la insuficiencia de la normativa contractual para dar solución a estos problemas, en gran medida por el mínimo alcance del art. 103 de la LCSP, y el cambio de paradigma operado por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla dicha Ley.

Curiosamente, como veremos, la principal regulación estatal aprobada en materia de revisión excepcional de precios se centra exclusivamente en los contratos de obras, y no ha planteado remedio ni solución alguna para aquellos contratos que desde hace años están más desprotegidos por causa de la LCSP y de la normativa de desindexación, como son los contratos de suministro y los contratos de servicios³.

2. FINALIDAD DEL RD-LEY 3/2022

En el escenario descrito se aprobó el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del

³ La revisión de precios solo se puede llevar a cabo según la normativa vigente en los contratos de obras, 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 periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras (“**RD-ley 3/2022**”).

La finalidad y el contexto de la aprobación del RD-ley 3/2022 se recoge bastante bien en su preámbulo, que pone de manifiesto: i) el fuerte incremento de los precios de determinadas materias primas, que ha repercutido de manera intensa en la ejecución de muchos contratos de obras; ii) tal incremento de costes “*era imprevisible en el momento de la licitación*” y además “*excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público*”; iii) la magnitud y el carácter imprevisible del alza de precios hace que los mecanismos ordinarios de revisión de precios del art. 103 de la LCSP no sirvan para afrontar adecuadamente la situación⁴; iv) el escenario descrito es notablemente perjudicial para el interés público, y también afecta severamente a los operadores económicos del sector de la obra civil.

Y por todas esas razones se considera oportuno adoptar medidas urgentes para permitir una revisión excepcional de los precios de determinados contratos de obras.

Lo cierto es que este tipo de regulaciones excepcionales no son una novedad en nuestro Derecho. Y no se puede negar que el RD-ley 3/2022 tiene bastantes similitudes con algunos de sus precedentes, e incluso comparte particularidades. Por ejemplo, con el Real Decreto de 31 de marzo de 1917, que concede a los contratistas el derecho de revisión de precios en los contratos de obras públicas dependientes del Ministerio de Fomento⁵. Esta norma se refería también exclusivamente a contratos de obras, tenía carácter temporal, establecía un umbral porcentual para que resultase procedente la aplicación de la revisión de precios excepcional, se limitaban las materias primas objeto de compensación, y tuvo que ser corregida posteriormente debido a su insuficiencia⁶.

En los siguientes epígrafes se analizarán solamente algunas particularidades del RD-ley 3/2022, puesto que dicha norma ha sido ampliamente comentada durante estos meses, y además desde diversos centros directivos se han elaborado guías, instrucciones, etc. sobre su aplicación, que son en muchos casos muy claras y sintéticas.

3. EL LIMITADO ALCANCE DEL RD-LEY 3/2022 Y ALGUNA MODULACIÓN POSTERIOR

Una de las cuestiones que inicialmente más llamó la atención del RD-ley 3/2022 fue su limitado alcance. En lo que se refiere a las tipologías contractuales incluidas -o, mejor dicho, a las no incluidas-, y en lo relativo a ciertas modulaciones de la regulación de la revisión en los contratos concernidos -aspectos temporales, materiales incluidos, etc.-.

⁴ La norma refleja que no es posible afrontar esta situación en aquellos contratos de obras que no contemplen revisión de precios. Y tampoco en aquellos otros en los que, a pesar de incorporarla, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20% de su importe.

⁵ Gaceta de Madrid núm. 91, de 1 de abril de 1917.

⁶ Por ejemplo, con la posterior aprobación del Real Decreto de 23 de julio de 1918 (Gaceta de Madrid núm. 205 de 24 de julio de 1918).

Como es sabido, la revisión excepcional de precios del RD-ley 3/2022 solo tiene por objeto los contratos de obras. Esto es, deja fuera a otras tipologías contractuales, a pesar de que el incremento extraordinario de precios también está dificultando notablemente su ejecución. Son muchos los contratos de servicios y de suministro en esa situación. Y no solo eso, condiciona de manera relevante la participación de operadores económicos en los nuevos procedimientos de licitación, debido a la situación de inseguridad, sobre todo en lo que se refiere al incremento de costes laborales y de suministros energéticos.

Pues bien, si la exclusión de otras tipologías de contratos públicos diferentes a los de obras generaba bastantes dudas, éstas no se han despejado a la vista de su justificación.

Así, en respuesta a una pregunta planteada en el Congreso de los Diputados sobre los *“motivos que han justificado la exclusión del resto de modalidades contractuales contempladas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo”*⁷, el Gobierno indica literalmente que *“el alcance de esta regulación (contratos de obras) se ha determinado teniendo en cuenta, en primer término, lo señalado en cuanto al ámbito objetivo del régimen de revisión de precios del artículo 103 de la LCSP, y, en particular, teniendo en cuenta que los incrementos de costes más significativos se dan en el caso de determinados materiales (los relacionados en el artículo 7 del Real Decreto-Ley) que, por su propia naturaleza tiene incidencia muy especialmente en los contratos de obras. Es decir, el Gobierno consideró que en el momento de aprobación de los señalados Reales Decretos-leyes, la urgencia y necesidad de regular el régimen excepcional de revisión de precios afectaba fundamentalmente a la contratación pública de obras”*.

Siguiendo la anterior argumentación, cabe plantearse en primer lugar la oportunidad de vincular las tipologías de contratos sujetos a revisión en la LCSP -que es un régimen ordinario, discutible además en cuanto a determinadas exclusiones-, con este supuesto excepcional de revisión de precios, desligado del anterior, y que tendría que centrarse en resolver los problemas coyunturales específicos de aquellos contratos en ejecución concernidos por la crisis inflacionaria -cuyos efectos en materia de incremento de precios se califican por el propio RD-ley 3/2022 como imprevisibles-⁸. Y quedan en cuarentena también las afirmaciones implícitas sobre que los costes recogidos en el art. 7 del RD-ley 3/2022 son los únicos que han sufrido relevantes incrementos en la ejecución de los contratos públicos, al igual que la no necesidad de dar cobertura a otro tipo de contratos.

Sea como fuere, el debate parece cerrado, ante la nula intención por parte del Estado de articular medidas en la materia -y la beligerancia con las regulaciones autonómicas que han intentado salirse de ese guion establecido-. Obviamente, la conflictividad en sede administrativa y judicial será muy relevante en los próximos meses por causa de esta decisión, ya que son muchos los contratos diferentes a los de obras licitados hace años y que se encuentran en una situación de manifiesta inequidad prestacional.

⁷ La respuesta a la pregunta (184/091696) fue publicada en el BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie D, núm. 519, de 25 de octubre de 2022.

⁸ Razonablemente, resulta complejo afrontar un problema cuando se desconoce o quiere ignorar la difícil realidad económica presente en la ejecución de determinados contratos -muchos de ellos conciernen a prestaciones y servicios de competencia autonómica y local-.

En otro orden de consideraciones, la regulación inicial del RD-ley 3/2022 ha tenido que ser adaptada en varias ocasiones, esencialmente para modular su alcance objetivo.

Así, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo modifica la práctica totalidad de los artículos del RD-ley 3/2022 vinculados a la revisión excepcional de precios. Entre otras variaciones: i) se amplía el mecanismo de revisión excepcional a aquellos contratos cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor del RD-ley 3/2022 - inicialmente se limitaba a los contratos en ejecución-⁹; ii) se establece una excepción subjetiva a la aplicación de la revisión excepcional -volátil, como luego se indicará-, para “*las entidades del sector público que operen en sectores regulados cuyo régimen de inversiones se hubiera cerrado en los último 9 meses*”; iii) se modula la limitación inicial del reconocimiento de la revisión al ejercicio 2021, y en la nueva redacción se plantea ese impacto relevante del incremento de precios en la economía del contrato “*durante su vigencia y hasta su finalización*”. Y en línea con esta variación se retoca también la metodología para considerar que existe ese impacto relevante; iv) se recoge la posibilidad de introducir otros materiales diferentes a los que inicialmente contemplaba el RD-ley 3/2022 para valorar si existe un impacto significativo; v) los criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios del art. 8 del RD-ley 3/2022 se adaptan a las anteriores alteraciones, y vi) se amplía el plazo para que los contratistas soliciten la revisión excepcional de precios; deberá presentarse durante la vigencia del contrato -en todo caso, antes de la aprobación de la certificación final de obras-.

Además, el Real Decreto-Ley 14/2022 modificó los arts. 6 y 7 del RD-ley 3/2022¹⁰. En particular, se prevé la aplicación de la revisión excepcional de precios a los contratos de obras de duración inferior a doce meses, contemplando que en ese caso “*el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados*”. Eso sí, también se limita el alcance de la medida, al señalar que “*el periodo mínimo de duración del contrato para que pueda ser aplicable esta revisión excepcional de precios será de cuatro meses, por debajo del cual no existirá este derecho*”.

Finalmente, el art. 7.1 del RD-ley 3/2022 delimitaba a priori los materiales a tener en cuenta en la revisión excepcional de precios de los contratos de obras, centrándolos en el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre. Algo que también generó ciertas dudas a los operadores económicos.

Como hemos visto, en virtud de la modificación de dicho artículo por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, se deja una puerta abierta a su variación, al introducir la posibilidad de que “*por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, se podrán establecer*

⁹ También para aquellos contratos que incluyan cláusula de revisión de precios, y cuyo anuncio de licitación se publique en la plataforma en el plazo de un año desde la entrada en vigor del RD-ley 3/2022.

¹⁰ Al margen de lo comentado, en el caso del art. 6 del RD-ley 3/2022 se suprime la mención a que la revisión excepcional no será aplicable “*a las entidades del sector público que operen en sectores regulados cuyo régimen de inversiones se hubiera cerrado en los último 9 meses*”. En el art. 7 del RD-ley 3/2022 también se concreta el periodo de cálculo a los efectos de considerar que existe un impacto directo y relevante en la economía del contrato. Y se plantea un régimen transitorio específico para la reforma.

otros materiales cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta a los efectos anteriores”. Y precisamente, haciendo uso de la misma, la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, establece que de manera adicional, a los efectos de aplicar la revisión excepcional deberá tenerse en cuenta también el incremento de coste de cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos y vidrio. Veremos si es o no la última adaptación formal y/o material en esta materia.

4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RD-LEY 3/2022

Los arts. 6 a 10 y la disposición final primera del RD-ley 3/2022 recogen el régimen aplicable a la revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras.

a) Casos susceptibles de revisión excepcional de precios

El art. 6 del RD-ley 3/2022 delimita los “casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras”, tanto desde un punto de vista objetivo, como desde la óptica de la entidad contratante, en una regulación modificada en varias ocasiones.

En concreto, son susceptibles de revisión excepcional de precios los contratos públicos de obras, administrativos o privados¹¹: i) que se encuentren en ejecución¹², licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor del RD-ley 3/2022, o ii) cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de dicha norma¹³.

La revisión excepcional de precios resultará de aplicación al sector público estatal, y en virtud de lo señalado en el art. 6.3 del RD-ley 3/2022, a las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, siempre que así lo acuerden. Este último punto no ha estado exento de polémica. En primer lugar, porque muchas Comunidades aprobaron su propia normativa en materia de revisión excepcional de precios. Y en segundo lugar, por su aplicación a las entidades locales, universidades públicas, etc., y las dudas sobre si resulta necesario o no un acuerdo expreso de sus órganos competentes.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones, todas las Comunidades Autónomas se han terminado adhiriendo al RD-ley 3/2022¹⁴. Y en cuanto a la segunda, en función de los acuerdos de incorporación adoptados por las CCAA¹⁵, algunas entidades locales

¹¹ También a los contratos de los denominados sectores excluidos.

¹² El alcance de la expresión “contratos que se encuentren en ejecución” se analiza por la JCCPE en el Informe emitido en el contexto del “Expediente: 14/22”, sobre “interpretación del artículo 6 del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo”.

¹³ La posibilidad de revisión excepcional, según el párrafo segundo del art. 6.1 del RD-ley 3/2022 se podrá aplicar también a aquellos contratos que incluyan fórmulas de revisión de precios, y cuyo anuncio de licitación se publique en la plataforma de contratos del sector público en el plazo de un año desde la entrada en vigor del RD-ley 3/2022.

¹⁴ Excepto la Comunidad Foral de Navarra, con competencias en la materia, que aprobó el Decreto Ley Foral 1/2022, de 13 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en la Comunidad Foral de Navarra en respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

¹⁵ Algunas Comunidades Autónomas indican expresamente en los acuerdos de aplicación del mecanismo excepcional de revisión de precios de los contratos de obras del RD-ley 3/2022 que ese régimen será

aprobaron acuerdos para aplicar la regulación excepcional estatal. Ante la incertidumbre y la falta de homogeneidad en la materia, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (“JCCPE”) emitido en el “Expediente 27/2022” ha tratado de “acudir al rescate”, indicando que “*la decisión que adopte cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo vincula a las Corporaciones Locales de su propio ámbito de competencia*”. Aunque no ha tenido pleno éxito. Luego retomaremos el asunto, planteando ejemplos autonómicos concretos.

b) Parámetros para el reconocimiento de la revisión y criterios de cálculo

El art. 7 del RD-ley 3/2022, esencial, establece los parámetros a tener en cuenta para reconocer el derecho del contratista a la revisión excepcional de precios en los contratos de obras, que tendrá lugar cuando el incremento del coste de los materiales empleados en la ejecución del contrato haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización¹⁶.

A tal efecto, la propia norma establece que se considera que existe un impacto directo y relevante “*cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el periodo, siempre posterior al 1 de enero de 2021, que determine el contratista en su solicitud y que no podrá ser inferior a doce ni superior a veinticuatro meses, su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en ese mismo período*”.

Hay que tener en cuenta que el mismo art. 7 establece que por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se podrán establecer otros materiales cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta. Y como hemos visto, la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre introduce nuevos materiales¹⁷.

Además, el art. 7 del RD-ley 3/2022 contempla dos límites a la revisión excepcional de precios. Uno vinculado a la duración contractual, al señalar que el periodo mínimo de duración del contrato para que pueda ser aplicable la revisión excepcional de precios será de cuatro meses. Y otro cuantitativo, ya que el importe de la revisión excepcional no podrá ser superior al veinte por ciento del precio de adjudicación del contrato.

obligatorio para las entidades locales de su ámbito territorial. Otras someten la aplicación del RD-ley 3/2022 a la decisión individual de cada entidad local. Y algún acuerdo autonómico no realiza mención alguna a este asunto.

¹⁶ Una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.

¹⁷ Cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos y vidrio.

En cuanto a los criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios, el art. 8 del RD-ley 3/2022 establece un doble esquema para delimitar la cuantía resultante, en función de si los pliegos del contrato contemplan o no fórmulas de revisión¹⁸.

c) Procedimiento para la revisión de precios y pago de la cuantía

Por su parte, el art. 9 del RD-ley 3/2022 regula el “*procedimiento para la revisión excepcional de precios*”, teniendo en cuenta los siguientes parámetros: i) se inicia a petición del contratista, quien deberá presentar su solicitud con la documentación justificativa de la excepcionalidad, ello durante la vigencia del contrato¹⁹; ii) el órgano de contratación analizará la solicitud para apreciar si concurren o no los requisitos exigidos de excepcionalidad, utilizando siempre que sea posible datos del Instituto Nacional de Estadística; iii) una vez realizado el análisis, se formulará una propuesta provisional, que se notificará al contratista por diez días hábiles para sus posibles alegaciones; iv) el órgano de contratación resolverá en el plazo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo para su presentación. La finalización del plazo máximo para resolver sin resolución expresa faculta al solicitante para entender desestimada su solicitud por silencio administrativo.

A pesar de que el procedimiento descrito planteó ciertas dudas entre los operadores económicos, cabe pensar que debe estar funcionando adecuadamente -al menos desde el punto de vista del sector público estatal-, ya que el Gobierno, respondiendo a una pregunta escrita sobre los criterios interpretativos seguidos por el Ministerio de Hacienda en relación con la aplicación del Real Decreto-ley 3/2022²⁰, considera que “*se trata de un procedimiento que responde al objetivo de lograr un equilibrio entre agilidad en la tramitación y la necesaria acreditación de la concurrencia de los requisitos que justifican la aplicación del régimen excepcional de revisión; por lo que, no parece oportuna una modificación del procedimiento vigente*”.

Ciertamente, se debería hacer un seguimiento a todas estas reclamaciones, para ponderar en su justa medida si el citado procedimiento ha sido eficiente -sobre todo para los contratistas-.

En cuanto al pago de la hipotética cuantía resultante de la revisión excepcional de precios, se regula en el art. 10 del RD-ley 3/2022. De su régimen cabe destacar tres particularidades: i) la cuantía resultante de la revisión excepcional se aplicará en la certificación final de la obra como partida adicional; ii) en el caso de que se reconozca al contratista el derecho a la revisión excepcional de precios, se deberá aprobar un nuevo programa de trabajo adaptado a las circunstancias de la obra. Su incumplimiento por el contratista puede dar lugar incluso a la pérdida del derecho a la revisión y en su caso a la devolución de las cantidades percibidas; iii) el pago de la cuantía resultante de la revisión

¹⁸ Hay que reiterar que el párrafo segundo del art. 6.1 del RD-ley 3/2022 permite en determinadas condiciones aplicar el mecanismo excepcional de revisión también a los contratos que hayan previsto fórmulas de revisión de precios.

¹⁹ Y, en todo caso, antes de la aprobación por el órgano de contratación de la certificación final de obras.

²⁰ La respuesta a la pregunta (184/092250) fue publicada en el BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie D, núm. 519, de 25 de octubre de 2022.

excepcional de precios del contrato de obras quedará condicionado, en su caso, al desistimiento de aquellas reclamaciones o recursos que haya presentado el solicitante con carácter previo por causa del incremento del coste de los materiales.

d) Título competencial

Finalmente, queda apuntado que el apartado tercero de la disposición final primera del RD-ley 3/2022 establece que sus arts. 6 a 10 se dictan en virtud de la competencia del Estado en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones²¹.

5. EL EMBROLLO REGULATORIO

La pasividad del Estado a la hora de abordar la grave problemática vinculada a los efectos del incremento extraordinario de precios en los contratos públicos motivó que diversas Comunidades Autónomas decidieran regular sobre esa materia, en algún caso meses antes de la aprobación del RD-ley 3/2022. Es el ejemplo de Galicia -Ley 18/2021 de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas-, o también el de Extremadura -Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales para 2022-.

Además, posteriormente, e incluso ya en vigor el RD-ley 3/2022, se han aprobado nuevas normas autonómicas, algunas con variaciones relativamente significativas sobre las previsiones de la norma estatal. Por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Illes Balears con el Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, y en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears, de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación. No obstante, otras Comunidades decidieron no elaborar normativa específica, y una vez aprobado el RD-ley 3/2022 han acordado sin más aplicar las previsiones de la regulación estatal.

Finalmente, todas las Comunidades Autónomas²² han declarado la aplicación en su ámbito del mecanismo excepcional de revisión de precios en contratos de obras, en los términos del art. 6 del RD-ley 3/2022. Pero aunque parezca lo contrario, esta situación dista de ser pacífica. En primer lugar, porque en varias de las Comunidades que han aprobado normativa específica no queda clara la aplicabilidad de la regulación propia en aquellas cuestiones que complementan y sobre todo que definen situaciones no previstas en la norma estatal. Y en segundo lugar, porque incluso en los sencillos acuerdos de incorporación aprobados por los ejecutivos autonómicos no ha existido homogeneidad, en particular sobre su aplicación a entes locales y universidades públicas.

En cuanto a esta última cuestión, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Gobierno del País Vasco de 5 de abril de 2022 determina la aplicación del Título II del RD-ley 3/2022

²¹ Concluye la disposición final primera indicando que lo anterior es así “*con excepción de aquellos aspectos que conforme a la Disposición final primera 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, hayan sido declarado no básicos*”. No especifica cuáles son esos “aspectos”, aunque ciertamente el RD-ley 3/2022 no deja mucho margen para la imaginación, sobre todo a la vista del celo competencial estatal.

²² Y las dos Ciudades Autónomas.

“en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, incluyendo las Entidades Locales existentes en la misma”. Y en similar sentido, el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 28 de abril de 2022, que prevé que la *“normativa básica”* -se refiere al RD-ley 3/2022- será aplicable también *“a las universidades públicas y a las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia”.*

En algún caso, como el Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Región de Murcia de 31 de marzo de 2022, no existe mención alguna a las entidades locales, limitándose su decisión a *“aplicar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público recogidas en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022”.*

Y otras Comunidades Autónomas al adoptar sus acuerdos sobre la aplicación de la revisión excepcional del RD-ley 3/2022 han entendido procedente respetar la autonomía de las entidades locales, estableciendo que sean ellas las que en su caso decidan su aplicación. Es el caso del apartado segundo del Acuerdo de 6 de julio de 2022, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid²³, que indica que las universidades públicas y las entidades locales de su ámbito territorial podrán declarar de aplicación la norma estatal mediante decisión individualizada del órgano competente²⁴.

En tal escenario, algunas entidades locales han aprobado acuerdos con el fin de incorporarse expresamente al esquema estatal. Por ejemplo, el Acuerdo de 14 de julio de 2022 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid. De hecho, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias elaboró incluso una Circular en la que se adjuntó un modelo de acuerdo a adoptar por los órganos competentes de las entidades locales, tanto para la aplicación del RD-ley 3/2022, como del Decreto-ley 4/2022, norma autonómica específica en la materia -en esta Circular se plasman también otras cuestiones relevantes, como los problemas de financiación que pueden tener algunos municipios para hacer frente a estas medidas, y la virtualidad de determinados aspectos de la normativa autonómica-.

Esto es, en resumidas cuentas, la falta de ideas claras y de un marco jurídico definido ha provocado una situación de relevante inseguridad, tanto para órganos de contratación como para adjudicatarios de contratos públicos. Y no ya solo en lo referente al alcance subjetivo de la adhesión al mecanismo de revisión de precios estatal. También en cuanto a la normativa aplicable en aquellas CCAA que han regulado sobre la materia.

En posteriores apartados veremos además que el Estado se ha mostrado beligerante con las normas autonómicas en las que su contenido se aparta -aunque sea ligeramente- de las previsiones del RD-ley 3/2022. Y al día de la fecha siguen sin resolverse una parte de las discrepancias planteadas²⁵. Más madera para el embrollo regulatorio.

²³ También Asturias, Andalucía o Castilla y León.

²⁴ De este modo, en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid se ha obviado el criterio manifestado un mes antes por la JCCPE.

²⁵ O al menos no constan publicados en el BOE los acuerdos de solución de todas las discrepancias.

6. LA REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS EN CONTRATOS DE SUMINISTRO DE MATERIAL FERROVIARIO COMO SECUELA DEL RD-LEY 3/2022. ¿INICIO DE UNA RECTIFICACIÓN O REGULACIÓN A LA CARTA?

En fechas recientes se ha aprobado en las Cortes Generales el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario²⁶. Y la disposición adicional segunda de esta nueva norma recoge previsiones de especial interés para la temática aquí analizada. En concreto, una regulación específica de la revisión excepcional de precios en los “*contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento*”.

Originariamente, la enmienda nº 79 presentada en el Congreso de los Diputados durante la tramitación del Proyecto de Ley²⁷ propuso la introducción de una disposición final, con el objetivo de modificar el RD-ley 3/2022 y añadir dos nuevos apartados a su art. 6, incorporando la regulación de un mecanismo de revisión excepcional de precios en los contratos públicos “*de suministros de bienes y de servicios del sector ferroviario*”.

La justificación de la enmienda afirma que la “*situación de excepcionalidad reconocida por el Real Decreto-ley 3/2022, así como la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas actividades, afecta igualmente a los contratos de suministro de bienes y de servicios, por ejemplo, a los contratos de suministro de material rodante y a los contratos de servicios del sector ferroviario*”. Una opinión que es respaldada por muchos operadores económicos, y que desde aquí también se comparte. Menos apoyo tendrá, eso sí, que una vez constatado el grave problema, la nueva regulación se centre en el “ejemplo” y no en el todo.

Sea como fuere, finalmente, la propuesta -con ciertos cambios no menores respecto a la redacción originaria, cuya justificación y trazabilidad no estaría de más conocer²⁸- se incorpora definitivamente a la nueva regulación que modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario. Lo hace, eso sí, como una disposición adicional a la propia norma, y no como una modificación del RD-ley 3/2022.

El contenido de la disposición adicional segunda de la Ley por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario se puede resumir del modo siguiente: i) regula un mecanismo de revisión excepcional de precios para los contratos públicos de “*suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento destinados o afectos a contratos con obligaciones de*

²⁶ En la fecha de remisión de este trabajo, salvo error involuntario, no se había publicado en el BOE la nueva norma. Por ello, se emplea la referencia de la publicación de su aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados en el BOCG (BOCG Serie A, núm. 78-8, de 12 de diciembre de 2022).

²⁷ BOCG Serie A, núm. 78-3, de 2 de junio de 2022.

²⁸ En el Informe de la Ponencia, salvo error, no se hace referencia a la enmienda nº 79. Y tampoco aparece en el texto (BOCG Serie A, núm. 78-4 de 13 de julio de 2022). El contenido de la enmienda nº 79, con varias modificaciones en su redacción, sí aparece como nueva disposición adicional segunda en el texto del Proyecto reflejado en el Dictamen de la Comisión de Transportes, Movilidad y Agenda (BOCG Serie A, núm. 78-5, de 21 de julio de 2022).

*servicio público (OSP)*²⁹ que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de la nueva norma, 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; ii) se habilita a los órganos de contratación correspondientes para la determinación de las propuestas de fórmulas de revisión, atendiendo a los principios del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española; iii) se excluyen de la revisión “*conceptos tales como energía y salarios*”; iv) la cuantía máxima de la revisión no podrá exceder del 20% del precio total licitado³⁰; v) se prevé expresamente que la revisión excepcional de precios “*tendrá la consideración de causa ajena a la gestión del operador ferroviario, a los efectos previstos en las cláusulas de imputación de evolución de costes de los contratos que regulen las obligaciones de servicio público*”. La traducción aparente de este último entrecomillado es que los efectos económicos de la revisión excepcional en los contratos de suministro serán repercutidos por el operador ferroviario a la Administración General del Estado³¹.

Visto lo anterior, la pregunta ante esta nueva regulación es evidente, aunque no se haya tramitado a través de una modificación del RD-ley 3/2022: si se afirma haber constatado la necesidad de actualizar precios en contratos de suministro y de servicios, ¿la nueva previsión anticipa un cambio de parecer a la hora de extender el mecanismo excepcional de revisión de precios a tipologías contractuales diferentes a los contratos de obras? ¿O simplemente estamos ante un ejemplo de regulación a la carta, y la equidad contractual solo se recogerá en la normativa en función del peso específico y/o influencia de cada sector de actividad, asociación representativa, etc.?

III.- ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA, Y DISCREPANCIAS DEL ESTADO CON LA REGULACIÓN AUTONÓMICA PARA MITIGAR LOS EFECTOS DEL INCREMENTO DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS

1. ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO

El art. 149.1.18 de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de “*legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas*”. Por su parte, las CCAA, estatutariamente, han asumido competencias para el desarrollo

²⁹ La enmienda nº 79 al Proyecto de Ley se refería a “*contratos públicos de suministros de bienes y de servicios del sector ferroviario*”.

³⁰ Los puntos iii) y iv) no estaban en la enmienda nº 79; son coherentes con el RD-ley 3/2022.

³¹ No se afirma con certeza, porque la justificación de este apartado tercero es ignota -al menos para quien escribe estas líneas-, ya que no se recogía en la redacción inicial de la enmienda nº 79 al Proyecto de Ley. El contrato entre la Administración General del Estado y Renfe Viajeros, S.A, para la prestación de los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril de «Cercanías», «Media distancia convencional», «Alta velocidad media distancia» (AVANT) y «Ancho métrico» sujetos a obligaciones de servicio público en el periodo 2018-2027, recoge una Cláusula Undécima, relativa a la “*Imputación de la evolución de costes*”, que regula la delimitación de riesgos entre las partes. Y que señala que “*si la variaciones sobre las previsiones de los costes, tanto positivas como negativas, obedecieran a causas ajenas a la gestión de Renfe Viajeros, S.A., sus efectos serán repercutidos a la Administración General del Estado*”.

normativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de contratación pública -han sido pocas las que las han materializado realmente, y menos con plenitud-.

El concepto de «bases» o de «legislación básica», como es conocido, tiene una doble dimensión, material y formal. En lo que aquí interesa, el alcance material de las bases se equipara con una suerte de común denominador normativo, de aplicación a todo el territorio nacional, y necesario para asegurar tanto la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de constitucionalidad que establecen la distribución de competencias, como la propia preservación de los intereses generales.

Precisamente, en materia de contratación pública -y a pesar de que la conflictividad, como destaca la doctrina, ha sido menor-, varias sentencias del Tribunal Constitucional han perfilado el alcance de la «legislación básica»; como ejemplo, la conocida STC 68/2021, de 18 de marzo³². Siguiendo lo indicado en esta última resolución, tal delimitación se ha llevado a cabo de acuerdo con dos criterios teleológicos:

- El criterio vinculado a la consecución o garantía de los principios generales de la contratación en el sector público. Y de manera señalada, los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, e igualdad de trato y no discriminación entre los operadores económicos que participan en procedimientos de licitación. Ello con el fin de asegurar un tratamiento común por parte de todas las Administraciones en el ámbito de la contratación pública.
- El criterio vinculado a la consecución o garantía de los objetivos de estabilidad presupuestaria, control de gasto, y eficiente utilización de los fondos públicos.

En tal contexto, a través de diversas sentencias, el TC ha concretado el ámbito de lo básico en materia de contratación pública. Y en la temática que nos ocupa, vinculada esencialmente a la ejecución contractual, ha determinado que los preceptos recogidos en la normativa estatal tienen, con carácter general, la consideración de básicos.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional considera que tienen carácter básico:

- i) Las reglas sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y concesiones y, de manera específica, las prerrogativas de la Administración, en cuanto que permiten salvaguardar los fines públicos a los que sirven tales contratos (STC 84/2015, de 30 de abril y STC 68/2021, de 18 de marzo).
- ii) La regulación del «*ius variandi*» o potestad de modificación contractual (STC 118/1996, de 27 de junio).
- iii) La regulación de la revisión de precios en los contratos del sector público (STC 68/2021, de 18 de marzo).
- iv) El régimen de prohibición de pago aplazado, tanto por regular un aspecto nuclear de la contratación administrativa, como por su conexión con el

³² Analiza un recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón frente a diversos preceptos de la LCSP.

principio de estabilidad presupuestaria, que “*informa y preside todas las políticas públicas con impacto en el gasto*” (STC 56/2014, de 10 de abril³³).

- v) La regulación del régimen del equilibrio económico de las concesiones de obras y de servicios, en cuanto que principio general en contratación pública, además de correlato del principio de riesgo y ventura (STC 68/2021, de 18 de marzo³⁴).
- vi) La regulación de las causas de resolución de los contratos y sus efectos (STC 68/2021, de 18 de marzo).

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la definición de lo básico ha de permitir a las CCAA su desarrollo a través de opciones legislativas propias, de forma que la legislación básica no agote completamente la materia. Algo que sucederá si una regulación estatal es excesivamente minuciosa o detallada y no deja espacio a la competencia autonómica de desarrollo legislativo -salvo casos excepcionales en los que ese detalle sea imprescindible para el ejercicio efectivo de competencias establecidas, como recuerda la STC 147/1991, de 4 de julio, o la STC 49/1988, de 22 de marzo-.

En el marco descrito deberán evaluarse los siguientes epígrafes, en los que se expondrán las principales discrepancias del Estado en relación con la regulación aprobada por diversas CCAA con el fin de mitigar el impacto del alza extraordinaria de precios en los contratos públicos, la postura de la JCCPE sobre este particular, y el casi nulo margen de actuación que en teoría quedaría para el legislador autonómico -con la justificación casi exclusiva de la necesidad de asegurar la unidad normativa-.

2. LA DILIGENCIA Y CELERIDAD DEL ESTADO EN EL CONTROL DE LAS REGULACIONES AUTONÓMICAS POR ENTENDER QUE VULNERAN COMPETENCIAS BÁSICAS

La relativa pasividad con la que el Estado abordó la problemática vinculada al aumento extraordinario de los precios y los efectos de esta situación en los contratos públicos contrasta con la celeridad al controlar las iniciativas de las CCAA en la materia.

La metodología seguida se refleja, a grandes rasgos, en la respuesta del Gobierno a una pregunta realizada en el Congreso de los Diputados sobre el “*seguimiento del cumplimiento de las disposiciones relativas a la revisión de precios contempladas en el*

³³ La Sentencia analiza una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en relación con el artículo 44 de la Ley 10/2010, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011, por entender que vulnera las previsiones de la normativa estatal en relación con la prohibición del pago aplazado en los contratos públicos. El TC considera que “*la ley que puede establecer excepciones a la regla general de prohibición de pago aplazado en los contratos que celebran las Administraciones públicas debe ser necesariamente estatal*”.

³⁴ Analiza los artículos 270 y 290 de la vigente LCSP. También la STC 118/1996, de 27 de junio alude al carácter básico de la regulación del mantenimiento del equilibrio económico concesional, en el contexto de la normativa aplicable a las concesiones administrativas en los servicios de transporte.

*Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo*³⁵. En ella se indica que el Ministerio de Hacienda y Función Pública está realizando “*un seguimiento de las Disposiciones o Acuerdos mediante los cuales las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta el apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2022, han decidido la aplicación dentro de su ámbito territorial del régimen excepcional de revisión de precios regulado en el Título II (artículos 6 y siguientes) de dicho Real Decreto-ley*”.

Y además, se expone que el citado Ministerio ha examinado “*las normas autonómicas en las que se establece esa aplicabilidad en su ámbito territorial con el fin de analizar si su contenido se adecua al marco relativo a la revisión de precios recogido en dicho Real Decreto-ley con el fin de que, en los casos en que se ha detectado una posible vulneración de dicho marco, se procediera al análisis de la mencionada norma conjuntamente con la correspondiente Comunidad Autónoma, a efectos de acordar fórmulas para resolver las discrepancias que existieran*”.

Todo ello apoyándose además en el ya aludido Informe de la JCCPE emitido en el contexto del “*Expediente 27/2022*”, al que se le dedicará el siguiente epígrafe, y que refleja en esencia dos ideas: i) la regulación de la revisión de precios tiene carácter básico y por tanto es competencia estatal, por lo que si las Comunidades Autónomas deciden aplicar un sistema de revisión excepcional de precios deben respetar las previsiones del RD-ley 3/2022; ii) no caben más excepciones al principio de riesgo y ventura que las recogidas en la normativa básica estatal³⁶.

En tal contexto, son varias las controversias sustanciadas en el seno de Comisiones Bilaterales de Cooperación³⁷ entre el Estado y la correspondiente CCAA, por causa de la regulación autonómica aprobada para mitigar la crisis de precios. Por ejemplo:

a) Comunidad Autónoma de Galicia

La Comunidad Autónoma de Galicia fue pionera al afrontar el debate sobre los efectos del incremento extraordinario de los precios de las materias primas y de los suministros en los contratos públicos, regulando parcialmente³⁸ esta materia. Así, en virtud de una enmienda durante la tramitación de su Proyecto de Ley³⁹, se incorpora a la Ley 18/2021 de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas una disposición adicional que regula un nuevo supuesto de revisión de precios en los contratos de obras celebrados por

³⁵ La respuesta a la pregunta (184/091748) fue publicada en el BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie D, núm. 519, de 25 de octubre de 2022.

³⁶ Parece razonable entender que tal afirmación incluye no solo a las excepciones recogidas en el RD-ley 3/2022, sino también a las previstas en la LCSP. Y obviamente, habría que tener en cuenta también las excepciones recogidas en la Jurisprudencia, señaladamente vinculadas a la teoría de la imprevisión.

³⁷ Órganos de naturaleza estatutaria o no estatutaria, de composición mixta, que tienen entre sus funciones la de foro de diálogo para impedir que surjan conflictos entre el Estado y la Comunidad Autónoma, y específicamente la de intentar resolver por vía extraprocesal potenciales conflictos de competencia.

³⁸ En el sentido de que la regulación se refiere en exclusiva a los contratos de obras.

³⁹ Enmienda nº 35 al Proyecto de Ley, publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 234 de 26 de noviembre de 2021.

el sector público autonómico⁴⁰. Ello con el fin de asegurar su viabilidad económica ante la alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales.

La regulación propuesta se aplicaría potencialmente a obras cuya ejecución se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2021, y tiene entre otras las siguientes características; i) entiende como alteración extraordinaria e imprevisible una variación en los costes de los materiales “*individualmente considerados*” superior a un veinte por ciento (20%) con respecto a los precios recogidos en el contrato; ii) la compensación solo procederá cuando suponga una pérdida económica para el contratista superior al seis por ciento (6%) del importe de adjudicación del contrato; iii) las medidas a adoptar para mitigar el alza extraordinaria de precios no necesariamente pasan por una compensación económica; también se prevé como alternativa la modificación de los materiales inicialmente previstos, siempre que permita un abaratamiento de sus precios y que no implique una minoración en la funcionalidad de la obra en ejecución; iv) en caso de no poder adoptar ninguna de esas medidas, se prevé la posibilidad de acordar la resolución del contrato, y la inmediata tramitación de una nueva licitación. De acudir a esta vía, y en caso de que se acredite un “grave peligro”, se podrá acudir a la tramitación de emergencia -la norma recoge una definición de qué se entiende por grave peligro⁴¹-.

Pues bien, en tal contexto el Estado planteó divergencias en relación con el contenido de la disposición adicional segunda de la Ley 18/2021, de 27 de diciembre⁴². Nótese que al analizar la enmienda de la que trae causa, los servicios jurídicos del Parlamento de Galicia ya reflejaron que la propuesta podría incidir en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones, entendiendo precisamente que tanto el precio como su revisión son aspectos básicos según la LCSP. Además, se planteó que la singularidad de la regulación autonómica podría afectar a la unidad del “*mercado contractual público*”.

Finalmente, en virtud del Acuerdo de 26 de agosto de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia⁴³, esta última se comprometió a promover la correspondiente modificación legislativa para adaptar la disposición adicional segunda de la Ley 18/2021, de 27 de diciembre a una redacción pactada, con la que ambas partes consideran solventadas sus discrepancias.

⁴⁰ En concreto, la disposición adicional segunda de la Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, relativa a las “*Medidas aplicables a los supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública*”.

⁴¹ Se entiende que concurre una situación de grave peligro “*cuando la obra afecte a un servicio público en funcionamiento y se comprometa tanto la viabilidad del servicio prestado como la integridad física de sus destinatarios o de quien lo presta*”.

⁴² Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia, en relación con la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

⁴³ Resolución de 31 de agosto de 2022, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de 26 de agosto de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia, en relación con la Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (BOE nº 229, de 23 de septiembre de 2022).

El nuevo texto consensuado, entre otras cuestiones: i) suprime la delimitación temporal de las obras incluidas en el alcance de la revisión excepcional de precios recogida inicialmente en el apartado “uno” de la disposición adicional; ii) elimina las referencias a la exclusión de los contratos menores de obra; iii) desde un punto de vista material, la revisión excepcional de precios será procedente en los casos previstos en el RD-ley 3/2022; iv) desde un punto de vista formal, el procedimiento a seguir para articular la revisión excepcional de precios será también el previsto en el RD-ley 3/2022; v) se suprime la definición de “grave peligro” al efecto de acudir a un procedimiento de emergencia en caso de resolución del contrato; vi) se remarca que la norma autonómica solo podrá aplicarse con arreglo a la normativa básica estatal, ello referido tanto a la revisión excepcional de precios como a otras medidas alternativas -particularmente, en lo que se refiere a la modificación de los materiales previstos para abaratar costes-.

b) Comunidad Autónoma de Extremadura

En el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se plantean divergencias en relación con el contenido de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2022, relativa a las “medidas aplicables a los casos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública”⁴⁴, con una redacción muy similar a la de la regulación gallega comentada en el epígrafe anterior -razonablemente, los motivos de conflicto han sido semejantes-.

Además, las divergencias se extienden a la nueva regulación recogida en la disposición adicional segunda del Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica⁴⁵, que establece, entre otras cuestiones, que durante el año 2022, a los contratos de obras o contratos mixtos respecto a la prestación de obras, que estuvieran ejecutándose con anterioridad a 1 de enero de 2021, les serán de aplicación las medidas establecidas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2021, de 30 de diciembre. Y que también realiza una reserva en favor de la Consejería con competencias en materia de hacienda para que, una vez pierdan su vigencia las disposiciones en materia de revisión excepcional de precios aprobadas por la Comunidad Autónoma, pueda “establecer nuevas medidas para los supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública que se encuentren vigentes en cada momento y no hayan contemplado la revisión de precios”.

En este caso, en virtud del Acuerdo de 27 de septiembre de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de

⁴⁴ Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura, en relación con la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2022.

⁴⁵ Acuerdo de 18 de mayo de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con el Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica.

Extremadura⁴⁶, el Gobierno de la Comunidad Autónoma se compromete a modificar la disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, en términos muy semejantes al caso gallego. Y según el Acuerdo de 4 de octubre de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación⁴⁷, la Junta se compromete igualmente a llevar a cabo la modificación de la disposición adicional segunda del Decreto-ley 1/2022, en un doble sentido: i) se elimina la mención a los contratos mixtos y se adapta su redacción al RD-ley 3/2022 y, ii) suprimir la posibilidad de que la Comunidad pueda establecer nuevas medidas para supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de precios.

c) Comunidad Autónoma de Illes Balears

En el caso de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, se plantean divergencias en relación con el artículo 8 y el Capítulo V (artículos 15 a 19) y la disposición adicional primera del Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania⁴⁸. Entre otros aspectos, se ponen en tela de juicio las previsiones sobre revisión excepcional del precio de los contratos de concesión de servicios de transporte público regular de viajeros, la extensión de las medidas para asegurar el equilibrio económico a tipologías contractuales diferentes al contrato de obras⁴⁹, o el procedimiento para aplicar la compensación en los contratos de obras.

Además, el Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo fue modificado por la disposición final decimosexta del Decreto-ley 6/2022, de 13 de junio, de nuevas medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público de las Illes Balears⁵⁰; este último precepto también se debatirá en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación⁵¹. Finalmente, en fechas recientes, la disposición final quinta del Decreto ley 9/2022, de 7 de noviembre, de medidas urgentes para compensar la inflación en las Illes Balears ha modificado

⁴⁶ Resolución de 14 de octubre de 2022, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de 27 de septiembre de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura, en relación con la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022 (BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2022).

⁴⁷ Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de 4 de octubre de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura, en relación con el Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica (BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2022).

⁴⁸ Acuerdo de 6 de junio de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con el Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania.

⁴⁹ En concreto, la modificación del contrato aplicando las previsiones del art. 205 de la LCSP para compensar las alteraciones extraordinarias e imprevisibles de precios.

⁵⁰ Entre otros aspectos: i) se amplía el plazo para poder aplicar las normas excepcionales de revisión de precios; ii) se simplifica y aclara la aplicación del umbral de variación en más de un 6% de los precios de los materiales respecto de los costes previstos en el contrato; iii) se establece que el plazo para presentar las solicitudes de compensación extraordinaria se puede extender hasta la liquidación del contrato.

⁵¹ Acuerdo de 2 de agosto de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con el Decreto-ley 6/2022, de 13 de junio, de nuevas medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público de las Illes Balears.

diversos apartados del Decreto-ley 4/2022 -entre otras cuestiones, modula la delimitación de qué se entiende por alteración extraordinaria e imprevisible, altera varios aspectos del régimen de pago de la compensación extraordinaria en contratos de obras, y busca sencillez procedimental, al recoger que la regulación de la revisión excepcional del Decreto-ley 4/2022 sea aplicable a los contratos de consejos insulares y de entidades locales sin necesidad de que lo tenga que acordar de forma expresa el órgano competente de la administración pública insular o local correspondiente-.

Ciertamente, en el ámbito de esta Comunidad Autónoma algunas administraciones y entes del sector público han sido especialmente sensibles con la problemática del incremento extraordinario de precios, y han tratado de modular su impacto, apoyándose en las previsiones del Decreto-ley 4/2022, e incluso yendo más allá. Unas medidas que simplemente buscan la equidad y sostenibilidad en la ejecución contractual, y que pueden caer en saco roto, a la vista del escenario antes descrito.

Como muestra⁵², el Acuerdo “*de adopción de medidas en materia de contratación como consecuencia de la crisis económica y social*”, aprobado por el Pleno del Consejo Insular de Mallorca el 21 de abril de 2022, que adopta cuatro medidas alternativas en materia de contratación. La primera, la revisión excepcional de precios en contratos de obras siguiendo el RD-ley 3/2022. La segunda, la compensación al contratista en el caso de contratos de obras según establece el Decreto-ley 4/2022. La tercera, la modificación del contrato para restablecer su equilibrio económico -aplicable a todas las tipologías contractuales según el Decreto-ley 4/2022-. Y la cuarta, la propuesta a los órganos de contratación del Consejo Insular de incluir en los pliegos de futuras licitaciones una cláusula, recogida en el propio Acuerdo, “*para limitar el riesgo del contratista como consecuencia del incremento del precio de las materias primas cuya influencia se considere significativa sobre el coste de la obra, y, como contrapartida, para limitar también la ventura en el mismo porcentaje para el caso de que baje su precio*”.

d) Comunidad Autónoma de Andalucía

En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se plantean divergencias en relación con los artículos 4, 5 y 9 del Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras⁵³. Entre otros aspectos, se ponen en tela de juicio los casos susceptibles de revisión excepcional de precios⁵⁴, y los parámetros para que resulte procedente el reconocimiento de esa revisión excepcional.

⁵² Al margen del comentado Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears, de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación.

⁵³ Acuerdo de 30 de junio de 2022, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras.

⁵⁴ El artículo 4.1 del Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril señala que también será de aplicación a los contratos necesarios para la ejecución de obras públicas, y a los “*contratos con certificación en 2021, aun cuando no estuvieren en ejecución a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, siempre que no se encuentren liquidados en dicha fecha*”.

e) *Comunidad Autónoma de Aragón*

En el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, se plantean divergencias en relación con los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón⁵⁵. Entre otros aspectos, se ponen en tela de juicio el ámbito de aplicación de la revisión de precios⁵⁶, o la regulación de la modificación de los materiales en los contratos de obra pública.

3. LA POSTURA DE LA JCCPE SOBRE EL CARÁCTER BÁSICO DEL RD-LEY 3/2022

El Informe de la JCCPE emitido en el “*Expediente 27/2022*”, analiza una consulta de la Dirección General del Patrimonio del Estado sobre el carácter básico del art. 6.3 del RD-ley 3/2022, y la aplicación de la revisión excepcional de precios en los contratos de obras por causa del incremento del coste de determinados materiales.

La JCCPE inicia esta temática referenciando las previsiones del apartado tercero de la disposición final primera del RD-ley 3/2022⁵⁷, de la disposición primera de la LCSP, y remarca el carácter básico de la regulación en materia de revisión de precios.

Con ese punto de partida, el Informe trata de explicar la aparente incoherencia entre el carácter potestativo del art. 6.3 del RD-ley 3/2022 -“*lo dispuesto en este Título también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden*”- y la obligación de las CCAA de respetar y no apartarse de las previsiones de dicha norma, afirmando que “*en el ejercicio de su potestad legislativa básica el Estado podrá dictar normas que tengan un claro carácter imperativo (que será lo más habitual) y otras que tengan un mero carácter dispositivo*”.

Siguiendo ese razonamiento, la JCCPE concluye que si una Comunidad Autónoma o una Ciudad Autónoma decide aplicar un sistema de revisión excepcional de precios para el caso descrito en el RD-ley 3/2022, deberá respetar las prescripciones básicas del Estado establecidas en aquel, “*sin perjuicio de la posibilidad de dictar disposiciones de desarrollo que se ajusten a la doctrina constitucional citada en el presente informe*”⁵⁸.

⁵⁵ Acuerdo de 27 de mayo de 2022, de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con el Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón.

⁵⁶ El artículo 2 del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril señala que las medidas excepcionales resultará de aplicación no solo a los contratos públicos de obras; también a los contratos mixtos en la parte relativa a la obra, y a los contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de la obra pública.

⁵⁷ Recoge que “*los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, con excepción de aquellos aspectos que conforme a la Disposición final primera 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, hayan sido declarado no básicos*”.

⁵⁸ La JCCPE alude, con una cita genérica de la Jurisprudencia del TC -pero desvinculada del supuesto de hecho analizado-, al desarrollo de prescripciones de naturaleza procedimental y formal, que tengan una naturaleza complementaria y auxiliar del RD-ley 3/2022.

Y, para el caso de que decidan no aplicar el sistema de revisión excepcional de precios establecido en el RD-ley 3/2022, el Informe señala que la posible existencia de distorsiones en la ejecución de los contratos públicos de obras por causa del incremento del coste de determinados materiales *“habrá de ser resuelta a través de los mecanismos ordinarios que autoriza nuestro ordenamiento jurídico en general”*.

Esto es, en la práctica, como luego refleja el apartado *“Conclusiones”* del Informe, la JCCPE considera que no caben más excepciones al principio de riesgo y ventura que las recogidas en la normativa básica estatal. Un criterio que limitaría cualquier medida autonómica más ambiciosa en la materia que se apartase del criterio del Estado.

Finalmente, como ya se ha comentado, la JCCPE sostiene que la decisión que adopte cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del RD-ley 3/2022 vincula a las corporaciones locales de su propio ámbito de competencia, sin que las entidades locales tengan capacidad de decisión autónoma. Un criterio que no han compartido bastantes gobiernos autonómicos al aprobar sus acuerdos sobre el particular.

4. LAS *“DIRECTRICES VINCULANTES”* DE CASTILLA Y LEÓN COMO EJEMPLO DE HERRAMIENTA VOLUNTARISTA PARA MITIGAR LOS EFECTOS DEL INCREMENTO DE PRECIOS

Dentro del escaso margen otorgado por el Estado, algunas administraciones han optado por un perfil diferente con el fin de mitigar la situación excepcional de incremento de precios en los contratos públicos, y de prevenir eventualidades futuras similares. Es el caso de Castilla y León, que en virtud del Acuerdo 145/2022, de 23 de junio aprueba unas *“directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León para la salvaguarda del interés público en los contratos públicos”*⁵⁹.

Las directrices vinculantes tienen un doble objeto. Por un lado, delimitar la correcta forma de aplicación de la revisión extraordinaria de precios del RD-ley 3/2022⁶⁰. Y, por otro lado, implementar nuevas medidas, dentro del marco legal básico establecido por la LCSP que *“faciliten la satisfactoria ejecución de los contratos públicos y consecuentemente la correcta prestación de los servicios públicos, e incentiven la participación de las empresas en los procesos de licitación, en el convencimiento de las bondades de la competencia para la salud de la economía regional”*.

Desde un punto de vista material, las directrices se dividen en varios bloques. En lo que al objeto de este estudio concierne, cabe referenciar dos de ellos.

El primero, relativo a las *“medidas en la preparación de los contratos”*, pone el acento en actuaciones preventivas para evitar futuras situaciones de inequidad prestacional.

Entre otras medidas, en el epígrafe *“actualización de los presupuestos”* se establece la obligación genérica de que los órganos de contratación se aseguren de que los precios son

⁵⁹ Boletín Oficial de Castilla y León núm. 122, de 27 de junio de 2022.

⁶⁰ Castilla y León se adhirió al RD-ley 3/2022 mediante Acuerdo 39/2022, de 21 de abril.

adecuados a los precios de mercado en el momento de articularse la licitación. Y concreta que *“si las oscilaciones imprevistas de los precios posteriores a la aprobación de los proyectos de obra han restado actualidad a los cálculos de precios que figuran en sus presupuestos, los órganos de contratación, si la obra merece el calificativo de urgente, procederán a su actualización aplicando un porcentaje lineal de aumento, al objeto de ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado”*.

También en el contexto del diseño de la licitación, en el epígrafe *“revisión de precios”*, se recoge la obligación de incluir fórmulas de revisión de precios en los pliegos de aquellos contratos en los que según el art. 103 de la LCSP sea posible esa medida.

Por su parte, el segundo bloque a destacar es el de las *“medidas para la correcta ejecución de los contratos”*. Y señaladamente, aquellas vinculadas a las prórrogas de los contratos y a su resolución en caso de detectar desviaciones relevantes.

En el caso de las prórrogas, las directrices establecen que los órganos de contratación se abstendrán de acordarlas *“cuando el contratista motive su disconformidad con la prórroga por razones sobrevenidas que hayan alterado la economía del contrato”*, salvo causas extraordinarias y justificadas de interés público. Sin duda es una medida más que interesante -y razonablemente casi debida, por aplicación entre otros de los principios de lealtad, equidad, buena fe contractual y buena administración⁶¹-.

Y en cuanto a la resolución de los contratos, las directrices prevén que cuando el órgano de contratación tenga conocimiento de que, como consecuencia del alza extraordinaria de los costes vinculados con la ejecución del contrato, la desviación del precio *“impida razonablemente, más allá del principio de riesgo y ventura, exigir al contratista ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados”*, excepcionalmente, podrá iniciarse un procedimiento para la resolución del contrato por mutuo acuerdo entre las partes conforme al art. 211.1 c) de la LCSP -en tal caso, la extinción del contrato no generará compensación o indemnización alguna a favor del contratista-⁶².

5. BREVES REFLEXIONES SOBRE EL MARGEN DE ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA MATERIA ANALIZADA

Resumidamente, a la vista de las discrepancias planteadas por el Estado en relación con el contenido de las disposiciones autonómicas para remediar los efectos del incremento de precios, solo quedan al margen de controversia aspectos laterales, tales como la no imposición de penalidades por retrasos en los plazos de ejecución por falta de suministros

⁶¹ El autor no es partidario de referenciar trabajos previos y/o “autocitas”. Pero si desean profundizar sobre prórrogas contractuales, continuidad prestacional forzosa, etc., en el Nº 21 de esta Revista, publicado en diciembre de 2021 (págs. 125-168), encontrarán un texto que tal vez les resulte de interés -muestra de su buena acogida es que algún lector ha asumido después la parte central de sus razonamientos como si fueran propios-. Un estudio, eso sí, que debe ser “actualizado” teniendo en cuenta la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2022 (Roj: STS 487/2022), muy relevante en cuanto al régimen aplicable a las prórrogas de los contratos de servicios licitados al amparo del TRLCSP.

⁶² Como veremos, esta previsión recoge una herramienta empleada históricamente en la contratación administrativa, y que ha caído aparentemente en el olvido para muchos órganos de contratación.

en el mercado, o la obligación de incluir en los pliegos de las futuras licitaciones de obras mecanismos de revisión de precios según el art. 103 de la LCSP.

Visto lo anterior, y sobre todo precedentes como el de la regulación gallega -todo indica que otras CCAA seguirán su camino-, se cumple bastante bien el escenario descrito años atrás por TEJEDOR BIELSA⁶³. Un debate competencial de baja intensidad, en el que las Comunidades Autónomas han sido escasamente combativas, lo que contrasta con “*la beligerancia del estado frente a cualquier veleidad normativa autonómica*”.

El celo competencial estatal también se refleja por BERNAL BLAY⁶⁴, que manifiesta entre otras cuestiones que “*por tratarse de competencias «compartidas», el ejercicio de la competencia estatal calificando genéricamente la práctica totalidad de la regulación como básica puede suponer de facto un vaciamiento de las competencias autonómicas. Y promueve, tal y como ha sucedido hasta ahora, una alta conflictividad ante cualquier desarrollo autonómico de las normas sobre contratación, respecto de las cuales el Estado reacciona prácticamente de manera automática*”.

Ciertamente, la STC 68/2021, de 18 de marzo ha despejado bastantes dudas sobre el alcance de determinadas competencias básicas. Pero en el contexto de la materia aquí analizada, y a la vista del contenido del RD-ley 3/2022 y de alguna de las regulaciones autonómicas de las que el Estado discrepa, esa suerte de “monopolio” estatal que bajo el paraguas de la «legislación básica» se pretende imponer para abordar este tipo de situaciones de crisis en los contratos públicos genera bastantes dudas. Y ello sin necesidad de recordar que, como apunta PÉREZ FERNÁNDEZ⁶⁵, la doctrina de la aludida STC 68/2021 “*no agota todas las cuestiones que pueden generarse en torno a un sector tan complejo y dinámico como el de la contratación pública*”.

Por ejemplo, entre las posibles observaciones a realizar y que tal vez merezcan una reflexión más profunda están las siguientes: i) si en este caso concreto -que no es comparable al marco general analizado por la STC 68/2021, de 18 de marzo-, la interpretación seguida por el Estado y la JCCPE de que solo el Estado puede establecer mecanismos compensatorios y que se debe cabe aplicar el contenido del RD-ley 3/2022 sin posibilidad de variación o complemento material alguno, vacía de contenido las competencias autonómicas; ii) si la procedencia o no de compensar a los contratistas en situaciones de crisis y la delimitación de modulaciones al principio de riesgo y ventura ante casos excepcionales es una cuestión de oportunidad que puede entrar dentro de la esfera de decisión autonómica; iii) si esta regulación excepcional debe contextualizarse en sentido estricto como bases de la contratación, o tiene un marco más amplio, tanto desde el punto de vista de la posible concurrencia de otros títulos competenciales, como

⁶³ Tejedor Bielsa, Julio César. La contratación pública en España, ¿sobre-regulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación. Aranzadi. 2018. Pág. 154.

⁶⁴ Bernal Blay, Miguel Ángel. El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 1133-4797, XVIII, Zaragoza, 2018, pág. 95.

⁶⁵ Pérez Fernández, José Manuel. La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo). Revista de Administración Pública nº 216, año 2021. Pág. 221.

atendiendo a que estamos ante una regulación coyuntural y no estructural; iv) si en ausencia total o parcial de «legislación básica», las Comunidades Autónomas pueden ejercer sus competencias y regular sobre estas materias, o bien existe una suerte de “prohibición” y/o reserva entendida en términos absolutos, como sugiere la JCCPE, o v) si resulta razonable y admisible una norma básica a pesar de su carácter dispositivo, ya que en teoría las Comunidades Autónomas podrían haber prescindido de su aplicación en virtud de la autonomía decisoria que les otorga el art. 6 del RD-ley 3/2022⁶⁶.

En fin, son muchas las preguntas. Y no solo en relación con la situación presente de incremento extraordinario de precios. Más o menos las mismas dudas se plantearon con la regulación estatal para mitigar los efectos de la pandemia del COVID-19, puesto que tanto en el Real Decreto-ley 8/2020 como en normas posteriores se dibujó una suerte de normativa a la carta, en la que determinadas tipologías y sectores fueron agraciados con una regulación específica -como las concesiones de transporte de viajeros⁶⁷-. Otros, sin embargo, y a pesar de que la pandemia también les impactó económicamente de manera relevante, quedaron a su suerte, y al día de la fecha muchos contratistas discuten en vía judicial compensaciones, etc.

Los más afortunados se han visto beneficiados a través de vías extracontractuales -subvenciones de mayores costes, etc.-. Y se ha dado la paradoja de que los mismos sobrecostes han sido compensados o no en función del lugar, sector de actividad, o incluso de la naturaleza jurídica del prestador. Pero la heterogeneidad de las medidas ha pasado desapercibida; si lo decide el Estado no hay “unidad de mercado contractual” a preservar y se justifican o no impiden diferencias de trato. Una regulación a la carta de delicada justificación, que parece que se podría repetir en esta ocasión⁶⁸.

En el contexto descrito, por tanto, pueden ser al menos opinables las conclusiones a las que llega la JCCPE en el Informe del “*Expediente 27/2022*”. Y más aquí, ante unas

⁶⁶ La JCCPE en el Informe antes aludido realiza un análisis muy simple de esta cuestión, tal vez porque en el momento en el que se aprobó su informe prácticamente todas las Comunidades Autónomas se habían adherido al RD-ley 3/2022. Por otra parte, esta aparente contradicción se pone de manifiesto también en el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 28 de abril de 2022, relativo a la aplicación del título II del Real decreto ley 3/2022, de 1 de marzo.

⁶⁷ Por ejemplo, cabe aludir a la regulación relativa al restablecimiento del equilibrio económico de las concesiones de transporte regular de viajeros, recogida: i) en el artículo 24 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, sobre el “*reequilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general para paliar las consecuencias del COVID-19*”, y ii) en el artículo 2 del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, sobre el “*reequilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general para paliar las consecuencias del COVID-19 tras la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*”. Sobre el impacto en los contratos públicos e la normativa dictada por la pandemia de la COVID-19, cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; GÓMEZ FARIÑAS, B; “The impact of covid-19 on public contracts. Spanish approach”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, nº 20, 2021, pp. 121-150.

⁶⁸ Como hemos visto, la disposición adicional segunda del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario establece una regulación específica para la revisión excepcional de precios en los contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento.

normas autonómicas coyunturales y excepcionales, que más que regular la contratación pública pretenden salvaguardar intereses públicos y generales diversos.

Sea como fuere, negar en la práctica cualquier tipo de competencia de fondo sobre los temas analizados en este estudio a las Comunidades Autónomas es tanto como decir que ante escenarios de crisis y en una materia económicamente muy relevante y con incidencia en muchos sectores de actividad –la contratación pública- aquéllas se deben limitar solamente a regular y/o desarrollar aspectos laterales y accesorios, si es que queda alguno. Una cosa es preservar las competencias básicas -un mínimo común-, y otra totalmente diferente es cercenar por completo cualquier tipo de iniciativa, cuando además aquí la inacción estatal ha sido clamorosa; el RD-ley 3/2022 llegó tarde y relativamente mal⁶⁹, y algunos contratistas como los de servicios y de suministros han quedado desamparados, aunque la realidad sea que en sus relaciones contractuales sufren incrementos de costes tan relevantes como los de los contratistas de obras.

Ello al margen de que en algún caso la problemática existente podría quedar fuera de un debate competencial en sentido estricto, y sería contextualizable en la interpretación del Derecho. Piénsese por ejemplo en el criterio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre el alcance del art. 205.2.b) de la LCSP -que es tributario del art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE-, que se refleja en el art. 17.1.b) del Decreto-ley 4/2022⁷⁰. ¿La defensa de las competencias básicas estatales llega hasta ese punto?

Finalmente, conviene ponderar también los efectos de esta suerte de “exclusividad” en el diseño de los procedimientos de licitación, por el reducido -que no inexistente- margen de actuación del que disponen los órganos de contratación. Y es que, en caso de que el regulador estatal decida no incorporar al ordenamiento herramientas adecuadas para modular situaciones de inequidad prestacional derivadas de eventos imprevisibles, también se podría poner en duda casi cualquier iniciativa para introducir, por vía de los pliegos, una regulación *ad hoc* -por ejemplo, con supuestos específicos de reequilibrio, modificación contractual, etc.-. Nótese que el Tribunal Supremo ha reflejado en varias ocasiones -la más reciente, en la STS de 24 de octubre de 2022 (Roj: STS 3918/2022)-, el carácter de derecho necesario de la normativa en materia de contratos públicos y la supeditación de los pliegos a la misma -específicamente, en temas vinculados a la modificación de los contratos, principio de riesgo y ventura o revisión de precios-⁷¹.

⁶⁹ No hay mejor muestra que las diversas correcciones posteriores, y las quejas de varias asociaciones sectoriales sobre sus carencias. Eso sí, siendo justos, será el tiempo el que dará y quitará razones sobre si la regulación recogida en el RD-ley 3/2022 ha sido un éxito o un fracaso.

⁷⁰ Y en el apartado primero del Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears, de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación (BOIB N° 44, de 31 de marzo de 2022).

⁷¹ Según la STS de 25 de julio de 1989 (Roj: STS 4521/1989), “*esta subordinación de la autonomía de la voluntad a lo normativo que tiene lugar en la contratación administrativa tiene su razón de ser en la necesidad de proteger tanto los intereses de la Administración (normas sobre mora, fianzas, interpretación y modificación de los contratos, etc.), como los del contratista (normas sobre riesgo y ventura, revisión de precios, etc.)*”. Y por ello concluye que “*como regla general las normas sobre el contenido de los contratos administrativos son de derecho necesario y no contractual, a diferencia de lo que ocurre en la contratación civil en que en regla es exactamentela contraria*”.

IV.- PRINCIPALES ALTERNATIVAS DE ACTUACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS NO INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RD-LEY 3/2022 Y QUE CARECEN DE MECANISMO DE REVISIÓN

El Dictamen del Consejo de Estado nº 660/2014, de 17 de diciembre, analiza «la aplicación de la doctrina de la denominada cláusula "rebus sic stantibus"» a un contrato de concesión de autopistas, y razona que, una vez perfeccionado el contrato, si las circunstancias económicas se alteran radicalmente, se deben adoptar las medidas oportunas con el fin de restablecer la equidad prestacional. Ello con la reveladora afirmación de que *“nadie o casi nadie duda hoy de que, una vez perfeccionado el contrato, si las circunstancias económicas se alteran radicalmente, se debe resolver o modificar el contrato. Se discute el fundamento conceptual con el que hacerlo (...)”*.

Una doctrina que el órgano consultivo entiende de aplicación en el ámbito de la contratación pública con diversas modulaciones, pero asumiendo como aspecto nuclear la conmutatividad de las prestaciones -equilibrio económico- del contrato. Ello, claro está, cuando se produzca una alteración grave en esa equivalencia inicial.

Sin embargo, como veremos en los siguientes apartados, las reflexiones del Consejo de Estado no tienen una traducción en la práctica habitual de la contratación pública, ni siquiera en coyunturas económicas excepcionalmente adversas para muchos contratistas como la que estamos viviendo en este periodo por el escenario inflacionista.

1. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

La modificación del contrato ha sido, casi intuitivamente, la primera alternativa que han explorado tanto entidades contratantes como adjudicatarios con la finalidad de mitigar los efectos del incremento de precios en la ejecución contractual, esencialmente -pero no solo- ante la ausencia de cláusulas de revisión de precios en sus contratos. Y ello por referencia al art. 205.2.b) de la LCSP, que recoge que es admisible una modificación no prevista del contrato cuando se cumplan estos requisitos:

“b) 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:

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”⁷².

⁷² Nótese que el epígrafe iii) del art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE contempla que *“en caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones”*. Esto es, la redacción de la LCSP es más restrictiva.

La aplicación de dicho artículo no plantea grandes dificultades cuando se vincula a la adaptación de las prestaciones debidas a circunstancias imprevisibles -modulación de las especificaciones técnicas, diferentes condiciones de ejecución, etc.-.

Por ejemplo, así lo ha hecho el Consejo Consultivo de Andalucía en sus Dictámenes nº 60/2020, de 30 de enero -modificación de un contrato relativo al servicio de ayuda a domicilio, por el aumento no previsto del número de beneficiarios, decidido por una entidad pública distinta de la contratante-; nº 613/2020, de 12 de noviembre -aparición de nuevas condiciones geotécnicas detectadas con posterioridad a la adjudicación del contrato e imprevisibles en el momento de licitarlo y celebrarlo-; nº 648/2020, de 26 de noviembre -dificultades constructivas no previstas y adaptación a nuevas instrucciones técnicas-; nº 79/2021, de 11 de febrero -el mantenimiento de la “situación pandémica por COVID-19” y la ampliación de programas de vacunación⁷³-; o el nº 197/2021, de 25 de marzo -la incorporación como líneas municipales de transporte urbano de viajeros de dos líneas gestionadas al licitar el contrato inicial por otra entidad diferente-.

También se ha admitido la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP por un conocido Informe de la JCCPE, relativo al “Expediente 38/20” acerca de los “*efectos del COVID-19 sobre un contrato de obras celebrado en Melilla*”, en un supuesto en el que una de las medidas asociadas a la lucha contra el COVID-19 es el cierre de la frontera entre la Ciudad Autónoma de Melilla y Marruecos, lo que provoca que una vez agotado el acopio de áridos el contratista tenga que importarlos por vía marítima desde la península, lo que supondrá un sobrecoste considerable del precio final del hormigón.

La JCCPE concluye, después de explorar varias alternativas, que “*el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 205.2 b) permitiría modificar el contrato por causa de un acontecimiento imprevisible para adaptarlo a las necesidades surgidas como consecuencia de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19*”. Eso sí, matiza que solo “*en la medida en que sea necesario y durante el periodo de tiempo en que están medidas impidan volver al escenario previsto inicialmente en los pliegos*”.

Por contraste, no existe un criterio unánime para aplicar el art. 205.2.b) de la LCSP con el fin exclusivo de compensar económicamente al contratista por los efectos derivados del incremento extraordinario de precios en la ejecución contractual.

Algunos órganos de contratación sí han acudido a esta vía. E incluso se ha reconocido normativamente, como sucede en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁷⁴.

⁷³ En el caso de los efectos de la pandemia del COVID-19, basta acudir a la Plataforma de Contratación del Sector Público para comprobar que han sido numerosos los contratos que se han modificado aplicando el art. 205.2.b) de la LCSP, para adaptar las prestaciones pactadas a la nueva realidad. Un caso por todos conocido es el de los contratos de servicios de limpieza, con modulaciones en cuanto a la frecuencia de las tareas, tipología y cantidad de materiales de limpieza, etc.

⁷⁴ El art. 17.1.b) del Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, recoge la posibilidad, en cualquier tipología contractual, de articular una modificación del contrato para restablecer su equilibrio económico, “*siempre que se cumplan los requisitos*” del artículo 205 de la LCSP. Y el apartado primero del Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears, de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación (BOIB Nº 44, de 31 de marzo de 2022) decide “*apreciar la concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, a efectos de aplicar el artículo 205 de la Ley*”.

Sin embargo, la anterior postura no es compartida ni por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (“TACRC”) ni por los órganos consultivos que se han pronunciado sobre esta cuestión a consulta de diversas entidades contratantes.

En esencia, el rechazo de los órganos consultivos y del TACRC a la modificación contractual para compensar al contratista se basa en cuatro motivos principales: i) entender que una modificación exclusivamente orientada a mitigar el incremento de costes en la ejecución del contrato sería sustancial, ya que alteraría el reparto de riesgos pactado, y podría haber motivado la selección de una oferta diferente o la participación de más candidatos, distorsionando los principios de igualdad de trato y concurrencia. En fin, los argumentos recogidos en la tradicional Jurisprudencia del TJUE, ordinariamente contraria a las modificaciones contractuales que puedan afectar de manera directa o indirecta a los principios derivados de los Tratados comunitarios⁷⁵; ii) esa modificación por sí misma debería ser calificada como esencial al afectar a un elemento principal de la relación contractual como es el precio; iii) el art. 205 de la LCSP no permite que se lleven a cabo modificaciones que tengan por objeto exclusivamente alterar las cláusulas económicas del contrato. Habilita solo modificaciones contractuales vinculadas a la ejecución de las prestaciones de manera diferente a la pactada; iv) modificar el contrato con la finalidad descrita sería tanto como realizar una revisión de precios de manera encubierta, y esta figura cuenta con su propia regulación en la LCSP⁷⁶.

De contrario, las resoluciones que niegan virtualidad a la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP, al menos en apariencia, no han ponderado en su justa medida que su contenido es tributario -salvo ligeras modulaciones- del art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE. Y precisamente, esta norma establece un régimen específico para las modificaciones por circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever⁷⁷, en virtud del cual, cumpliendo ciertos requisitos -en particular que no se altere la naturaleza global del contrato-, esas modificaciones no se considerarán sustanciales.

Otro aspecto a analizar es la fórmula que han empleado determinados órganos de contratación para articular estas modificaciones y/o plantear sus dudas a los órganos consultivos. En buena parte de los ejemplos la intención manifestada es bien introducir fórmulas de revisión de precios, bien incrementar de manera lineal los precios derivados de la adjudicación. Son supuestos, digamos, extremos, lo que razonablemente orienta la

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a los contratos administrativos y privados de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de su sector público instrumental que se encuentren en ejecución a 1 de enero de 2021 o bien cuya ejecución se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2021, siempre que se hayan licitado antes de la aprobación de este acuerdo y hayan experimentado un incremento de costes superior al 6 % del importe de licitación del contrato o, en su caso, de la modificación posterior”.

⁷⁵ Ciertamente, el TJUE ha sido especialmente exigente en esta materia para preservar el principio de igualdad de trato de los licitadores y la transparencia. Pero hay que recordar que buena parte de esas resoluciones se han dictado en un contexto muy concreto, en el que las Directivas comunitarias no regulaban la modificación contractual, y tampoco preveían excepciones a las modificaciones sustanciales.

⁷⁶ Aparentemente, esta argumentación está basada en las previsiones del art. 203 de la LCSP, relativo a la “potestad de modificación del contrato”, que considera que los supuestos de revisión de precios no son modificaciones contractuales a esos efectos.

⁷⁷ El contorno de la imprevisibilidad se delimita en el considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE.

respuesta de los encargados de tutelar o informar estas modificaciones. Pero tal vez sea posible una modificación de las condiciones económicas del contrato en otros términos, y que responda mejor a una finalidad de reparto de riesgos entre las partes. Si ello fuera así, ¿la respuesta de los órganos consultivos y del TACRC habría sido diferente?

Posteriormente se comentarán algunas de las controversias interpretativas sobre la virtualidad del art. 205.2.b) de la LCSP, reflejando posturas contrarias a la doctrina del TACRC y de los órganos consultivos que se han manifestado sobre el particular. Y se analizará con más detalle el debate sobre la aplicabilidad del art. 205.2.b) de la LCSP para solventar la problemática del incremento de precios en la ejecución contractual.

Pero en todo caso, incluso aunque se admitiera a efectos dialécticos la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP, habría que afrontar dos problemas adicionales, y no menores.

El primero, con el fin precisamente de evitar por esa vía la quiebra de los principios de igualdad de trato y de concurrencia, así como del principio de eficiencia en el gasto público, es que la modificación se limite a introducir las variaciones de las cláusulas económicas estrictamente indispensables para responder al impacto del incremento extraordinario e imprevisible de precios en la ejecución contractual. Y que, además, ello no suponga una supresión completa del principio de riesgo y ventura que debe asumir el contratista. Lo que debería implicar la necesidad de establecer primero cuáles son los umbrales de riesgo razonable asumidos por el adjudicatario, teniendo en cuenta las bases de la licitación, la naturaleza de la prestación, su oferta, etc., para luego cuantificar el impacto de los riesgos imprevisibles, y cómo se reparten. Además, habrá que limitar su alcance temporal. Ambas son cuestiones complejas, pero factibles, por lo que una adecuada justificación y aislamiento de los efectos extraordinarios en la economía contractual podría contribuir al intento de superar el relato de la quiebra de la igualdad de trato -se presupone que si son totalmente imprevisibles no afectarían a las ofertas ni tampoco al número de licitadores presentados, que no los tendrían en cuenta-.

Y el segundo problema trae causa directa de la propia naturaleza de la modificación contractual. En el caso de los contratos administrativos⁷⁸, estamos ante una potestad, y aunque el contratista inste formalmente la modificación, ésta no se llevará a cabo sin el acuerdo expreso del órgano de contratación, previa tramitación del oportuno expediente, solicitud de informes, etc. Esto es, no estamos ante un trámite automático, sino que en el mejor de los casos durará unas cuantas semanas. Además, ante este tipo de peticiones no resulta extraño el silencio o negativa de las entidades contratantes, lo que nos lleva a un escenario de conflicto -y de incertidumbre para el contratista, con muy poco margen-.

Finalmente, para completar sistemáticamente en un plano teórico el análisis de la modificación contractual, podría plantearse en algún supuesto de menor entidad cuantitativa acudir a las previsiones del art. 205.2.c) de la LCSP, que regula la posibilidad

⁷⁸ Y de muchos privados, pues con el juego de las previsiones del art. 26 de la LCSP y la práctica habitual de incluir en los pliegos del contrato la reserva para la entidad contratante de la prerrogativa de modificación contractual de manera análoga a los contratos administrativos, se logra un efecto similar. En todo caso, la modificación tampoco es automática en los contratos privados, y en la jurisdicción civil no existe tampoco una gran sensibilidad y/o flexibilidad en relación con estas cuestiones.

de modificar el contrato cuando la modificación no sea sustancial. Ahora bien, se generarían problemas de fondo semejantes a los comentados. Específicamente, por las modulaciones introducidas por la LCSP con respecto a la Directiva 2014/24/UE.

Así, el art. 72.2 de la Directiva 2014/24/UE establece la posibilidad de modificar el contrato sin necesidad de comprobar si estamos o no ante una modificación sustancial, cuando la misma sea inferior a: i) los umbrales indicados en el art. 4 de la propia Directiva, y ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras⁷⁹. Esto es, se puede articular sin más la modificación si no supera esas cuantías, siempre que no se altere la naturaleza global del contrato⁸⁰.

Sin embargo, en el caso del art. 205.2.c) de la LCSP la no superación de los umbrales aludidos se plantea de manera diferente. Ya no es un requisito habilitante para llevar a cabo una modificación contractual sin realizar mayores análisis o consideraciones. Se trata de un criterio que, si se supera, supondrá que la modificación sí es sustancial. Pero además, con las reglas de la LCSP, podría no superarse ese umbral y llegar a entenderse que la modificación es sustancial atendiendo a otras razones -por ejemplo, cuando se interprete que la modificación introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de otra oferta diferente a la adjudicataria, o habrían atraído a más participantes al procedimiento-.

Además, la LCSP en este tipo de modificaciones exige “*justificar especialmente*” su necesidad, “*indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial*”. Esto es, respalda en cierta medida el argumento de que el objeto de la modificación esté referido a las condiciones materiales de ejecución del contrato –una cuestión sobre la que luego se comentará alguna experiencia comparada-.

2. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Desde un punto de vista teórico, en determinados supuestos, el notable y extraordinario incremento de los precios de las materias primas, suministros energéticos, costes de transporte, etc., podría conllevar la aplicación de la teoría de la imprevisión o doctrina del riesgo imprevisible, que en palabras de FERNÁNDEZ DE VELASCO⁸¹, puede formularse de este modo: “*cuando ciertos acontecimientos provocan en la economía de un contrato, antes de que éste se resuelva, y, por lo tanto, en sus otorgantes, un cambio de tal entidad que no podía preverse en el momento de la otorgación, quien resultare lesionado tiene derecho a reclamar una compensación de la parte beneficiada*”.

Por motivos obvios, no es objeto de este trabajo desarrollar de manera pormenorizada la teoría de la imprevisión, sus antecedentes y evolución a lo largo de los años, etc. y

⁷⁹ En los umbrales del caso ii), el art. 72 del Proyecto de Directiva se refería a un porcentaje del 5%, que ha sido incrementado en su tramitación -lo que deja bien a las claras la intención del regulador-.

⁸⁰ La Directiva establece que cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

⁸¹ Fernández de Velasco, Recaredo. Los contratos administrativos (2ª edición). Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1945, pág. 161.

tampoco se plantea -recurso bastante socorrido-, realizar una exaltación del conocido arrêt del Consejo de Estado francés de 30 de marzo de 1916⁸², ni del Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1849, sobre el arrendamiento del Portazgo de Soncillo⁸³.

Pero sí lo será el telón de fondo común de muchas de esas resoluciones, sobre las que se ha construido a lo largo de los años la teoría de la imprevisión: la compensación al contratista por los efectos de los eventos extraordinarios e imprevisibles, principalmente para garantizar la continuidad del servicio en las condiciones pactadas inicialmente, y respetando el esquema de riesgos ordinario de la relación contractual.

Precisamente, en el conocidísimo arrêt de 30 de marzo de 1916 (Gaz de Bordeaux) al que se alude en párrafos anteriores, el Consejo de Estado francés reconoció el derecho del contratista a una compensación por el incremento de los precios del carbón, y delimitó los contornos de la teoría de la imprevisión: i) un evento imprevisible en el momento inicial del contrato, y externo a las partes; ii) la eventualidad causa una mayor onerosidad en la prestación hasta el punto de que trastorna la economía del contrato; iii) dicha eventualidad tiene, esencialmente, carácter temporal; iv) para hacer frente a la misma, el contratista tiene derecho a una indemnización, manteniendo la debida equidad entre las partes, y asegurando así la adecuada ejecución de la prestación contratada.

Las notas esenciales de la teoría de la imprevisión se mantienen en posteriores arrêts del Consejo de Estado francés. También en la conocida Circular de 20 de noviembre de 1974, *«relative a l'indemnisation des titulaires de marches publics en cas d'accroissement imprevisible et de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprevisión)»*. Y al día de la fecha, aunque de manera muy escueta, en el art. 6.3 del *«Code de la commande publique»*, que refleja que *“cuando se produzca un hecho ajeno a las partes, imprevisible y que trastorne temporalmente el equilibrio del contrato, el contratista que continúa ejecutándolo, tiene derecho a una indemnización”*⁸⁴.

En España, aunque alguna norma ha recogido de manera puntual referencias en las que se pretende trasladar al derecho positivo la teoría de la imprevisión⁸⁵, su recepción se lleva a cabo esencialmente a través de resoluciones judiciales y de la doctrina del Consejo de Estado, muy rica en referencias sobre esta materia.

Sirva como ejemplo en este breve análisis el Dictamen del Consejo de Estado nº 560/97, de 24 de abril, que contiene dos reflexiones esenciales.

La primera, sobre la razón de ser de la doctrina de la imprevisión, que *“no es otra sino la de evitar conclusiones radicalmente injustas que se pudieran seguir de una aplicación*

⁸² Arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Conseil d'Etat, du 30 mars 1916, 59928 (ECLI:FR:CEORD:1916:59928.19160330)

⁸³ Gaceta de Madrid nº 5438, de 3 de agosto de 1849.

⁸⁴ *« Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprevisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ».*

⁸⁵ El ejemplo más claro, al margen de normas aprobadas con carácter excepcional -que se mueven en la práctica en un plano diferente-, son los arts. 127.2.2º.b) y 128.3.2º del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

literalista de la Ley, o de las cláusulas contractuales, que vienen a ser Ley entre las partes contratantes, según resulta de los términos del artículo 1091 del Código Civil, y remediar los desequilibrios económicos sobrevenidos sufridos por el contratista ante eventos extraordinarios e imprevisibles.

La segunda reflexión es que, precisamente atendiendo a su razón de ser, la doctrina de la imprevisión debe ser interpretada de manera estricta y con especiales cautelas. De otro modo, se desvirtuaría su esencia, afectando además a principios esenciales en materia de contratación, tales como el de riesgo y ventura y el de precio cierto.

Siguiendo la doctrina del Consejo de Estado⁸⁶, los tres requisitos esenciales para que resulte procedente la aplicación de la teoría de la imprevisión son: i) la aparición de una alteración de las circunstancias imprevisible y extraordinaria; ii) la insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato para su revisión; iii) que la alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo, y produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido.

Pues bien, si ponemos en relación el escenario descrito con las eventualidades que están afrontando muchos contratistas por el incremento excepcional de los precios de materias primas, suministros y de otros costes, el encaje teórico de la teoría de la imprevisión al que se alude en el inicio de este epígrafe se podría ver modulado por diversos elementos objetivos, hasta el punto de poner en duda su aplicabilidad en ciertas circunstancias.

Y es que, en primer lugar, la imprevisibilidad es desde un punto de vista jurídico un concepto de compleja apreciación casuística⁸⁷. Es importante, por ejemplo, tener en cuenta el elemento temporal, ya que la situación de crisis e incremento relevante de precios podría haber sido considerada al menos como un riesgo potencial, en función de la fecha en la que se haya articulado el procedimiento de licitación⁸⁸.

En segundo lugar, también podrían existir dificultades a la hora de justificar de manera adecuada el carácter extraordinario de los incrementos de precios, considerando su evolución objetiva durante el periodo histórico. De hecho, no son extrañas las invocaciones al carácter cíclico de la economía en resoluciones judiciales y doctrinales para negar la procedencia de una compensación basada en el riesgo imprevisible.

En cuanto al tercero de los requisitos exigidos, tampoco está exenta de problemas la acreditación de que el evento extraordinario e imprevisible -el alza de determinados

⁸⁶ Por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado nº 3346/2002, de 13 de marzo.

⁸⁷ Y que las resoluciones judiciales interpretan de manera estricta. Como muestra, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de noviembre de 2017 (Roj: STSJ AND 11228/2017) establece el límite de la imprevisibilidad indicando que “*un hecho cuyo acaecimiento es dudoso presupone que es potencialmente posible*”. Sin embargo, razonablemente, la capacidad de anticipación del contratista no puede ni debe ser ilimitada o interpretada en términos exageradamente amplios.

⁸⁸ Para ilustrar la cuestión, la imprevisibilidad no debería ser analizada del mismo modo en un contrato de suministros energéticos licitado en el año 2018 que en otro cuyo procedimiento se haya iniciado al final de 2021. Un buen ejemplo de este razonamiento se puede encontrar, en relación con la crisis económica 2008-2014, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2019 (Roj: STS 2589/2019).

precios- ha tenido una incidencia relevante sobre la economía general del contrato, de modo tal que produzca una quiebra total y absoluta de las bases del negocio jurídico celebrado. Y es que, por una parte, los límites de la extrema onerosidad son difusos, ya que no se han aplicado de manera homogénea por la doctrina y las resoluciones judiciales -ni desde un punto de vista porcentual ni desde el punto de vista del horizonte temporal a tener en cuenta para aplicar la teoría de la imprevisión-. Por otra parte, resulta también bastante complejo cuantificar el impacto de los eventos imprevisibles por referencia a los riesgos ordinarios que en teoría debe asumir el contratista en la ejecución de la prestación –en este caso, el umbral de incremento de precios a partir del cual se ha de entender que excede de lo previsible y aceptable para el adjudicatario-.

A las dificultades anteriores hay que añadir la aplicación estricta de la teoría de la imprevisión por los juzgados y tribunales. Es plenamente acertada la reflexión que al abordar esta materia realiza FERNÁNDEZ FARRERES⁸⁹, ya que la doctrina del riesgo imprevisible ha pasado de ser de aplicación excepcional a convertirse con el paso de los años en una suerte de mito⁹⁰, porque como apunta ese autor, *“el hecho incuestionable es que la jurisprudencia normalmente niega que el pretendido riesgo imprevisible lo sea y que, por tanto, haya lugar a una compensación”*. Y ello sin olvidar que las resoluciones por regla general priman los principios de eficacia vinculante del contrato, seguridad jurídica, riesgo y ventura, respeto a la concurrencia, etc.

La alternativa de la teoría de la imprevisión, por tanto, resulta un camino bastante arduo para solventar la problemática existente. Y además en la práctica totalidad de los casos es un camino de una dirección y que el contratista recorrerá solo, ya que resulta casi ilusorio pensar que -salvo contadas excepciones- los órganos de contratación acepten una reclamación basada en la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible⁹¹. Lo que nos lleva a una confrontación judicial con resultado incierto para el reclamante⁹².

3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO

La resolución del contrato, por definición, es una medida drástica y excepcional, ante la teórica primacía del principio de conservación de la relación contractual -vinculado además en la esfera del Derecho administrativo a otros principios, como la continuidad en la prestación del servicio, etc.-. Sin embargo, ante las dificultades y reparos para tramitar modificaciones contractuales orientadas a mitigar los efectos del incremento de precios, han sido varias las entidades contratantes que han optado por esta vía como herramienta para solventar la problemática existente, planteando resoluciones de mutuo acuerdo en aquellos contratos especialmente deficitarios⁹³. Esta posibilidad se recoge

⁸⁹ Fernández Farreres, Germán. La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos. Revista de Administración Pública, nº 216. 2021. Pág. 69.

⁹⁰ En el sentido de que es invocada en innumerables ocasiones por la doctrina y también en diversos foros, atribuyéndole excelencias de las que luego carece en la realidad práctica de los órganos judiciales.

⁹¹ Simplemente, por ejemplo, con el motivo de tratar de preservar la hacienda pública. La más que probable realidad práctica es que buena parte de las reclamaciones serán desestimadas por silencio administrativo y sin haber tramitado un procedimiento contradictorio real.

⁹² En cuanto a la virtualidad de la teoría de la imprevisión, estamos bastante lejos de otros países.

⁹³ Por ejemplo, en contratos en los que los suministros energéticos tienen una incidencia relevante, o en relaciones contractuales afectadas por la ruptura de las cadenas de suministro, inexistencia de stocks, etc.

también entre las “medidas para la correcta ejecución de los contratos” del Acuerdo 145/2022, de 23 de junio de Castilla y León, que aprueba directrices vinculantes para los órganos de contratación de esa Comunidad ante este escenario de crisis⁹⁴.

Vaya por delante que la resolución de mutuo acuerdo de los contratos públicos basada en razones de equidad no es una novedad en nuestro Derecho, manifestándose en mayor o menor medida en periodos de crisis económica o graves escenarios inflacionistas⁹⁵.

Por ejemplo, en el contexto de la crisis de 1917, se aprobó el Real Decreto de 23 de julio de 1918, relativo a la “rescisión de los contratos por parte de los contratistas y destajistas de obras de carreteras del Estado, y dictando reglas para lo sucesivo que den cierta flexibilidad a los compromisos que el Estado impone para tales servicios”⁹⁶. La resolución de los contratos sin pérdida de fianza se adopta como medida común, bajo ciertas condiciones, y en virtud de la cual la Administración “como entidad justa y equitativa”, afirma no querer obligar a quien contrató en determinadas circunstancias que causas ajenas han alterado, “a trabajar con precios reconocidamente ruinosos”.

También cabe aludir a los efectos de la crisis del petróleo de 1973 en los contratos públicos y la forma de afrontarlos por la JCCPE, ante las múltiples reclamaciones presentadas por contratistas, y las diversas consultas de entidades contratantes.

Así, el Informe nº 19/1974 de 12 de julio de la JCCPE ya indicaba que “(...) la Administración no debe ser ajena a los principios éticos y sociales que deben presidir todas las relaciones jurídicas. La Administración contratante no puede desconocer, atrincherada en su propio régimen jurídico, los sacrificios desmesurados que las alzas de precios imponen a los empresarios que contrataron a “precio cierto” sobre la base de unas razonables previsiones de evolución económica. Cuando esta evolución rompe los moldes de la normalidad, las alzas inesperadas surgen en el mercado y el cumplimiento del contrato exige a la empresa pérdidas o sacrificios desproporcionados, la Administración debe estar dispuesta a considerar las peticiones de las empresas, si no para la modificación de las condiciones económicas, sí para la resolución del contrato de mutuo acuerdo, sin pérdida de fianza (...)”.

⁹⁴ Nótese que en algunos supuestos la causa de resolución podría encajar teóricamente en el art. 211.1.g) de la LCSP -art. 113 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, en lo que respecta a los sectores excluidos-. Y es que la resolución contractual es la consecuencia legal que se deriva de aquellos supuestos en los que la entidad contratante estima que para ejecutar las prestaciones pactadas resulta necesario llevar a cabo una modificación contractual no prevista inicialmente, pero tal modificación no puede articularse por no cumplir con las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias.

⁹⁵ El Real Decreto aprobando el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas de 1861 puede ser el precedente de estas medidas (Gaceta de Madrid núm. 198, de 17 de julio de 1861). Su art. 53 señala que “si durante la ejecución de las obras experimentasen los precios un aumento notable, podrá rescindirse la contrata a petición del contratista, siempre que del expediente que se instruya al efecto resulte probado: primero, que el alza ha tenido lugar desde la época en que se verificó la subasta, no desde que se formó el proyecto; segundo, que no es debida a la ejecución de las obras a que se refiere la contrata, sino a la de otras que se hayan emprendido con posterioridad o a una causa general no prevista; tercero, que no es producida por circunstancias de carácter transitorio, como las faenas de la agricultura u otras análogas. Se entiende por aumento notable el que aplicado a la masa de obra que falte ejecutar diese una cantidad superior al sexto del importe total de la contrata”.

⁹⁶ Gaceta de Madrid núm. 205, de 24 de julio de 1918.

Varios informes posteriores recogieron la anterior doctrina. Y remarcaron su relevancia como herramienta. Por ejemplo, el Informe de la JCCPE nº 5/76, de 16 de julio⁹⁷ aludía al carácter pionero del Informe nº 19/1974 en estos términos: “*el mérito, en fin, de este dictamen es el haber reconocido por primera vez, según creemos, en la vía administrativa, el derecho de un contratista a la resolución de un contrato singular por razones de equidad. Hasta entonces este derecho había sido otorgado mediante disposiciones administrativas de carácter general y de vigencia determinada, o en alguna señalada sentencia del Tribunal Supremo*”.

Ciertamente, no es necesario remontarse en el tiempo muchos años para encontrar otros ejemplos. Sin detenerse más en la materia, en el contexto de la crisis económica española 2008-2014, el Informe 8/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, analizó la “*posibilidad de resolución por mutuo acuerdo de contratos de gestión de servicios públicos por causa del desequilibrio económico producido por la crisis económica, y otros elementos adicionales*”. Y entre sus conclusiones destaca la relativa a que “*el reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, unido a la necesidad de extinción de los contratos vigentes para poder redimensionar la gestión del servicio a través de nuevas licitaciones, habilita una resolución*”.

Centrándonos ya en el vigente contexto normativo, y en las condiciones a cumplir para que se pueda acudir a esta vía, el art. 211.1.c) de la LCSP establece como causa de resolución del contrato “*el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista*”. Y el art. 212.4 de la LCSP delimita el alcance de tal posibilidad, al exponer que “*la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*”.

Esto es, se han de verificar dos requisitos para articular la resolución del contrato por mutuo acuerdo: i) la inexistencia de una causa de resolución contractual imputable al contratista; ii) la existencia de razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Su ineludible cumplimiento se manifiesta no solo a la vista del tenor literal de la LCSP; también en la doctrina y en diversas resoluciones judiciales. Ha sido tradicionalmente así en nuestro ordenamiento⁹⁸.

El primer requisito -la inexistencia de una causa de resolución imputable al contratista- no plantea, en principio, mayores problemas interpretativos.

Sin embargo, es más complejo establecer la virtualidad de la segunda exigencia, debido a que el «interés público» en la necesidad o conveniencia del mantenimiento del contrato es un concepto jurídico indeterminado, que incluso puede ser apreciado de manera diferente en función de la sensibilidad del órgano de contratación, de las necesidades

⁹⁷ Conste aquí el agradecimiento a la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, por facilitar el texto original de los dos Informes que se citan en este epígrafe.

⁹⁸ Por ejemplo, estos requisitos ya se contemplaban en términos similares en el art. 166 del Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación, o en el art. 113.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

públicas en presencia⁹⁹, y también de las circunstancias concurrentes. Este carácter abierto se refleja en el Dictamen del Consejo de Estado n° 3895/1996, de 6 de febrero de 1997, que recuerda que *“es evidente que las causas que pretendan justificar, desde el punto de vista del interés público, el carácter innecesario o inconveniente de la permanencia del contrato podrán ser diversas y de diferente intensidad”*.

Sea como fuere, este carácter casuístico¹⁰⁰ no impide afirmar que, con carácter general, las circunstancias sobrevenidas y/o imprevisibles que afecten de manera relevante a la economía contractual son susceptibles de ser tenidas en cuenta por las entidades contratantes para decidir la resolución de un contrato público por mutuo acuerdo.

Es más, para llegar a tal conclusión no es imprescindible que medie una coyuntura económica especialmente adversa -como sucede con los Informes de la JCCPE antes aludidos-. En primer lugar, considerando que algunos órganos consultivos ponderan en la valoración del interés público para resolver un contrato por mutuo acuerdo aspectos tales como la virtualidad preventiva de incidentes y controversias¹⁰¹. En segundo lugar, porque la viabilidad económica de la prestación debería ser un elemento esencial para el mantenimiento de la relación contractual. Y, finalmente, porque el interés general no necesariamente ha de coincidir con el del sector público como parte contractual.

Siguiendo el escenario descrito, cualquier tercero ajeno a la contratación pública podría pensar que estamos ante una solución de equidad, casi debida en virtud de los principios de lealtad y de buena fe contractual. Pero nada más lejos de la realidad.

Desde luego, hay que tener presente una cuestión nuclear, derivada de la naturaleza de esta figura: debe existir una voluntad común de las partes. Y las entidades contratantes no siempre son receptivas a las solicitudes del contratista. Obviamente, no deben serlo sin verificar la existencia de circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de una solución excepcional como la resolución del contrato. Pero la realidad nos lleva a una situación bastante común, en la que las peticiones de los contratistas son rechazadas -en muchos casos ni se responden-, provocando una situación de cierto desamparo¹⁰².

⁹⁹ No hay mejor muestra que la realidad práctica en este periodo 2021-2022. Algunos contratos públicos se han resuelto de mutuo acuerdo, y el órgano de contratación ha sido sensible ante las circunstancias concurrentes. Pero en otras relaciones contractuales, incluso con objeto y/o problemática similar, muchas entidades contratantes han rechazado iniciativas de sus contratistas en orden a articular la resolución.

¹⁰⁰ Condicionado por aspectos internos, inherentes a la prestación debida y a las particularidades del propio procedimiento de contratación. Y también por elementos externos y ajenos a la voluntad de las partes.

¹⁰¹ Como refleja la Memoria del Consejo de Estado del año 1986 (pág. 109).

¹⁰² En el caso de los contratos administrativos lo anterior implica una suerte de callejón sin salida para el contratista, en el que bien con la desestimación expresa, bien una vez transcurrido el plazo máximo para resolver, estaría habilitado teóricamente para la impugnación de esta actuación en vía contenciosa. Pero en la práctica habrán pasado varios meses, y en muchos casos el contrato continuará ejecutándose, asumiendo el contratista los efectos del incremento de precios -sin perjuicio de lo que finalmente se resuelva sobre el fondo de su reclamación, que tampoco tendrá buen pronóstico-. En muchos contratos privados, sin perjuicio de las particularidades de la jurisdicción civil, el escenario será similar -atendiendo a la regulación establecida en el jeroglífico que el legislador planteó en el art. 26 de la LCSP, y a la ausencia de mecanismos adecuados de respuesta para esas situaciones en el Derecho privado-.

Por otra parte, y aunque existe una relativa flexibilidad al delimitar los efectos de la resolución por mutuo acuerdo -incluso desde un punto de vista de la transitoriedad-, no es menos cierto que en el caso de los contratos de suministro y de servicios destinados a la satisfacción de necesidades permanentes las entidades contratantes no disponen de muchas alternativas procedimentales para articular la sucesión contractual en un breve espacio de tiempo. Y tal insuficiencia desincentiva indudablemente esta solución¹⁰³.

V.- LA POSTURA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS EN RELACIÓN CON LOS POSIBLES REMEDIOS Y HERRAMIENTAS A ADOPTAR POR LAS ENTIDADES CONTRATANTES ANTE EL INCREMENTO DE PRECIOS

1. JUNTA CENTRAL DE CONTRATACIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA

El Informe 10/2021, de 29 de noviembre, de la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha (“JCCLM”), analizó antes de la aprobación del RD-ley 3/2022 la problemática derivada del relevante incremento de precios en los contratos de obras, en el contexto de una consulta de la Consejería de Educación, que relata la existencia de numerosas solicitudes de modificación contractual por los adjudicatarios de esos contratos, y que demanda de la Junta un “*análisis del fondo y aportación de posibles soluciones para revisar los precios de estos contratos, en su caso*”.

La JCCLM procede a estudiar en ese escenario “*cómo el órgano de contratación puede llevar a cabo una revisión de los precios en aquellos contratos de obras afectados por la subida del precio de las materias primas que se utilizan en su ejecución*”.

Para alcanzar esa finalidad, el Informe inicia su razonamiento invocando el régimen general aplicable a la ejecución contractual. Esto es, los contratos públicos “*deben cumplirse al tenor de sus cláusulas, estando vinculadas las partes al contenido de los mismos, y se rigen en su ejecución por el principio de riesgo y ventura del contratista que deberá cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de las contingencias que puedan surgir en el desarrollo del mismo*”. Y sobre esta base, valora la aplicación al objeto de la consulta de las excepciones al principio de riesgo y ventura, que esquematiza de este modo: i) revisión de precios; ii) «*ius variandi*»; iii) «*factum principis*»; iv) fuerza mayor, y v) la doctrina del riesgo imprevisible.

Como veremos, la JCCLM descarta la aplicación de las cuatro primeras excepciones, y considera como única posibilidad la aplicación de la doctrina de la imprevisión.

La alternativa de la revisión de precios se rechaza en el Informe¹⁰⁴ para aquellos contratos que no la recojan, por entender que debe preverse en los pliegos y cumplir con las

¹⁰³ Ello al margen de que, salvo en casos extremos, cualquier órgano de contratación en una aproximación inicial procurará -lógicamente- el respeto a las condiciones pactadas.

¹⁰⁴ No se analiza la posible aprobación de una normativa excepcional en materia de revisión de precios.

restantes exigencias de la LCSP. Este es un criterio tradicionalmente invocado por la JCCPE¹⁰⁵, y asumido por varias resoluciones judiciales y órganos consultivos.

Por su parte, al abordar la posibilidad de articular una modificación contractual asume también algunos criterios de la JCCPE¹⁰⁶, considerando inviable esta alternativa y, en particular, la aplicación del artículo 205 de la LCSP -por entender que la variación del precio no debe calificarse como una modificación del contrato en sentido técnico jurídico, y supone la alteración de un elemento esencial de la relación contractual-.

Además, la consideración del incremento de precios como supuesto de fuerza mayor en los contratos de obras no se contempla, al no estar dentro de las causas tasadas recogidas en el artículo 239 de la LCSP. Y en el caso del *“factum principis”*, se descarta esa alternativa dado que la subida de los precios de las materias primas no trae causa de una actuación directa o indirecta de la Administración, *“teniendo en cuenta el principio de economía de libre mercado en que se mueven los citados precios”*.

Finalmente, en cuanto al riesgo imprevisible, la JCCLM rechaza pronunciarse sobre si la subida de precios de las materias primas en los contratos de obras objeto de consulta encaja dentro de los parámetros de la teoría de la imprevisión, y remarca la necesidad de realizar un análisis riguroso de tal excepción al principio de riesgo y ventura. No obstante, sí delimita algunos parámetros para que el órgano de contratación analice caso por caso si concurren las circunstancias para ello. Entre otros, y al margen del alcance cuantitativo y entidad del desequilibrio y la previsibilidad del aumento de precios, *“la fecha de la oferta de la contratista, el uso de las materias primas en la ejecución del contrato, el porcentaje efectivo en que difieren los nuevos precios de los establecidos en el contrato y su repercusión en el global del contrato”*.

2. COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

En el caso del Informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía analiza una consulta de una asociación empresarial -plantada antes de la aprobación del RD-ley 3/2022¹⁰⁷- en relación con los problemas surgidos en la ejecución de los contratos de obras a consecuencia del incremento del precio de las materias primas, y la búsqueda de soluciones con el fin de remediar esta situación, ante la falta de mecanismos normativos adecuados para ello.

¹⁰⁵ Por ejemplo, en sus Informes 77/66 de 25 de junio, 4/1968 de 1 de marzo, 9/73 de 31 de marzo, 45/74 de 6 de diciembre, o 5/76 de 16 de julio. Al margen del carácter restrictivo de la revisión de precios, se remarca la improcedencia de modificar los contratos para incluir cláusulas de revisión no previstas inicialmente en las bases de la licitación y/o compensar al contratista con el fin de lograr ese efecto.

¹⁰⁶ En este caso, en la Recomendación de 10 de diciembre de 2018 *“a los órganos de contratación en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público”*.

¹⁰⁷ El texto del Informe indica que la solicitud de la asociación empresarial fue analizada en una primera sesión de la Comisión celebrada en el mes de diciembre de 2021. Indicando que con posterioridad a tal sesión *“ha acaecido un hecho que resulta de singular relevancia a efectos resolutorios de la consulta aquí atendida, cual es la aprobación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo”*.

Antes de abordar la problemática jurídica, la Comisión Consultiva asume que la actual coyuntura¹⁰⁸ está afectando de manera relevante a los contratos públicos, que en muchos casos ven alterado su equilibrio económico hasta el punto de que algunos -en especial contratos de obras- se encuentran en situaciones de difícil o imposible ejecución. Esa realidad contrasta con las notables limitaciones recogidas en el Informe en cuanto al alcance de los mecanismos que el Derecho ofrece para corregir esta cuestión.

La primera reflexión que realiza el Informe -obvia, pero punto de partida necesario, y común a todos los informes y dictámenes en la materia-, es la teórica primacía en la ejecución contractual de los principios de precio cierto, *«pacta sunt servanda»* y de riesgo y ventura. El estudio de las excepciones a este último principio, y su aplicación a la situación de crisis será precisamente el punto central de los restantes apartados.

Sistemáticamente, la Comisión Consultiva considera que el objeto de la consulta puede ser resuelto acudiendo a las previsiones de los artículos 6 a 10 del RD-ley 3/2022, en cuya virtud se contempla “*un instrumento legal excepcional*” para solventar el quebranto de la economía de los contratos de obras provocado por la imprevisible escalada del precio de los materiales -ello sin perjuicio de la necesidad de que el órgano competente de cada Comunidad Autónoma decida la aplicación de la norma-.

Por su parte, en cuanto a las restantes excepciones al principio de riesgo y ventura, el Informe descarta que el incremento desproporcionado de precios pueda ser considerado como un supuesto de fuera mayor -a los efectos del artículo 239 de la LCSP-, y tampoco un supuesto de *«factum principis»* -ya que la subida de los precios de las materias primas no trae causa de una actuación directa o indirecta de la Administración-.

Las conclusiones anteriores no parece que ofrezcan gran debate. Sí en cambio el análisis de la aplicación de la teoría de la imprevisión, así como de la modificación contractual.

Sobre el riesgo imprevisible, el Informe concluye que “*no cabría como posibilidad acudir a la teoría del riesgo imprevisible para hacer frente a la subida de precios mediante actos de contenido indemnizatorio toda vez que mediante norma de rango legal (artículos 6 a 10 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo) se ha regulado un mecanismo excepcional de revisión de precios orientado a subvenir la quiebra -por razones imprevisibles- del equilibrio económico del contrato*”. Cabe entender que el razonamiento se refiere exclusivamente a aquellos contratos de obras incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 3/2022 y cuyos precios sean susceptibles de ser revisados conforme a los parámetros establecidos en dicha norma¹⁰⁹.

Finalmente, en lo que respecta a la modificación contractual, la Comisión Consultiva considera¹¹⁰ que no resulta viable como forma de paliar los efectos causados por la subida

¹⁰⁸ Se refiere en particular a la falta de stocks y problemas en las cadenas de suministro, la subida de los precios de las materias primas y transporte, y el incremento del precio de los combustibles y de la energía, acentuado por el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania.

¹⁰⁹ De otro modo, la afirmación realizada sería en principio incorrecta.

¹¹⁰ Asumiendo los argumentos del Informe 10/2021, de 29 de noviembre, de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

de precios, ya que no concurriría una alteración de las prestaciones del contrato. Una decisión contraria supondría, a su juicio, “una revisión de precios encubierta”.

3. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CANARIAS

El Informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (“**JCCA de Canarias**”), analiza una consulta de un ente local, vinculada al restablecimiento del equilibrio económico en un contrato de servicios de conservación y mantenimiento de la red de alumbrado público, cuya ejecución se ha visto afectada por el alza de los precios de la electricidad. Concretamente, estudia: i) la posibilidad de acudir analógicamente en los contratos de servicios a las previsiones del RD-ley 3/2022; ii) la eventual aplicación de «*la figura jurisprudencial de la cláusula “rebus sic stantibus” por un riesgo imprevisible*»; y iii) la viabilidad de modificar el contrato para mitigar el impacto del incremento de precios.

La JCCA de Canarias responde a las consultas planteadas invocando como contexto necesario los principios de inalterabilidad de los contratos, precio cierto, y riesgo y ventura del contratista, así como las tasadas excepciones a los mismos -que han de interpretarse de manera restrictiva, según Doctrina y Jurisprudencia-.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones, el Informe rechaza la aplicación del RD-ley 3/2022 -norma especial-, a contratos diferentes a los de obras.

Tampoco admite la alternativa de modificar el contrato para reflejar el impacto del incremento de precios, por entender “*que la modificación del contrato se refiere a un cambio en el objeto del mismo*”¹¹¹ y no al precio, sugiriendo que tal modificación sería inviable al afectar a una condición esencial de la relación contractual.

Finalmente, respecto a la cláusula «*rebus sic stantibus*», la JCCA de Canarias realiza un breve repaso a esta construcción doctrinal, reflejando que aunque tradicionalmente ha sido de aplicación muy restrictiva, “*el escenario de crisis económica ha extendido su aplicación, al considerar que estas circunstancias pudieran afectar gravemente al desarrollo de las relaciones contractuales*”. Y se remite a la competencia del órgano de contratación para verificar si en la concreta relación contractual ha tenido incidencia real la crisis económica como suceso imprevisible, afirmando que es razonable entender que ello es así “*cuando el cambio operado por la referida crisis lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación)*”.

4. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE MADRID

¹¹¹ El Informe hace referencia, en cuanto a esta argumentación, a la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 10 de diciembre de 2018, que señala que “*la modificación del contrato, tanto en la Directiva como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio*”.

En un contexto semejante a los anteriores, el Informe 7/2022, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid (“**JCCA de Madrid**”) se pronuncia sobre la procedencia o no de la revisión de precios con carácter excepcional en determinados contratos y acuerdos marco. La consulta, planteada por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, trae causa de diversas reclamaciones de contratistas -en concreto, los de transportes de materiales y mudanzas y los relativos a un acuerdo marco de suministro de libros de texto-, ante el alza del coste de determinadas materias primas y de los carburantes y energía eléctrica.

La primera cuestión, referida al contrato de servicios de transporte de materiales y mudanza, es si le resulta aplicable el régimen establecido en el artículo 38 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (“**Ley 15/2009**”)¹¹², que regula la *“revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del combustible”*. Un planteamiento rechazado por la JCCA de Madrid, que considera que el precepto aludido regula la revisión de precios para los contratos de transporte de mercancías del ámbito privado, y no resulta de aplicación a los contratos del sector público. Entre otras razones, debido a que la normativa en materia de contratos públicos contiene su propia regulación de la revisión de precios.

La segunda cuestión está vinculada al acuerdo marco de suministro de libros de texto, y con carácter general a *“cualquier otro contrato público que disponga de cláusula de no procedencia de revisión de precios”*: si, ante el incremento sobrevenido de costes, debe compensarse de algún modo al contratista, o bien si éste debe asumir los efectos económicos de tal situación en virtud de los pliegos y del principio de riesgo y ventura.

El Informe refleja que, salvo aquellos supuestos en los que la legislación habilite una posible revisión excepcional de precios en los contratos públicos al margen de lo dispuesto en la LCSP, habrá de estarse a las previsiones de los pliegos -de acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la LCSP-. Y considera además que no resulta posible proceder a la modificación de un contrato con el único objeto de incrementar su precio aplicando las previsiones del artículo 205 de la LCSP, *“pues no se trataría con ello de que el contratista efectuara la prestación en forma distinta a la pactada y la revisión de precios cuenta con su propia regulación en la LCSP”*.

5. JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA

La Junta de Contratación Pública de Navarra en su Informe 5/2022, de 18 de noviembre, ha analizado también el impacto del incremento de los precios de la energía, electricidad y gas en la contratación pública, así como las posibles herramientas para mitigarlo, en respuesta a una consulta de la Federación Navarra de Municipios y Concejos.

La petición de informe -que trae causa de las diversas solicitudes de compensación formuladas por empresas concesionarias de la gestión de instalaciones deportivas-,

¹¹² El artículo 2 del Real Decreto-ley 3/2022 modifica el artículo 38 de la Ley 15/2009. Y la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2022 regula la *“aplicación de la revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del combustible en los contratos de transporte continuado vigentes”*.

plantea la cuestión de si los incrementos de costes aludidos pueden suponer una ruptura del equilibrio económico que debe presidir la concesión de servicios y, en concreto, si tal situación puede ser subsumida en el supuesto de riesgo imprevisible previsto en el artículo 211.3, letra d) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos¹¹³.

En ese contexto, la Junta de Contratación Pública considera, al menos en un plano teórico, que el incremento de precios de determinados materiales o recursos necesarios para la ejecución de los contratos puede ser motivo para entender que se produce un “riesgo imprevisible” que haga necesario el restablecimiento del equilibrio del contrato.

No obstante, el Informe remarca que tal circunstancia debe valorarse “*atendiendo a las circunstancias propias de cada contrato, que deberán ser adecuadamente probadas en el expediente administrativo, teniendo en consideración el conjunto de la economía del contrato y la necesidad de que su quiebra sea sustancial*”. Y recuerda que el derecho al restablecimiento del equilibrio económico es una excepción a la regla general del riesgo y ventura, por lo que su aplicación debe ser restrictiva, ya que no puede convertirse en una garantía ordinaria que cubra los riesgos propios de la concesión¹¹⁴.

VI.- EN PARTICULAR, EL DEBATE SOBRE EL ART. 205.2.B DE LA LCSP Y LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPREVISTAS

1. LAS DIRECTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN COMO CONTEXTO NECESARIO DEL ART. 205.2.B) DE LA LCSP

Un análisis sistemático del art. 205.2.b) de la LCSP debe partir necesariamente de la Directiva 2014/24/UE de la que trae causa -y que traspone casi de manera literal, salvo alguna modulación-. Por ello, en este epígrafe se analizará brevemente la trazabilidad de la regulación de la modificación contractual en la normativa comunitaria.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública¹¹⁵ ya reflejaba en su exposición de motivos¹¹⁶ que la modificación de los contratos durante su período de vigencia “*se ha convertido en una cuestión cada vez más pertinente y problemática para los profesionales*”. Y por ello, incluye “*una disposición específica sobre la modificación de los contratos que incorpora las soluciones básicas desarrolladas por la jurisprudencia y ofrece una solución pragmática para tratar las circunstancias imprevistas que exigen la adaptación de un contrato público durante su período de vigencia*”.

¹¹³ El artículo 211.3.d) de la Ley Foral 2/2018, relativo al mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de servicios establece que el órgano de contratación deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, “*cuando circunstancias imprevisibles al momento de formular ofertas impidan la ejecución de la concesión en los términos pactados*”.

¹¹⁴ El Informe recuerda en relación con esta cuestión que, precisamente, el “riesgo operacional” es una nota sustantiva de los contratos de concesión.

¹¹⁵ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública. Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final. 2011/0438 (COD).

¹¹⁶ Concretamente, en el apartado “*Explicación detallada de la propuesta*”.

Bien es cierto que la introducción de las modificaciones contractuales no fue pacífica, y en la tramitación de la norma se manifestaron voces discrepantes sobre el acierto de tal incorporación, por entender que son cuestiones que competen al Derecho contractual a nivel nacional -sirva como ejemplo el Comité de las Regiones¹¹⁷-. Pero la balanza se inclinó en sentido contrario. Como veremos, el intento uniformador no ha generado un óptimo resultado -al menos en apariencia-, por divergencias a la hora de trasponer las Directivas comunitarias¹¹⁸, y diferentes criterios interpretativos al aplicarlas¹¹⁹.

Sea como fuere, la Propuesta de Directiva asume la regla general derivada de la Jurisprudencia del TJUE y considera sustancial una modificación cuando se introduzcan cambios que demuestren la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales del contrato, exigiendo en esos supuestos un nuevo procedimiento de licitación¹²⁰.

Pero también recoge excepciones a dicha regla. Específicamente, para “*hacer frente a circunstancias externas imposibles de prever cuando se adjudicó el contrato*”. En tales supuestos, se asume que hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. Así lo indica el considerando 46 del Proyecto, que además incluye una definición del concepto de circunstancias imprevisibles -igual a la del considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE-.

En tal contexto de circunstancias imprevisibles, el artículo 72.6 del Proyecto señala que “*una modificación sustancial no requerirá un nuevo procedimiento de contratación*” en caso de que se cumplan todas estas condiciones: a) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever; b) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato; c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial.

Pues bien, como se puede constatar a simple vista, la redacción del Proyecto es muy semejante en el fondo y en la forma a la definitiva que recoge el art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE¹²¹. Los cambios traen causa de la modulación de la regla relativa al 50% del

¹¹⁷ Dictamen del Comité de las Regiones - Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09).

¹¹⁸ Algunas de estas divergencias han motivado el inicio de procedimientos de infracción por la Comisión Europea, por entender que existen dudas sobre el adecuado cumplimiento de las Directivas en lo que respecta a las normas aplicables en materia de modificación de los contratos.

¹¹⁹ Buena muestra de ello es la diferente sensibilidad sobre los efectos de la pandemia del COVID-19 o el incremento desmesurado del precio de determinadas materias primas, y la posibilidad de articular una modificación contractual para mitigarlos. A pesar de su alcance limitado, tal vez habría sido oportuna la elaboración por la Comisión Europea de alguna guía y/o de directrices interpretativas en esta materia.

¹²⁰ El Proyecto, al igual que la Directiva finalmente aprobada, presume que la modificación es sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes: i) que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador; ii) que altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista; iii) que amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.

¹²¹ Los parámetros objetivos para articular la modificación contractual ante circunstancias imprevistas se recogen de manera similar en el art. 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. En el caso de los «sectores excluidos», el art. 89.1.c) de la Directiva 2014/25/UE solo contempla dos condiciones para aplicar la modificación en tales supuestos -igual que el art. 111 del RD-ley 3/2020, de 4 de febrero, por el que se traspone al ordenamiento español esta última Directiva-: i)

valor del contrato inicial para modificaciones sucesivas, y de una sistemática diferente al ubicar ese supuesto de modificación por causas imprevistas, pero sin alterar su carácter de excepción a las reglas aplicables a las modificaciones sustanciales¹²².

Durante su periodo de tramitación y una vez aprobadas, varios autores han analizado el régimen de modificación contractual recogido en las nuevas Directivas en materia de contratación -bien específicamente, bien en el contexto de su trasposición-. Aunque han sido muy pocos los que han profundizado realmente en el alcance, finalidad y espíritu de la modificación por causas imprevistas¹²³.

De entre las excepciones, GIMENO FELIÚ¹²⁴ al analizar la Propuesta de Directiva sobre contratación pública y el supuesto de modificación por imprevisibilidad ya manifestó su potencial conflictividad -aunque en un sentido y con una casuística diferente a la que aquí se analiza-, al indicar que *“se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato”*. O también LOSADA FUENTES¹²⁵, que en términos muy similares al reseñar la regulación del art. 72 de la Directiva 2014/24/UE¹²⁶ sobre la modificación por circunstancias imprevisibles considera que *“se abre con esta previsión un cúmulo de dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al principio de seguridad jurídica que exigirá una fuerte labor interpretativa”*.

Sí profundiza más en la materia GALLEGO CÓRCOLES¹²⁷. En concreto, considera que el art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE *“no regula tanto el ius variandi, como los*

que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una entidad adjudicadora diligente no podría prever, y ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

¹²² En la tramitación del Proyecto se llevaron a cabo otras alteraciones menores en la regulación de la modificación contractual con respecto al texto finalmente aprobado, pero no conciernen de manera directa al precepto que nos ocupa. De manera indirecta, solo cabría detenerse en la supresión de dos previsiones conectadas con el impacto del incremento de precios en la ejecución contractual. Así, el art. 70 del Proyecto, relativo a las *“condiciones de ejecución del contrato”*, recogía la posibilidad de introducir en el contrato *“el requisito de que los operadores económicos prevean compensaciones por los riesgos de aumentos de precios que resulten de las variaciones de precios (cobertura) y que puedan afectar de manera sustancial en la ejecución de un contrato”*, esto es, una suerte de mecanismo de *“hedging”*. Y paralelamente, el art. 72.7 del Proyecto establecía la prohibición de articular modificaciones contractuales *“cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista”*. Ambas referencias fueron eliminadas en la Directiva 2014/24/UE.

¹²³ Algo semejante sucede con los diversos comentarios existentes sobre las modificaciones contractuales en la LCSP. Salvo contadas excepciones, se limitan a transcribir la norma y a repetir generalidades.

¹²⁴ Gimeno Feliú, José María. Las nuevas directivas-cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública. Revista Española de Derecho Administrativo nº 159 (julio-septiembre 2013), página 77.

¹²⁵ Losada Fuentes, Alberto. La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible. Revista Galega de Administración Pública (REGAP). Núm. 48 (julio-diciembre 2014), página 384.

¹²⁶ Recordemos, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

¹²⁷ Gallego Córcoles, Isabel. La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. En *“Las nuevas Directivas de Contratación Pública”* (Ponencias sectoriales X

límites que se imponen al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando su origen es un hecho imprevisible”. Por esa misma razón valora positivamente la regulación de la Directiva, entendiéndola que, dentro de unos límites, permite adoptar una modificación “*como medida del reequilibrio económico siempre que se haya verificado un riesgo imprevisible*”. Y pone como ejemplo “*la necesidad de incrementar el precio del contrato ante un desmesurado aumento de los precios de las materias primas, aumento que será admisible si no se altera la naturaleza global del contrato, ni se sobrepasan determinados límites cuantitativos*”.

Por su parte, en el caso de la Directiva 2014/23/UE¹²⁸, CALATAYUD PRATS¹²⁹ interpreta las previsiones de su art. 43.1.c) también de manera amplia. Y sostiene que en el supuesto de modificación por causas imprevisibles “*se pueden incluir los errores imprevisibles, la necesidad de incorporar avances técnicos que excedan de lo normal, el caso fortuito y la fuerza mayor, el factum principis y, por supuesto, supuestos calificados de riesgo imprevisible*”. La reflexión de este autor la recoge CODINA GARCÍA-ANDRADE¹³⁰, indicando que el concepto «circunstancias imprevisibles» que contemplan las Directivas podría dar cobertura a tales supuestos, pero recordando -y advirtiendo- que su aplicación ha de interpretarse de manera estricta¹³¹.

De contrario, CANALES GIL¹³² y otros, siguiendo el criterio de la Recomendación de 10 de diciembre de 2018 de la JCCPE¹³³, sostienen que “*desde el punto de vista tanto de la Directiva 2014/24/UE como de la LCSP, se refiere no al precio sino al cambio del objeto del contrato, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante. Desde el punto de vista material, una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta*”.

Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo). Observatorio de los Contratos Públicos. Editorial Aranzadi, S.A. 2015. Página 150.

¹²⁸ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

¹²⁹ Calatayud Prats, Ignacio. La regulación de la modificación objetiva del contrato de concesión en la LCSP ¿una incorrecta transposición de la Directiva? Revista General de Derecho Administrativo. Nº 49, año 2018. El mismo autor señala que ese supuesto de modificación puede y debe englobar cualquier supuesto imprevisible. Y que el art. 205 de la LCSP debe interpretarse de manera sistemática con los arts. 270 y 290 de la LCSP, sin que la normativa nacional pueda restringir o matizar un concepto europeo.

¹³⁰ Codina García-Andrade, Xavier. La modificación de los contratos del sector público. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2020. Página 183.

¹³¹ Señala, con cita de la STS de 28 de noviembre de 2017 (Roj: STS 4339/2017), que “*la crisis económica no será una circunstancia imprevisible ni un caso de fuerza mayor*”.

¹³² Canales Gil, A., Huerta Barajas, J.A., Canales Menés, P., y Huerta Mérida, C. Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022. Página 371.

¹³³ La Recomendación de la JCCPE de 10 de diciembre de 2018 “*en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público*”, señala que “*desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado*”.

Y, para finalizar esta breve muestra de opiniones doctrinales, HORGUÉ BAENA¹³⁴, al comentar el alcance del art. 205.2.b) de la LCSP, no realiza alusión alguna a supuestos de riesgo imprevisible, restablecimiento del equilibrio económico o análogos. Se limita a señalar que “*en cuanto a la causa que motiva la modificación del contrato la nueva Ley se sitúa en el mismo nivel de exigencia del derogado art. 107.1.b. TRLCSP*”. Y a reflejar que “*donde se va a manifestar un apartamiento de la normativa precedente es en relación con las otras dos condiciones requeridas por el art. 205.b LCSP, en tanto que prescriben los límites del alcance de la modificación admitida por esta vía*”¹³⁵. Esto es, en la práctica sugiere una suerte de continuidad en el régimen tradicional en nuestro Derecho de las modificaciones contractuales por causas imprevistas, sin perjuicio de las modulaciones expresamente referenciadas derivadas de las Directivas comunitarias.

No existe por tanto unanimidad doctrinal sobre esta materia. Y además en algunos casos es divergente con respecto al criterio mantenido por órganos consultivos, etc. Ello sin tener en cuenta que en la realidad de los órganos de contratación resultará necesario aunar teoría y práctica, y la casuística será sin duda muy variada -y discutible, incluso en el supuesto de optar por las opciones posibilistas-.

En todo caso, opiniones doctrinales al margen -y salvo error involuntario-, al día de la fecha el TJUE no se ha pronunciado sobre el alcance de la modificación contractual por causas imprevistas recogida en el art.72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE¹³⁶. Y tampoco existen resoluciones sobre los arts. 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE y 89.1.c) de la Directiva 2014/25/UE. Como luego se indicará, tal vez sea ese Tribunal la sede más adecuada para analizar las controversias interpretativas sobre tales preceptos¹³⁷.

2. LAS OPINIONES DEL TACRC Y DE DIVERSOS ÓRGANOS CONSULTIVOS CONTRARIAS A LA APLICACIÓN DEL ART. 205.2.B) DE LA LCSP

En epígrafes precedentes se ha indicado que varios órganos consultivos consideran inviable aplicar las previsiones del art. 205.2.b) de la LCSP para mitigar en la esfera contractual los efectos derivados del incremento extraordinario de los precios de las materias primas, suministros, etc., cuando la modificación tiene exclusivamente como objeto compensar al contratista ese incremento. Y llegan a esa conclusión, en esencia, argumentando que: i) la variación del precio no debe calificarse como una modificación

¹³⁴ Horgué Baena, Concepción. “La modificación de los contratos”, en Tratado de Contratos del Sector Público. Tirant lo Blanch. 2018. Pág. 2251.

¹³⁵ Se refiere la autora a la condición material de que la modificación no altere la naturaleza global del contrato, y al límite porcentual del 50% del precio del contrato inicial.

¹³⁶ Aunque no concierne a los supuestos que nos ocupan, sí existe una petición de decisión prejudicial vinculada al considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y al alcance temporal de la expresión «circunstancias que no podrían haberse previsto», para aclarar si comprende solo las circunstancias sobrevenidas tras la adjudicación del contrato. El TJUE sí se ha pronunciado sobre otros epígrafes del art. 72 de la Directiva 2014/24/UE. Por ejemplo, en relación con el supuesto de modificación por sucesión del contratista inicial en la STJUE de 3 de febrero de 2022, asunto C-461/20 (ECLI:EU:C:2022:72).

¹³⁷ Como se apunta en una nota al pie anterior, en su momento podría haber tenido bastante utilidad alguna guía y/o directrices interpretativas de la Comisión Europea sobre la aplicación de la modificación por causas imprevistas. El contexto parecía idóneo -la relativamente reciente aprobación de las nuevas Directivas, la existencia de controversias a la hora de aplicar la regulación de la modificación contractual, la pandemia del COVID-19, la crisis de suministros. los incrementos muy relevantes de precios, etc.-.

del contrato en sentido técnico jurídico, ya que no se trata de que el contratista ejecute la prestación de una manera diferente a la pactada; ii) una modificación orientada a mitigar los efectos del incremento de precios implicaría una revisión de precios encubierta, y precisamente la revisión de precios tiene una regulación específica en la LCSP; iii) las modificaciones que afectan al precio del contrato conllevan la alteración de un elemento esencial de la relación contractual, y no resultan admisibles según el TJUE.

Entre otros, asumen tales argumentos contrarios a la posibilidad de modificar la relación contractual para compensar exclusivamente el incremento extraordinario de precios el Informe de la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha 10/2021, de 29 de noviembre; el Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 11/2021, de 24 de marzo de 2022; el Informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, o el Informe 7/2022, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid.

Por su parte, y en una línea similar, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (“TACRC”) ha rechazado la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP para modificar la retribución del contratista con el fin de mitigar los efectos del incremento extraordinario e imprevisible de precios.

Así, la conocida Resolución del TACRC nº 436/2022, de 7 de abril analiza un recurso especial en materia de contratación interpuesto frente a un acuerdo de modificación de un contrato de suministro “*por haberse producido un supuesto de riesgo imprevisible debido a la evolución de los precios en el mercado del papel*”, que incrementa los precios unitarios de adjudicación en un treinta por ciento (30%)¹³⁸.

La entidad recurrente -un operador económico que participó en el procedimiento de licitación- sostiene, esencialmente, que la utilización del art. 205.2.b) de la LCSP ha de ser excepcional, y que en ningún caso habilita un incremento de los precios unitarios en base a los cuales se adjudicó el contrato en una proporción tan elevada, pues ello supone alterar un elemento esencial del contrato -y, por tanto, una modificación sustancial-.

Para defender su decisión, el órgano de contratación plantea la existencia de elementos objetivos que habilitarían la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP. En concreto, las circunstancias extraordinarias que afectaron notablemente a los costes vinculados a los suministros objeto del contrato, incrementándolos al alza¹³⁹, y la imposibilidad de prever en el momento de celebrar la licitación un aumento de precios tan relevante.

Al resolver la controversia, el TACRC prescinde en su análisis del carácter previsible o imprevisible de la evolución en los precios de fabricación del papel al efecto de justificar

¹³⁸ Según la Resolución por la que se anula la autorización de la modificación del “*contrato del suministro de papel blanco multiusos DIN A4, con destino a los Centros Sanitarios dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias*”, el importe de adjudicación por unidad (IVA excluido) era de 0,0042 euros; el importe por unidad recogido en la modificación es de 0,005460 euros (IVA excluido).

¹³⁹ Señaladamente, “*el notable incremento de los precios de las energías precisas para la fabricación del papel (tanto del gas como de la electricidad), que ha conllevado que los fabricantes hayan ralentizado la producción, al no cubrir costes y, en algunos casos, la hayan llegado a paralizar*”.

la modificación contractual -lo que es tanto como rechazar a priori la virtualidad del art. 205.2.b) de la LCSP y de los preceptos concordantes recogidos en las Directivas comunitarias-. Y niega de plano la posibilidad de modificar el contrato en tales condiciones, al entender que dicha alteración afectaría “*a un elemento esencial del contrato, como es el precio*”, que comprometería el principio de igualdad de trato.

Una postura reiterada en la Resolución nº 740/2022, de 22 de junio, que analiza un recurso especial en materia de contratación frente a una decisión por la que se desestima la solicitud de un contratista de modificar los precios de un contrato al amparo del art. 205.2.b) de la LCSP, atendiendo al “*incremento exponencial del coste de los suministros energéticos (luz, gas) y del combustible, absolutamente imprevisible y del todo excepcional motivado por diversos factores de sobra conocidos (pandemia, conflictos internacionales, caída abrupta del PIB, etc.)*”.

El TACRC inadmite el recurso especial, por entender que la actuación administrativa no se encuentra dentro de las actuaciones susceptibles de impugnación recogidas en el art. 44.2 de la LCSP. No obstante, recuerda “*obiter dicta*” su opinión en esta materia, señalando que una modificación contractual en tales circunstancias no resulta viable por suponer una alteración sustancial de un elemento esencial del contrato, y además porque implicaría una suerte de revisión de precios encubierta. Todo ello para resaltar que si el recurso hubiera sido admitido, habría sido desestimado.

La conclusión a la que llega el TACRC se apoya, esencialmente, en considerar que la alteración del precio del contrato es una modificación de carácter sustancial, lo que según su criterio impediría llevarla a cabo, incluso aunque responda a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en el que tuvo lugar la licitación.

Pues bien, sí es verdad que la STJUE de 7 de septiembre de 2016 a la que alude el TACRC en sus resoluciones considera que las dificultades imprevisibles al ejecutar un contrato no pueden justificar que se decida proceder a una modificación sustancial de la relación contractual sin respetar el principio de igualdad de trato.

Pero no es menos cierto que esa resolución del TJUE –al igual que los precedentes que se citan en la misma¹⁴⁰, u otros que también podrían haber sido invocados¹⁴¹- analiza la modificación en el contexto de la Directiva 2004/18/CE, y que la interpretación del TACRC genera ciertas discordancias con el texto de la Directiva 2014/24/UE de la que el art. 205.2.b) de la LCSP trae causa -algo que recuerda, por ejemplo, SANMARTÍN MORA, en un comentario a la Resolución del TACRC nº 436/2022¹⁴²-.

¹⁴⁰ Por ejemplo, la STJUE de 19 de junio de 2008, asunto C 454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH (ECLI:EU:C:2008:351).

¹⁴¹ Por ejemplo, la conocida -por concernir al Reino de España y al TRLCSP- STJUE de 13 de enero de 2005 (ECLI:EU:C:2005:14), que aunque no trata propiamente de una alteración contractual, sí considera que el precio del contrato es un elemento esencial a los efectos de su modificación.

¹⁴² Sanmartín Mora, María Asunción, en “*El TACRC reitera el discutible criterio de que las modificaciones contractuales que responden a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en el que tuvo lugar la licitación no podrán llevarse a cabo si tienen carácter sustancial*”, opinión publicada el 28 de abril de 2022 en la web del Observatorio de Contratación Pública (obcp.es).

Así, las Directivas comunitarias asumen la regla general derivada de la Jurisprudencia del TJUE y consideran como sustancial una modificación cuando se introduzcan variaciones sobre elementos esenciales del contrato. Pero también establecen varias excepciones objetivas a esa regla. Y específicamente, una de ellas para adaptar el contrato a circunstancias imprevisibles. De este modo, al menos debería admitirse el argumento de que el TACRC no tendría que zanjar el debate sin analizar el encaje de los elementos objetivos de la modificación propuesta en el art. 205.2.b) de la LCSP.

Sea como fuere, y sin entrar a analizar si la evolución de los precios era o no previsible, el TACRC expone argumentos adicionales para respaldar su postura.

En primer lugar, aludiendo a la Recomendación de la JCCPE de 10 de diciembre de 2018, y a sus referencias a que “*una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta*”. Ello para remarcar que afectaría a un elemento esencial y tal vez también para sugerir implícitamente que la revisión de precios tiene una regulación específica, que el propio art. 203 de la LCSP deja al margen de la potestad de modificación del contrato.

Y en segundo lugar, invocando las reflexiones de una Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2017 (Roj: STS 4276/2017)¹⁴³ sobre el alcance del art. 107.1.a) del TRLCSP, que considera aplicables también al supuesto analizado, a pesar de que en apariencia ese precepto -y las controversias y el debate que se refleja en la resolución judicial referenciada- responde a una realidad diferente a la que nos ocupa¹⁴⁴.

Adicionalmente, se pueden plantear otras modulaciones al margen del caso concreto analizado en la Resolución del TACRC nº 436/2022. En ese supuesto se estudia una modificación contractual que implica sin más un incremento lineal del precio unitario de adjudicación en un treinta por ciento (30%). Y en el expediente -al menos en lo que respecta a los documentos obrantes en el perfil de contratante- no se recogen otro tipo de elementos objetivos para valorar el impacto del incremento extraordinario de los precios de fabricación del suministro en cuestión, ni umbrales a partir de los cuales ese aumento se considera imprevisible, superando el riesgo y ventura, etc. Tampoco existe referencia alguna a posibles limitaciones al alcance temporal de la medida. Pero en el caso de que la modificación de las condiciones económicas respondiera fielmente al impacto de las circunstancias ajenas a las partes y no previstas en el contrato -sobre la base de elementos objetivos verificables-, y se justificasen adecuadamente los riesgos ordinarios inicialmente asumidos, ¿la respuesta del TACRC habría sido la misma?

¹⁴³ Que confirma una previa Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de junio de 2015 (Roj: STSJ M 7369/2015).

¹⁴⁴ El art. 107.1.a) del TRLCSP regula el supuesto de modificación contractual no prevista relativo a la “*inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas*”. Y las discrepancias en el procedimiento judicial traen causa de que en un proyecto constructivo presentado por el contratista, éste cometió supuestamente un error u omisión, y no reflejó una partida económica para una demolición de una pasarela, que luego pretende que se reconozca incorporándola en un nuevo proyecto modificado a tramitar según el art. 107.1.a) del TRLCSP.

Visto lo anterior, existen dudas interpretativas de cierta entidad sobre la virtualidad del art. 205.2.b) de la LCSP. Y, por extensión, también del art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE -del que trae causa- y de los preceptos concordantes recogidos en los arts. 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE y 89.1.c) de la Directiva 2014/25/UE. De hecho, como veremos en posteriores epígrafes, algún órgano consultivo de otro país ha seguido un criterio diferente al del TACRC a la hora de interpretar la regulación comunitaria.

Precisamente por ello, no es descabellado pensar que tales controversias serán resueltas en otra sede diferente. Y tal vez en el contexto de alguna petición de decisión prejudicial ante el TJUE, puesto que es evidente la relación entre las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de modificación de contratos públicos y el art. 205.2.b) de la LCSP, y tal petición sería útil -la interpretación de las disposiciones aludidas tendría un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, y la Jurisprudencia existente no otorga una respuesta clara a la problemática jurídica existente, en particular en el contexto de una coyuntura de escalada de precios extraordinaria como la actual-¹⁴⁵.

3. OTROS PUNTOS DE VISTA SOBRE EL ALCANCE DEL ART. 205.2.B) DE LA LCSP

A pesar de los razonamientos del TACRC y de diversos órganos consultivos reflejados en el epígrafe precedente, lo cierto es que a día de hoy no existe una argumentación concluyente sobre el alcance real de las previsiones del art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE y del art. 205.2.b) de la LCSP. Y es posible aludir además a resoluciones que darían soporte a una magnitud más amplia de los citados preceptos para resolver problemas como los derivados de los efectos del incremento extraordinario de precios.

Así, por ejemplo, el Informe de la JCCPE emitido en el “*Expediente 38/20*” señala claramente que la regulación del artículo 205.2.b) de la LCSP responde a un doble fin; la introducción de nuevas prestaciones en el contexto del «*ius variandi*», y la incorporación de la doctrina del riesgo imprevisible. Ello en estos términos:

“En la legislación vigente el supuesto de modificación del contrato por la superveniencia de circunstancias nuevas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato aglutina los conceptos de ius variandi y de riesgo imprevisible. No es de extrañar que la LCSP haya querido prever expresamente, de modo congruente con el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, un supuesto de modificación no prevista en los pliegos que ofrezca cumplida respuesta a los casos de riesgo imprevisible que puedan afectar a las condiciones económicas del contrato, bien que con el límite del 50% del precio inicial del mismo”.

Teniendo en cuenta esta interpretación, y considerando que la modificación del contrato por la aparición de nuevas circunstancias imprevisibles al celebrarlo no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico -desde hace muchas décadas se recoge en la normativa en materia de contratos administrativos estatal¹⁴⁶-, la referencia que realiza el Informe a

¹⁴⁵ De hecho, al analizar los recursos antes comentados, el propio TACRC podría haber planteado esa petición, atendiendo a su carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE.

¹⁴⁶ El Dictamen del Consejo de Estado nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, recuerda incluso que tradicionalmente, la concurrencia de causas imprevistas en el ejercicio de la potestad de modificación

los “*casos de riesgo imprevisible que puedan afectar a las condiciones económicas del contrato*” parece que responde a la teoría de la imprevisión, lo que encajaría de manera potencial en la resolución de problemas como el que aquí nos ocupa -incremento extraordinario de precios y sus efectos en la economía contractual-¹⁴⁷.

También cabe aludir a los razonamientos de la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2022 (Roj: SAN 4711/2022), que analiza un recurso de apelación interpuesto por una entidad contratante¹⁴⁸ contra una previa resolución del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 5, que anula un acuerdo de modificación contractual en virtud del cual se minoraba el precio de un producto de un Lote de un contrato de suministro, basándose de manera expresa como fundamento en el art. 205.2.b) de la LCSP.

Esencialmente, el punto de partida del relato de hechos es la licitación en el mes de agosto de 2020 de un acuerdo marco para la selección de suministradores de material para hacer frente al COVID-19, dividido en varios lotes. En el caso analizado, la controversia se centra en el lote 8, adjudicado en el mes de noviembre de 2020 a diversos operadores económicos, y formalizado en diciembre de 2020.

Una vez iniciada la ejecución de la relación contractual, el órgano de contratación recibe la petición de una de las entidades adjudicatarias, planteando la reducción del precio del producto ofertado -sin alterar sus características y calidad-¹⁴⁹. Y previo informe de su asesoría jurídica, acuerda estimar la solicitud de minoración del precio y modificar “*por variación de las condiciones del mercado actual respecto al momento en el que se inició el expediente de contratación, afectando a los precios establecidos, y suponiendo una circunstancia sobrevenida que, en el momento de producirse la licitación, no era posible prever, conforme con lo establecido en el artículo 205 de la LCSP*”¹⁵⁰.

Un operador económico también adjudicatario interpone un recurso de reposición frente al acuerdo de modificación, que es desestimado. Y frente a dicha desestimación recurre en vía contencioso-administrativa, siendo estimadas inicialmente sus pretensiones por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 5.

Concretamente, la resolución judicial de instancia considera que la modificación del acuerdo marco para minorar el precio de adjudicación no resulta ajustada a Derecho, ya

contractual “*no precisaba que estas fueran inherentes al contrato, sino que podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual*”.

¹⁴⁷ Como hemos visto, la teoría de la imprevisión da lugar a una compensación al contratista para mitigar los efectos de circunstancias imprevisibles ajenas a las partes y no previstas en el contrato. Ciertamente, el literal de la argumentación expuesta por la JCCPE en este concreto Informe contrasta con la renuencia a reconocer tal posibilidad que se desprende de otros pronunciamientos doctrinales.

¹⁴⁸ El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

¹⁴⁹ El Fundamento Quinto de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2022 (Roj: SAN 4711/2022) refleja que varios licitadores realizaron también solicitudes análogas de minoración del precio en ese Lote, lo que se puede comprobar también al consultar el procedimiento de licitación en el perfil del contratante del órgano de contratación.

¹⁵⁰ Así se refleja en la Resolución de la Directora del INGESA por la que se resuelve la solicitud de minoración del precio de adjudicación y se acuerda la modificación de la relación contractual.

que no tiene amparo en los pliegos ni en el contrato suscrito, y tampoco cumple con los requisitos y exigencias recogidos en el artículo 205.2.b) de la LCSP. De hecho, remarca que la actuación del órgano de contratación vulnera el art. 102 de la LCSP, según el cual los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, y concluye que en el caso analizado no concurre causa objetiva ni motivos de interés público que justifiquen la modificación de una condición esencial del acuerdo marco como es el precio.

Sin embargo, tales argumentos son rechazados posteriormente en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que sí considera ajustada a derecho la modificación del precio a la baja apoyándose en el art. 205.2.b) de la LCSP.

Así, la Sentencia considera abiertamente 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*”. Y afirma 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 (...)*”.

Ante tales conclusiones, si apoyándose en el art. 205.2.b) de la LCSP y ante variaciones extraordinarias e imprevisibles del mercado de suministros es teóricamente admisible minorar los precios pactados en un contrato -sin alterar el contenido de la prestación debida ni ningún otro elemento-, ¿por qué razón no resultaría posible incrementarlos?¹⁵¹

VII.- BREVES APUNTES SOBRE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN FRANCIA Y EN PORTUGAL

La rigidez en España a la hora de abordar los efectos de las situaciones de crisis en la ejecución de los contratos públicos, y de implementar mecanismos para modularlos, contrasta con criterios y herramientas más flexibles aplicadas en algunos países de nuestro entorno¹⁵². De los diversos ejemplos y medidas existentes, por su interés tanto teórico como práctico, se reseñan aquí dos de ellas, vinculadas a Francia y a Portugal.

1. FRANCIA: LA CIRCULAR Nº 6374/SG, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2022

En el caso de Francia, y de entre las diversas medidas y actuaciones realizadas, cabe aludir a la Circular de la primera ministra francesa nº 6374/SG, de 29 de septiembre de 2022, «sobre la ejecución de los contratos públicos en el contexto actual de aumento de los precios de algunas materias primas», elaborada atendiendo a los razonamientos de un previo Dictamen del Conseil d'Etat, que analizó con detalle esta materia.

Inicialmente, para hacer frente a la relevante problemática existente en la ejecución de los contratos públicos por causa del aumento extraordinario de precios, se presentó una

¹⁵¹ Límites presupuestarios al margen, claro está.

¹⁵² Bien es cierto que otros países han seguido una estrategia semejante a la de España en el contexto de esta crisis. Pero con una diferencia no menor: en buena parte de ellos son doctrinal y jurisprudencialmente asumidas construcciones como la teoría de la imprevisión, y otras vinculadas al Derecho común -mayor onerosidad sobrevenida, desaparición de la base del negocio, etc.-.

primera Circular¹⁵³, en la que se intentaron delimitar las posibles soluciones que podrían utilizar las entidades contratantes con el fin de modular ese impacto. Sin embargo, al aplicarla surgieron diversas dificultades y problemas interpretativos, en especial en lo que se refiere a las concretas herramientas a emplear para articular las posibles compensaciones a los contratistas por los sobrecostes asumidos en esta crisis.

Por ello, el Gobierno francés -en concreto, el Ministerio de Economía- solicitó al Conseil d'Etat un dictamen con el fin de delimitar el alcance de las previsiones de la regulación francesa en materia de modificación de los contratos públicos, así como acerca de la virtualidad de las normas y jurisprudencia sobre la teoría de la imprevisión, y su relación con las posibles medidas a adoptar ante la coyuntura actual.

Pues bien, el Dictamen del Conseil d'Etat francés de 15 de septiembre de 2022 analiza de manera relativamente exhaustiva las posibilidades de modificar el precio o las tarifas de los contratos públicos para mitigar el alza de precios, y las condiciones de aplicación de la teoría de la imprevisión. Ello atendiendo a las siguientes consultas¹⁵⁴:

1. Si resulta posible una modificación contractual vinculada únicamente a la variación de la retribución del contratista para compensar los costes adicionales asumidos por aquél, sin alterar las restantes características y condiciones de la prestación¹⁵⁵.
2. Si, en caso de que sea posible la modificación del contrato en tales términos, se debe articular desde el mismo momento en que se acredite que el contratista incurre en pérdidas, o bien solamente a partir de un determinado umbral que implique un deterioro significativo del equilibrio económico inicial del contrato. Y cuál debería ser el alcance cuantitativo del modificado -en particular, si puede incluir algún tipo de beneficio o bien si debe limitarse a compensar costes-. Para completar este apartado se plantea si la conclusión sobre la procedencia de la modificación puede verse condicionada por el mayor o menor alcance temporal de los efectos del deterioro de las condiciones económicas en el contrato.
3. La relación entre la modificación contractual y la teoría de la imprevisión¹⁵⁶.
4. Si el alcance de la aplicación de la teoría de la imprevisión es diferente en función de si concierne a un contrato público o a un contrato de concesión.

¹⁵³ Circular nº 6338-SG, de 30 de marzo de 2022, derogada precisamente por la Circular nº 6374/Sg, de 29 de septiembre de 2022.

¹⁵⁴ Se plantea una quinta cuestión, vinculada a las herramientas jurídicas para articular el pago de la compensación por causa de la teoría de la imprevisión, y si la misma debe incluirse o no en la liquidación general y final del contrato.

¹⁵⁵ O bien, de manera alternativa, si esa compensación puede adoptar la forma de una ampliación del plazo de duración del contrato.

¹⁵⁶ Como se indica en un epígrafe precedente y luego veremos, en la normativa francesa se reconoce la procedencia de una indemnización cuando se produce un acontecimiento ajeno a las partes, imprevisible y que rompe temporalmente el equilibrio del contrato.

Ante las anteriores preguntas, y a pesar de que algunos de los argumentos empleados por el Conseil d'Etat al analizar la problemática sean genéricos, el telón de fondo de las respuestas sirve para resolver muchas dudas. Y sobre todo responde a elementos perfectamente identificables que, aunque a veces olvidados, deberían presidir de manera razonable la ejecución de cualquier contrato público: el equilibrio de intereses, la reciprocidad y el mantenimiento de la relación contractual.

En cuanto a la primera cuestión, relativa a la posibilidad de modificar únicamente las cláusulas económicas de un contrato en curso de ejecución con el fin de compensar las consecuencias de los aumentos extraordinarios de determinados costes, el Conseil d'Etat analiza diversas alternativas de actuación, en función de las causas que habilitan la modificación contractual en la regulación francesa -semejantes a las de la LCSP¹⁵⁷-.

La hipótesis principal que centra el análisis del Dictamen, por razones obvias, está referida a la modificación del contrato por circunstancias imprevistas, cuya redacción trae causa del art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE. Esto es, se refiere a aquellas modificaciones derivadas de eventualidades que una autoridad diligente no podía haber previsto al celebrar la licitación. Y que, en caso de llevarse a cabo, no podrán superar el 50% del importe del contrato inicial ni alterar la naturaleza global del contrato.

Pues bien, el Dictamen del Conseil d'Etat reconoce la virtualidad del clásico principio según el cual el precio del contrato no puede modificarse, derivado a su vez de los principios de libre acceso a la contratación pública y de igualdad de trato de los licitadores -que prohíben poner en tela de juicio las condiciones de la convocatoria de concurso inicial-. Pero considera que ese escenario se modula en la nueva regulación de las modificaciones del contrato por causas imprevisibles, ya que de dicha normativa no se desprende que tales modificaciones solo puedan referirse a las características o condiciones de ejecución de las prestaciones pactadas, y no a las cláusulas económicas.

Por todo ello, concluye que no estaría prohibida una modificación «a secas» del precio del contrato u orientada de manera exclusiva a adecuar sus cláusulas económicas. Una restricción que tampoco sería admisible en virtud de las Directivas comunitarias, pues según su criterio ni recogen ese tipo de limitaciones, ni las mismas pueden deducirse de las previsiones contenidas en el art. 72 de la Directiva 2014/24/UE y concordantes de las Directiva 2014/23/UE y 2014/25/UE.

Para reforzar la anterior argumentación, el Dictamen razona sobre la virtualidad de la aplicación al supuesto consultado de la “clásica” Jurisprudencia del TJUE que prohíbe, como regla general, las modificaciones sustanciales de un contrato en ejecución cuyas estipulaciones no prevean la posibilidad de tales modificaciones¹⁵⁸. Y afirma que tales resoluciones judiciales son anteriores a la aprobación de las nuevas Directivas, por lo que

¹⁵⁷ En esencia: i) modificaciones previstas en la documentación contractual; ii) obras, suministros o servicios adicionales; iii) modificaciones necesarias por circunstancias imprevistas; iv) sucesión del contratista inicial; v) modificaciones no sustanciales; vi) modificaciones de escasa cuantía.

¹⁵⁸ Concretamente, alude a la STJUE de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, asunto C-454/06 (ECLI:EU:C:2008:351) y a la STJUE de 13 de abril de 2010 Wall AG, asunto C-91/08 (ECLI:EU:C:2010:182).

no puede considerarse que se opongan a las modificaciones, incluso del precio o de otras cláusulas económicas, que con la vigente regulación son admisibles cuando los poderes adjudicadores se enfrentan a los efectos de circunstancias imprevisibles.

Según los anteriores argumentos, nada impediría -al menos en un plano teórico- la modificación de los contratos con el fin de compensar los costes adicionales en los que haya incurrido el contratista debido a circunstancias imprevisibles, aunque afecte a los precios o a las tarifas recogidas en la documentación contractual.

En otro orden de consideraciones, el Dictamen del Conseil d'Etat también alude, dentro de las alternativas de modificación contractual para compensar al contratista por los efectos del incremento extraordinario e imprevisible de precios, a la posibilidad de acudir a las denominadas “modificaciones menores” por razón de su cuantía¹⁵⁹, incluso aunque los perjuicios que motiven la modificación no sean suficientes para caracterizar un deterioro significativo del equilibrio económico del contrato inicial. No obstante, remarca la necesidad de que las entidades contratantes extremen las cautelas al articular este tipo de modificaciones de menor entidad, sobre todo para evitar compensaciones de costes que debería asumir el contratista.

Visto lo anterior, sí conviene recordar que una cosa es admitir teóricamente la posibilidad de modificar solo las cláusulas económicas de un contrato con el fin de mitigar los efectos de circunstancias imprevisibles. Y otra diferente es la traducción práctica de esta posibilidad, compleja y casuística en cuanto a su alcance -sobre todo al determinar cuándo se entiende superado el umbral de riesgo inicialmente asumido por el contratista- y también en lo que respecta a sus efectos -temporales, cuantitativos, etc.-.

De hecho -puede que incluso imaginándose un escenario similar al del párrafo anterior-, el Dictamen no responde con detalle a la segunda pregunta planteada. Más bien, delimita genéricamente los parámetros a tener en cuenta al abordar una modificación de esas características -incluyendo también la opción de ampliación de la duración contractual-, que coinciden esencialmente con los derivados de la regulación de las Directivas comunitarias, y un criterio racional: que el aumento de los gastos del contratista o la disminución de sus ingresos por causa de las circunstancias extraordinarias e imprevisibles supere los límites que razonablemente podían haber previsto las partes cuando se adjudicó el correspondiente contrato.

En cuanto a la respuesta a la tercera pregunta -sobre la articulación de la jurisprudencia acerca de la teoría de la imprevisión y las disposiciones que regulan la modificación de los contratos-, está condicionada por la regulación francesa en esta materia. Y es que el art. 6.3 del «*Code de la commande publique*» reconoce la procedencia de una indemnización en favor del contratista cuando se produce un acontecimiento ajeno a las partes, imprevisible y que rompe temporalmente el equilibrio del contrato. Ello de manera separada a la regulación de la modificación contractual.

¹⁵⁹ La regulación es análoga a la del art. 72.2 de la Directiva 2014/24/UE. El valor de la modificación ha de ser inferior a: i) los umbrales indicados en su artículo 4; ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

Precisamente, considerando esta diferenciación, el Dictamen entiende por una parte que el derecho del contratista a una indemnización por causa de imprevisión con el fin de garantizar la continuidad de la ejecución del contrato -y, por tanto, la continuidad del servicio público-, no se pone en cuestión por el contenido de las Directivas en materia de contratación pública. Pero por otra parte reconoce que el derecho extracontractual a una indemnización no impediría la aplicación de una modificación contractual, en caso de que se cumplan los requisitos legales y se estime procedente. De este modo, para remediar la problemática derivada de eventualidades imprevisibles podría articularse cualquiera de las alternativas, en función del caso concreto -nótese que cada una de ellas tiene, en el contexto jurídico francés aplicable, sus propias características y naturaleza-.

Finalmente, en respuesta a la cuarta pregunta, el Dictamen del Conseil d'Etat sostiene que la perturbación de la economía contractual en casos como el consultado debe ser valorada desde un prisma diferente, en función de si concierne a un contrato público o a un contrato de concesión. Ello a la vista de que un contrato de concesión implica, por definición -y según la Directiva 2014/23/UE- que una parte no despreciable del riesgo de explotación debe ser asumido por el concesionario y que las pérdidas que pueda sufrir como consecuencia de la explotación del servicio u obra de la que es responsable no están totalmente cubiertas. De este modo, se puede considerar que el concesionario ha aceptado, por principio, un sobre coste superior al del titular de un contrato público.

Visto lo anterior, la Circular n° 6374/SG, de 29 de septiembre de 2022 recoge la doctrina del Dictamen del Conseil d'Etat, en lo que se refiere a la posibilidad de modificar únicamente las cláusulas económicas de los contratos y concesiones para compensar las consecuencias de los aumentos imprevisibles de determinados costes.

Además, entre otros aspectos, la Circular n° 6374/SG: i) recuerda la obligación de las entidades contratantes de celebrar contratos públicos con precios revisables cuando las partes estén expuestas a riesgos importantes debido a la evolución previsible de las condiciones económicas durante el periodo de ejecución de las prestaciones; ii) plantea la posibilidad de resolver el contrato de mutuo acuerdo si las partes no llegan a un consenso sobre las condiciones de continuidad en la prestación. Y ello bien con efecto inmediato -si las prestaciones objeto del contrato pueden demorarse en el tiempo-, bien con efecto diferido, para dar tiempo a que se organice un nuevo procedimiento de licitación que responda objetivamente a las condiciones económicas actuales; iii) recoge la posibilidad de suspender la ejecución de las cláusulas contractuales que prevean penalizaciones por demora o la realización de determinadas prestaciones por cuenta y riesgo de la empresa mientras ésta no pueda abastecerse de suministros en condiciones normales -una recomendación que ya se realizó en el contexto de la pandemia del COVID-19-; y iv) en los contratos de Derecho privado, sugiere también la posibilidad de renegociar los términos del contrato aplicando las previsiones del art. 1195 del Código civil francés¹⁶⁰, respetando, eso sí, los límites y principios de la modificación contractual recogidos en el «*Code de la commande publique*».

¹⁶⁰ Dicho artículo, introducido en el Código civil francés por la Ordonnance n° 2016-131 de 10 de febrero, establece que si un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de la celebración del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir tal riesgo, ésta podrá solicitar una renegociación del contrato. Y que, en caso de negativa o de fracaso de la renegociación, las partes

Para finalizar el comentario a este ejemplo comparado, resulta de interés señalar que el Ministerio de Economía francés ha elaborado una “*Ficha técnica*”, para que pueda servir de guía a las entidades contratantes, y en la que se recogen entre otras materias las posibilidades que ofrece la normativa en orden a modificar las condiciones financieras y la duración de los contratos públicos para hacer frente a circunstancias imprevisibles¹⁶¹.

2. PORTUGAL: EL DECRETO-LEI Nº 36/2022, DE 20 DE MAYO

En el caso de Portugal, el Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de mayo, de la Presidência do Conselho de Ministros¹⁶², establece un régimen excepcional y temporal de revisión de precios en los contratos públicos, como respuesta al aumento de los costes de materias primas, materiales, mano de obra, etc., por causa de la situación de las cadenas de suministro, el COVID-19, la crisis energética y los efectos de la guerra en Ucrania.

La regulación parte de dos hechos objetivos. En primer lugar, la constatación efectiva de relevantes incrementos de costes, observando la comparación interanual de los índices de precios de materiales y costes laborales de diciembre de 2021 respecto al mismo mes del año 2020. Y, en segundo lugar, la insuficiencia de las fórmulas estándar de revisión de precios, pues por su naturaleza no son capaces de reflejar adecuadamente las variaciones inusualmente intensas y rápidas de los precios de los distintos factores.

En tal contexto, y a grandes rasgos, el régimen excepcional de revisión de precios del Decreto-Lei nº 36/2022 concierne no solo a los contratos de obras, sino también -con las necesarias adaptaciones- a contratos de suministro y a determinadas categorías de contratos de servicios, desplazando al régimen de revisión de precios establecido en los pliegos. Y podrá solicitarse cuando un material, coste de mano de obra, etc., represente durante la ejecución del contrato al menos el tres por ciento (3%) de su precio, y la tasa de variación interanual del coste sea igual o superior al veinte por ciento (20%).

Además, se plantean otras medidas, como la prórroga del contrato sin penalización al contratista en caso de imposibilidad de obtener los materiales y suministros necesarios para la ejecución de la obra. O la posibilidad excepcional de adjudicar el contrato por encima del precio de licitación -aunque dicha medida no esté prevista en los pliegos-¹⁶³.

De este modo, comparativamente, el esquema de revisión de precios portugués no se limita a los contratos de obras -aunque las obras públicas ocupen un lugar central-, y potencialmente puede ser aplicable a todas las tipologías contractuales. Una medida que podría haber asumido el Estado en el RD-ley 3/2022. Además, de manera contraria a lo

podrán acordar la resolución del contrato. A falta de acuerdo en un plazo razonable, una de las partes podrá solicitar al Juzgado que revise y ponga fin al contrato.

¹⁶¹ Fiche technique. Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision. Elaborada por la Direction des Affaires juridiques del Ministerio de Economía, y fechada el 21 de septiembre de 2022.

¹⁶² Diário da República n.º 98/2022, Série I de 20 de mayo de 2022.

¹⁶³ Esta figura está regulada, en unas condiciones muy específicas y excepcionales, en el art. 70.6 del Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei nº 18/2008).

que aquí sucede, no existen limitaciones vinculadas al tipo de materiales, suministros, etc. concernidos por la revisión, incluyendo los costes de mano de obra.

VIII.- LAS DIVERSAS PROPUESTAS EN EL CONGRESO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. ¿MODIFICACIÓN DEL ART. 103 DE LA LCSP Y DE LA LEY DE DESINDEXACIÓN, O UNA REFORMA MÁS AMBICIOSA?

Durante los últimos años, una de las características más notables de la normativa en materia de contratación pública ha sido la de generar un ciclo sin aparente final de parches y modificaciones variadas, que al margen de provocar cierta inseguridad ponen de manifiesto las deficiencias de la regulación vigente¹⁶⁴. La cuestión del incremento de precios y su impacto en los contratos públicos, por su singular relevancia, no iba a ser una excepción a esa particular regla general. Pero, salvo regulaciones especiales -como en el caso del Real Decreto-Ley 8/2020 y la pandemia del COVID-19-, las numerosas propuestas de mejora no se han traducido en cambios normativos estructurales.

Últimamente se han presentado varias proposiciones no de ley con la finalidad bien de modificar el RD-ley 3/2022¹⁶⁵, bien la LCSP. En este último caso, la Proposición no de Ley “*relativa a proceder a una reforma puntual y urgente de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que facilite la revisión de precios en los contratos, y para impulsar una aplicación del régimen previsto para las modificaciones contractuales, con el objetivo de paliar los efectos negativos derivados del incremento de precios en el Sector Público y las PYMES*” (161/004303)¹⁶⁶ plantea por una parte la modificación del art. 103 de la LCSP, relativo al régimen de revisión de precios, con el fin de ampliar su alcance objetivo. Y, por otra parte, solicita al Gobierno que promueva una aplicación e interpretación adecuada del régimen previsto en el art. 205.2.b) de la LCSP para las modificaciones contractuales derivadas de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, con el fin de que permita solucionar situaciones de desequilibrio como la que está aconteciendo por causa del excepcional incremento de precios.

Por su parte, en la tramitación del Proyecto de Ley de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural (procedente del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto)¹⁶⁷ se han formalizado varias enmiendas, de contenido heterogéneo, pero con un telón de fondo

¹⁶⁴ Es una sensación semejante a la del mito de Sísifo. Cuando después de una prudencial espera uno cree que por fin tiene una versión consolidada y duradera de la LCSP y de sus normas complementarias, llega una nueva reforma que lleva esos anhelos al punto de partida. Hablando más seriamente, es de agradecer la labor de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado en la preparación y actualización de sus Códigos Electrónicos, en este caso del Código de Contratos del Sector Público -entre otras actuaciones destacables que complementan sus fines estatutarios: libros a precios asequibles, publicaciones en abierto, etc.-.

¹⁶⁵ Por ejemplo, para ampliar los elementos materiales concernidos por la revisión, extender su régimen a subcontratistas y suministradores, etc.

¹⁶⁶ BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie D, núm. 475, de 21 de junio de 2022.

¹⁶⁷ BOCG, Sección Congreso de los Diputados, núm. 120-3, de 31 de octubre de 2022. En concreto, entre otras, las enmiendas números 1, 35, 71, 72, 73, 103, 104, 105, 106, 107, 110, 111, 112, 114, 181 y 182.

similar, mitigar los efectos del incremento de costes con medidas orientadas a ampliar los supuestos de revisión de precios o reequilibrio económico contractual.

Cabe aludir, con carácter enunciativo, a las siguientes: i) la enmienda nº 1, que plantea una revisión excepcional de precios vinculada al incremento de los costes de mano de obra para todo tipo de contratos, en determinadas condiciones; ii) las enmiendas nº 71, nº 73, nº 103, nº 104 y nº 105, orientadas a modificar los artículos 6 a 10 del RD-ley 3/2022, para extender las medidas excepcionales en materia de revisión de precios a contratos diferentes a los de obras, así como a la inclusión del precio de la energía-; iv) la enmienda nº 106, sobre el restablecimiento, con carácter general, del equilibrio económico en contratos de concesión de obras, concesión de servicios, y contratos de gestión de servicios públicos; v) la enmienda nº 114, relativa a la obligación de comprobación previa del presupuesto base de licitación en los contratos del sector público, y de establecer cláusulas de revisión de precios en los pliegos; vi) la enmienda nº 182, relativa a la mejora de la regulación de la denominada continuidad prestacional forzosa recogida en el art. 29 de la LCSP, poniendo el acento en la utilización justificada de esta figura, y la debida garantías de la equidad prestacional.

Adicionalmente, varios meses atrás, en el marco de la tramitación del Proyecto de Ley de “*medidas urgentes por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública (...)*”, procedente del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, se han planteado también varias enmiendas con incidencia en los temas objeto de análisis¹⁶⁸. En particular: i) la enmienda nº 200, orientada entre otros aspectos a modificar el art. 103.1 de la LCSP para que se aplique la revisión de precios en caso de incrementos salariales derivados de nuevos convenios colectivos o de la regulación del salario mínimo interprofesional; ii) la enmienda nº 201, que propone una nueva regulación del art. 103.2 de la LCSP para que los contratos públicos de concesión de obras y concesión de servicios queden exceptuados de la aplicación de la Ley de desindexación; o iii) la enmienda nº 202, que incorpora un nuevo apartado al art. 103 de la LCSP, con el fin de aplicar la revisión de precios en los supuestos de prórrogas obligatorias.

Y no sería descabellado pensar que en el contexto de alguna de las diversas normas en tramitación en las Cortes Generales se aprueben o se pretendan introducir nuevos cambios que afecten a la materia que nos ocupa; de hecho, el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 es un buen candidato, pues ya recoge a día de hoy numerosas propuestas de modificación de la LCSP.

Sea como fuere, al margen del evidente desbarajuste, con enmiendas y propuestas que se solapan entre sí -y que a pesar de su buen fondo, en su mayoría no son especialmente virtuosas desde el punto de vista de la técnica jurídica-, no parece que un popurrí de ideas sin un modelo contractual definido sea la manera de afrontar las deficiencias de la normativa vigente, y de abordar la relevante problemática que al día de la fecha afrontan muchos contratos en ejecución o procedimientos de licitación en preparación.

¹⁶⁸ BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie A, núm. 5-2, de 22 de mayo de 2020.

En la humilde opinión de quien escribe estas líneas, una pauta razonable a seguir podría partir de la división que sugiere el párrafo anterior, y tener en cuenta dos escenarios para abordar los numerosos problemas descritos a lo largo de este estudio.

El primero de ellos, vinculado a la corrección de las disfuncionalidades existentes en las relaciones contractuales en ejecución y que no gozan de las herramientas necesarias para asegurar unos umbrales razonables de equidad prestacional¹⁶⁹. Esperemos que la solución no llegue tarde, sobre todo en lo que respecta a determinados contratos de servicios y de suministros -injustificadamente ignorados por el regulador estatal-.

Y un segundo escenario en el que se afronten propiamente las limitaciones de la LCSP, tanto en relación con la preparación de los contratos como en lo que respecta a su posterior ejecución¹⁷⁰. En este caso, algunas de las posibles soluciones pueden llegar a articularse a través de la LCSP. Pero no necesariamente todas ellas -hay un margen para el desarrollo reglamentario de algunas de las materias, en otras también cabe sin duda el desarrollo autónomo, incluso tendría su hueco el denominado «*soft law*»¹⁷¹, etc.-.

La idea anterior ya da alguna pista sobre la posible respuesta a la pregunta que se realiza en el título de este apartado. Pocos operadores económicos dudan de que una reforma del art. 103 de la LCSP y de la normativa en materia de desindexación es necesaria¹⁷², pero tal vez no sea suficiente para afrontar sistemáticamente los problemas existentes, que van más allá de ampliar el ámbito objetivo de la revisión de precios¹⁷³, de establecer en determinados casos su previsión obligatoria, y de que la potencial nueva regulación contemple mecanismos suficientemente representativos de la variación real de costes-.

Una posible reforma de la LCSP -acompañada probablemente de normas de desarrollo adecuadas y suficientes- debería abordar otros aspectos: desde la adecuada delimitación del presupuesto de licitación y del valor estimado del contrato¹⁷⁴ hasta el contenido de las

¹⁶⁹ Entre otras cuestiones, por causa de las limitaciones de la normativa aplicable en la fecha de su licitación, y/o por el reducido alcance objetivo del RD-ley 3/2022.

¹⁷⁰ De la LCSP, y de la normativa sobre contratación en los denominados sectores excluidos.

¹⁷¹ Guías, recomendaciones, etc., como algunos países de nuestro entorno -y mejorándolos incluso-.

¹⁷² Eso sí, buena parte de ellos no han detallado los términos de esa reforma. Más allá de afirmaciones grandilocuentes bien conocidas sobre la derogación de la normativa en materia de desindexación, etc., sería sensato plantear un esquema alternativo equilibrado y justo para sector público y contratistas.

¹⁷³ En beneficio de la parte que corresponda.

¹⁷⁴ Sí, la regulación puede ser optimizable. Que la LCSP tenga varios artículos con decenas de apartados en esta materia no necesariamente supone que la norma sea la mejor. Vaya por delante que también es mejorable su aplicación por algunas entidades contratantes -todos nos hemos encontrado con el ejemplo de contrato de servicios intensivos en mano de obra de cuatro años de duración en el que se justifica el presupuesto de licitación para la primera anualidad, y luego se calcula el presupuesto global y el valor estimado multiplicando esa primera anualidad por cuatro, sin más-. Otra muestra de la necesidad de establecer una regulación clara y práctica en materia de presupuesto y valor estimado del contrato es la interpretación que han realizado de la misma algunos tribunales administrativos en materia de recursos contractuales -con resoluciones que, por ejemplo argumentan nada menos que el riesgo y ventura del contratista en la fase de preparación del contrato para contrarrestar invocaciones frente a pliegos de contratos de larga duración con presupuesto objetivamente insuficiente, o la socorrida mención a la discrecionalidad técnica como vía de escape, incluso en supuestos en los que media docena de operadores económicos plantean recursos por entender que los precios no se ajustan a mercado y hacen inviable la prestación-. El presupuesto y el valor estimado deben ser adecuados a mercado, y garantizar realmente la

ofertas económicas -para que al menos de manera resumida recojan las partidas de coste más relevantes estimadas para la ejecución de la prestación, y que pueda servir de referencia ante eventualidades varias-, pasando por modulaciones en la regulación de las ofertas anormales, etc. Por supuesto, la regulación de la modificación contractual admite desarrollo -también alguna que otra modulación formal, como recursos ágiles frente a las decisiones en la materia¹⁷⁵-, y no cabe olvidar la mejora de la regulación del equilibrio económico del contrato -tanto en concesiones, como regulándolo con carácter general para otros tipos contractuales-, trasladar al derecho positivo con garantías y la debida claridad la teoría de la imprevisión y delimitar mejor los riesgos asumidos por órgano de contratación y contratista, etc. Incluso cuestiones más de detalle, como la regulación de las prórrogas obligatorias y continuidad prestacional forzosa, la sucesión contractual en caso de contratos objetivamente deficitarios, obligaciones en materia de cobertura de riesgos de incremento de precios en contratos delicados, etc.

En fin, el tiempo dirá, y en los próximos meses veremos en qué se traducen todas estas iniciativas, y si las mismas sirven o no para mejorar la contratación pública.

IX.- CONCLUSIONES

El incremento extraordinario de los precios de las materias primas, suministros, así como de otros elementos, ha provocado un notable aumento de los costes vinculados a la ejecución de numerosos contratos públicos. Ello de una manera tal que, en determinadas circunstancias, los efectos económicos de esta crisis sobre esas relaciones deben ser considerados como extraordinarios e imprevisibles, excediendo del riesgo y ventura que razonablemente ha de asumir el adjudicatario de un contrato público.

Los remedios y herramientas disponibles en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público son insuficientes para afrontar problemas como los descritos. Y, por ello, tanto el Estado como diversas Comunidades Autónomas han considerado oportuno aprobar una normativa excepcional en materia de revisión de precios. Pero esta normativa ha tenido un alcance limitado, centrado casi en exclusiva en los contratos de obras, y ha dejado al margen contratos de servicios y de suministros que también sufren de manera relevante la crisis. Además, la pasividad inicial del Estado y la mejorable técnica normativa, han planteado problemas aplicativos, y en particular la necesidad de reformar en varias ocasiones la normativa excepcional estatal.

La regulación excepcional en materia de revisión de precios también ha generado ciertos conflictos competenciales, que por la vía de los hechos y acudiendo al teórico carácter

viabilidad de la prestación durante su periodo máximo de vigencia. Luego cada licitador presentará la oferta que estime conveniente, asumiendo si resulta adjudicatario el riesgo inherente al contrato y a sus propias decisiones. Y la norma debe asegurar todas esas cuestiones adecuadamente.

¹⁷⁵ Merece una reflexión. Puede que extender el régimen del art. 44.2.d) de la LCSP no sea una buena idea, por la evidente sobrecarga de los tribunales administrativos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación. Pero sí implementar un mecanismo análogo, que evite situaciones como la presente, en la que decenas de contratistas plantean modificaciones contractuales que no son respondidas, y transcurridos varios meses acaban en reclamaciones en vía judicial, con el coste que ello conlleva -coste entendido en el más amplio sentido, también para los propios juzgados y tribunales-.

básico de la normativa estatal han terminado por canalizar las soluciones normativas en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, al que todas las Comunidades Autónomas se han adherido finalmente, no sin controversia. El Estado, de hecho, ha sido especialmente beligerante y ha discrepado formalmente de todos aquellos aspectos de la regulación autonómica que a su juicio se apartan del Real Decreto-ley 3/2022 o de las previsiones básicas de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

En tal escenario, y ante el carácter limitado de la normativa estatal en materia de revisión excepcional de precios, los órganos de contratación han explorado por razones de equidad alternativas complementarias para modular los desproporcionados efectos causados por la crisis inflacionaria en determinados contratos públicos diferentes a los de obras -de manera señalada en contratos de servicios y de suministro-. Pero es más que notoria la dificultad para encontrar una solución homogénea, tanto por la naturaleza de la figura a emplear en función de los concretos intereses públicos en presencia, como por la necesidad de apreciar casuísticamente la realidad de cada relación contractual.

Esencialmente, las principales alternativas de actuación en relación con los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 3/2022 son la modificación del contrato, la aplicación de la teoría de la imprevisión, o la resolución del contrato por mutuo acuerdo atendiendo a razones de equidad. Pero ninguna de las potenciales soluciones tiene una aplicación pacífica desde un punto de vista jurídico y práctico.

En el caso de las modificaciones del contrato, la compensación al contratista por los efectos del incremento extraordinario de precios en la ejecución contractual se ha tratado de articular a través de la aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP. Pero varios órganos consultivos han descartado su aplicación, por entender que supone una suerte de revisión de precios encubierta, y considerar que la normativa contractual solo ampara modulación de las prestaciones debidas, y no permite modificaciones que se centren exclusivamente en alterar las condiciones económicas. Estas apreciaciones, no obstante, son susceptibles de argumentación de contrario, atendiendo a la regulación de las modificaciones sustanciales y sus excepciones en las Directivas comunitarias.

La aplicación de la teoría de la imprevisión, si bien es justificable doctrinalmente, tiene relevantes problemas prácticos vinculados a la delimitación de su alcance. Además, es de apreciación muy casuística, y ha sido interpretada de manera muy restrictiva tanto por resoluciones administrativas como por los juzgados y tribunales.

La resolución de mutuo acuerdo por razones de equidad ha sido aplicada en algunos casos como solución extraordinaria en caso de que no se pueda objetivamente conservar el contrato. Pero obviamente, depende de la voluntad de las entidades contratantes, que suelen ser renuentes a su articulación, sobre todo en contratos orientados a satisfacer las necesidades permanentes del sector público, ante la inexistencia de alternativas reales desde un punto de vista procedimental para asegurar la sucesión contractual.

De este modo, aunque en un plano teórico existen vías de actuación en términos de equidad para mitigar los efectos del incremento extraordinario de precios en contratos no incluidos en el ámbito objetivo del Real Decreto-ley 3/2022, su traducción práctica es

mucho más compleja. Ello al margen de que muchos órganos de contratación están relativamente cómodos en esta situación, invocando la vigencia del contrato firmado.

Atendiendo a las manifiestas insuficiencias tanto de la normativa ordinaria en materia de contratos públicos como de la propia normativa extraordinaria aprobada, se han planteado distintas alternativas y propuestas en las Cortes Generales.

Razonablemente, para abordar los numerosos problemas existentes, se deben plantear dos escenarios diferentes. El primero de ellos, vinculado a la efectiva corrección de las disfuncionalidades existentes en las relaciones contractuales en ejecución y que no gocen de las herramientas necesarias para asegurar una mínima equidad prestacional. Y el segundo, en el que se afronten propiamente las limitaciones de la vigente LCSP, tanto en relación con la preparación de los contratos como en lo que respecta a su ejecución; esto es, una reforma que resuelva los problemas existentes desde un punto de vista estructural, y que por tanto no debería ceñirse a retocar solamente la revisión de precios.

X.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNAL BLAY, M. Á. El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 1133-4797, XVIII, Zaragoza, 2018.
- CALATAYUD PRATS, I. La regulación de la modificación objetiva del contrato de concesión en la LCSP ¿una incorrecta transposición de la Directiva? Revista General de Derecho Administrativo. Nº 49, año 2018.
- CANALES GIL, A., HUERTA BARAJAS, J.A., CANALES MENÉS, P., Y HUERTA MÉRIDA, C. Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. La modificación de los contratos del sector público. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2020.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. Los contratos administrativos. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1945.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos. Revista de Administración Pública, nº 216. 2021.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. En “*Las nuevas Directivas de Contratación Pública*” (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo). Observatorio de los Contratos Públicos. Editorial Aranzadi, S.A. 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M. Las nuevas directivas-cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública. Revista Española de Derecho Administrativo nº 159 (julio-septiembre 2013).
- HORGUÉ BAENA, C. “La modificación de los contratos”, en Tratado de Contratos del Sector Público. Tirant lo Blanch. 2018.

- LOSADA FUENTES, A. La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible. *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*. Nº 48 (julio-diciembre 2014).
- PADRÓS, X. La Llei de Contractes del sector públic i les competències de la Generalitat de Catalunya sobre contractació: possibilitats de desenvolupament. *Revista d'estudis Autònoms i Federals*, 2008, Núm. 6.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo). *Revista de Administración Pública*, nº 216. 2021.
- SANMARTÍN MORA, M. A. El TACRC reitera el discutible criterio de que las modificaciones contractuales que responden a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en el que tuvo lugar la licitación no podrán llevarse a cabo si tienen carácter sustancial. Opinión publicada el 28 de abril de 2022 en la página web del Observatorio de Contratación Pública (obcp.es).
- TEJEDOR BIELSA, J. C. La contratación pública en España, ¿sobre-regulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación. Aranzadi. 2018.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “La colaboración público-privada en la LCSP”, en *La Gestión de los Servicios Públicos Locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL*, Wolters Kluwer, (Dir. José Manuel Martínez Fernández), 2019.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; GÓMEZ FARIÑAS, B; “The impact of covid-19 on public contracts. Spanish approach”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, nº 20, 2021, pp. 121-150 <http://revista.jacobeas.edu.mx/> (ISSN 2007-3798/ © 04-2010-121409303300-203).

