

Alerta legal

Enero 2022

Resumen normativo y doctrinal sobre las medidas aplicables a los supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de las materias primas en los contratos públicos



Resumen normativo y doctrinal sobre las medidas aplicables a los supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de las materias primas en los contratos públicos

En la coyuntura actual el aumento de los precios de la energía y los combustibles está provocando un incremento de los precios de las materias primas generando graves problemas de desabastecimiento en multitud de empresas.

Como es sabido, este aumento de los precios de las materias primas está teniendo una gran repercusión en la economía española y, más concretamente, en la contratación pública. En este sector, el incremento de los precios supone un grave riesgo para la viabilidad económica de los contratos.

En este contexto, las Comunidades Autónomas de Galicia y Extremadura han publicado recientemente la **Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (Disposición adicional segunda)** y la **Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022 (Disposición adicional decimoquinta)**, vigentes desde el 1 de enero de 2022, entre cuyas previsiones contemplan medidas aplicables en los casos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos públicos de obras.

Por otra parte, al respecto del incremento de los precios y su impacto en los contratos públicos se han pronunciado los órganos consultivos en materia de contratación pública, principalmente; el **Informe nº 10/2021, 29 de noviembre, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha** y el **Informe de 21 de diciembre de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña**.

La presente Alerta tiene por objeto realizar un resumen normativo y doctrinal sobre las medidas que pudieran aplicarse para preservar la viabilidad económica de aquellos contratos públicos afectados por la alteración extraordinaria y sobrevenida de los precios de las materias primas.

I. Medidas normativas autonómicas.

Dadas las limitaciones del mecanismo de revisión de precios regulado en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y del limitado alcance de los supuestos de reequilibrio de los contratos (en principio tan solo aplicables a los de concesión), algunas Comunidades Autónomas han reaccionado ante la grave situación derivada de la repercusión del aumento de los precios sobre los costes de los contratos públicos. Las Comunidades de Galicia y de Extremadura han aprobado recientemente normas dirigidas a paliar esta situación.

La **Disposición adicional segunda** de la **Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Galicia** y la **Disposición adicional decimoquinta**

de la **Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022**, establecen las medidas aplicables en los supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos públicos de obras.

Dado que ambas normas regulan en términos similares el régimen de las medidas pasamos a detallar el ámbito de aplicación, los supuestos habilitantes, los requisitos que deberían concurrir y el procedimiento a seguir.

1. Ámbito de aplicación.

Subjetivo: los órganos de contratación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia y el sector público autonómico y los órganos de contratación de la Junta de Extremadura y el sector público autonómico, respectivamente.

Objetivo.

Galicia:

- Contratos de **obras** que tengan **ejecución** después del **1 de enero de 2021** o que hayan sido **licitados** antes de la entrada en vigor de la norma (**1 de enero de 2022**).
- Únicamente respecto de las variaciones en el coste de los materiales que se hayan producido en el período que abarca desde enero de 2021 hasta la fecha de presentación de la solicitud del contratista.

Excluidos: contratos menores de obras.

Extremadura:

- Contratos de **obras** o contratos **mixtos respecto a las obras** en **ejecución** desde el **1 de enero de 2021** y que no hayan sido objeto de recepción a la fecha de entrada en vigor de la norma (1 de enero de 2022).
- Únicamente respecto de las variaciones en el coste de los materiales producidos en el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 y la fecha de presentación de la solicitud del contratista.

Excluidos: contratos menores de obras.

2. Supuesto.

Alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales tomados en cuenta en la formalización del contrato o, en su caso, en las modificaciones posteriores.

Para que concurra este supuesto las normas autonómicas establecen dos requisitos cumulativos:

- i) Que se produzca una **variación en los costes de los materiales**, individualmente considerados, superior al **20%** con respecto a los precios que para esos materiales se hayan recogido en el contrato.
- ii) Que, aisladamente o en su conjunto, suponga una **pérdida económica** para el contratista superior al **6%** del importe de la adjudicación del contrato o, en su caso, de su modificación posterior.

Para ello, se tendrán en cuenta los materiales incluidos en el **Índice de costes del sector de la construcción del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana** cuyo importe, individualmente considerado, supere un **2%** en el presupuesto de ejecución de la obra.

3. Medidas.

- **Compensación económica** al contratista consistente en la diferencia entre el coste de los materiales justificados por el contratista y el precio de los materiales previsto en el contrato (incluyendo los porcentajes adoptados para formar el presupuesto base de licitación y el coeficiente de adjudicación).
- **Modificación de los materiales** tenidos en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base para la licitación que permita un abaratamiento de sus precios y que no implique una minoración en la funcionalidad de la obra. En este caso, se deberá optar, en la medida de lo posible, por materiales de proximidad cuya elección responda a criterios que permitan una reducción de las emisiones y de la huella de carbono.

Cuando no sea posible adoptar alguna de estas medidas, el órgano de contratación podrá optar por la **resolución del contrato** de acuerdo con lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, "LCSP").

En caso de que se acuerde la resolución del contrato, el órgano de contratación deberá proceder a una nueva licitación para completar la obra pudiendo, en su caso, declarar la tramitación de urgencia o de emergencia cuando concurra una situación de grave peligro (esto es, 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 quienes lo prestan).

4. Procedimiento.

- ❖ **Solicitud de la medida por el contratista** ante el órgano de contratación.

La solicitud deberá adjuntar la **documentación justificativa** que acredite, de forma fidedigna, la existencia de una **alteración extraordinaria e imprevisible de los precios** y la **realidad, efectividad e importe de la pérdida sufrida** como consecuencia de la variación en el coste de los materiales.

Si la solicitud tiene por objeto la compensación económica, deberá incluir el **cálculo de la compensación** que procedería, teniendo en cuenta el Índice de costes del sector de la construcción del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Este Índice actuará como el límite máximo a tener en cuenta por el concepto relativo al coste de los materiales justificado por el contratista.

Si la solicitud tiene por objeto la modificación de los materiales, tendrá que incluir una **propuesta de modificación** con la sustitución de los materiales por otros más económicos. La propuesta de modificación se tramitará como modificación contractual según lo prevenido en la LCSP.

- ❖ Recibida la solicitud, el órgano de contratación procederá a su análisis teniendo en cuenta las certificaciones de obra emitidas desde el 1 de enero de 2021 y elaborará una **propuesta de resolución** de la medida solicitada.

- ❖ **Audiencia al contratista** para que, en su caso, formule alegaciones en el plazo de 10 días hábiles.
- ❖ **Resolución definitiva** del órgano de contratación, previo informe jurídico y de la intervención delegada.

El plazo máximo de resolución será de **3 meses** desde la presentación de la solicitud.

II. **Posicionamiento de las Juntas consultivas ante el incremento de los precios y su impacto en los contratos públicos.**

Como hemos expuesto *ut supra*, el aumento de los precios de las materias primas ha dado lugar a pronunciamientos por parte de los órganos consultivos en materia de contratación pública, concretamente, la **Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha** y la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña**.

Informe nº 10/2021, 29 de noviembre, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Este Informe tiene por objeto la consulta de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes sobre la subida de los precios de las materias primas como posible causa para revisar el precio de los contratos de obras formalizados en 2020 y 2021.

El Informe aborda la citada consulta realizando un análisis de las excepciones a la invariabilidad de los contratos públicos y el riesgo y ventura del contratista.

- En primer lugar, analiza la posibilidad de acudir a la figura de la **revisión de precios** recordando los requisitos legalmente establecidos en el art. 103 de la LCSP para aplicar la revisión: i) "*que se haya fijado a priori en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 103.4)*"; y ii) "*justificación previa en el expediente (artículo 103.2)*".

De lo contrario, el órgano de contratación "*no podrá en ningún caso acudir a posteriori al sistema de revisión de precios*".

El Informe concluye afirmando que sólo podrá emplearse el sistema de revisión de precios en aquéllos contratos en los que se haya incluido expresamente una cláusula que regule la revisión de acuerdo con lo previsto en el art. 103 de la LCSP.

- En segundo lugar, el Informe aborda la **fuerza mayor** considerando que no podría aplicarse como supuesto habilitante para que los contratistas puedan solicitar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la subida de los precios de las materias primas ya que esta causa no entraría dentro de las tasadas en el art. 239 de la LCSP.
- En tercer lugar, trata la posibilidad de aplicar el "**factum principis**" como técnica para restablecer el equilibrio económico del contrato reconociendo que tampoco sería aplicable ya que la subida de los precios de las materias primas no traería causa de una actuación directa o indirecta de la Administración.
- En cuarto lugar, plantea el "**ius variandi**" como prerrogativa del órgano de contratación para modificar el contrato a causa del aumento de los precios de las materias primas.

El órgano consultivo considera que no cabría la posibilidad de modificar el contrato por esta causa ya que no estaría dentro de los supuestos legalmente establecidos en el art. 205 de la LCSP. Para ello tiene en cuenta la Recomendación de 10 de diciembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que descartó como causa de modificación la variación del precio de los contratos como consecuencia de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores.

- En quinto y último lugar, el Informe analiza si la subida de los precios de las materias primas podría entenderse dentro del concepto de **riesgo imprevisible** indicando que –la negrita es nuestra–:

*“el órgano de contratación deberá atender a las **circunstancias concretas del caso** en concreto, insertándolas en el contexto en que se producen, y analizar si dicha subida ha supuesto un riesgo de tal entidad que quedaría fuera de la aplicación del riesgo y ventura a que se somete el contratista cuando formaliza un contrato con la Administración, y **si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio económico del contrato debiendo relacionarla con la globalidad del mismo**, y correspondiendo al contratista probar dicho extremo.*

*No obstante, y con independencia de lo que resulte del examen de las circunstancias de cada contrato a que se refiere el órgano petitionario, en principio, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, **parece que la subida de precios de las materias primas entraría dentro de la previsibilidad** que haría responder al contratista de las obligaciones a que se hubiera comprometido en virtud del contrato y de la aplicación del principio de riesgo y ventura en la ejecución del mismo. Los contratistas deben ser conocedores de las fluctuaciones de los precios tanto al alza como a la baja; y así, igual que si bajan estos precios, el contratista se ve beneficiado con ellos aumentado su lucro, también debe soportar que la subida de precios pueda suponer una minoración del precio del contrato (riesgo y ventura). En los casos a que se refiere el presente informe, se trata de una subida del precio de las materias primas que, por efectos del propio mercado, con precios libres, ha sufrido una variación al alza, como ya ocurrió hace unos años atrás, como ha quedado expuesto. Por lo que **es una situación que, aunque poco probable, sí puede darse, como sucedió en su día con la subida del petróleo y sus derivados**; circunstancia que quizá valoraron otros posibles licitadores que no concurrieron a la licitación porque, acaso, no podían ejecutar el contrato con los precios inicialmente previstos para el mismo”.*

En suma, y pese a negar por vía de principio que la subida de precios sea un supuesto típico de riesgo imprevisible, el Informe dejaría abierta la **posibilidad excepcional de acudir a la teoría del riesgo imprevisible para hacer frente al aumento de precios de las materias primas.**

Para ello, requiere que el órgano de contratación analice las circunstancias concretas de cada caso para determinar si han concurrido o no causas imprevisibles que eventualmente hayan alterado de modo irrazonable el equilibrio económico del contrato en relación con la globalidad del mismo. Previa justificación del contratista que tendrá la carga de probar la eventual **imprevisibilidad de la subida de los precios** y la **alteración irrazonable del equilibrio económico del contrato.**

Y en el supuesto de que se considere que suponen una alteración del equilibrio económico del contrato –la negrita es nuestra– *“la posible **compensación económica** deberá relacionarse con el principio de riesgo y ventura, de manera que en ningún caso puedan convertirse en una garantía de los beneficios de la empresa”.*

Informe de 21 de diciembre de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

El Informe aborda la consulta consistente en la posibilidad de incluir en la indemnización de daños y perjuicios derivados de la demora en la formalización del contrato por causa no imputable al contratista el incremento de los precios de las materias primas producido desde la fecha en que el contrato debió haberse formalizado.

El órgano consultivo analiza la consulta planteada partiendo del art. 153.5 de la LCSP conforme al cual;

“Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar”.

De acuerdo con el citado precepto, el Informe reconoce la procedencia de la indemnización al contratista por los daños y perjuicios que acrediten haber sufrido como consecuencia del retraso en la formalización del contrato, entendiéndose incluidos los derivados de la **subida de los precios de las materias primas**, declarando así que;

“entender incluidos, entre otros, los derivados de los incrementos de los precios de las materias primas que comporten un incremento de costes en la ejecución de los contratos, durante el periodo comprendido entre la fecha en que hubiera tenido que iniciarse la ejecución del contrato, de haberse producido la formalización en el plazo debido de conformidad con la Ley, y la fecha en que efectivamente se produzca”.

A la vista de la grave y generalizada situación planteada son de esperar nuevas respuestas del legislador, tanto estatal como autonómico, que hasta ahora se han limitado fundamentalmente al contrato de obras (cuando la afectación del problema abarca a todos los contratos), que vengán a paliar las limitaciones de las medidas compensatorias previstas en la LCSP; así como nuevos pronunciamientos consultivos o jurisdiccionales que puedan nacer de las vicisitudes que el encarecimiento de los materiales están provocando en sede de ejecución de los contratos.

Esperando que el contenido de la presente Alerta legal sea de su interés, quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto; para mayor información no dude en ponerse en contacto con nosotros.

Un cordial saludo.