

LA REVISIÓN DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN UN ESCENARIO INFLACIONISTA¹

ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ
Universidad de Salamanca

Cómo citar/Citation

García Jiménez, A. (2023).
La revisión de precios de los contratos públicos
en un escenario inflacionista.
Revista de Administración Pública, 221, 207-230.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.08>

Resumen

La invasión de Ucrania por parte de la Federación de Rusia ha provocado un notable incremento del coste de numerosas materias primas, lo que está repercutiendo en el gasto que los contratistas deben afrontar para ejecutar los contratos públicos en los términos en los que habían sido formalizados. Una vía empleada para corregir este desequilibrio es la revisión del precio del contrato, pero la desindexación de la economía, auspiciada por el Programa Nacional de Reformas del Reino de España para el año 2013, supuso una importante modificación del marco normativo que regula esta materia y restringe enormemente la posibilidad de utilizar este instrumento. Sobre la respuesta del Gobierno y la necesidad de reformar dicha normativa, se reflexiona en este artículo.

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, en el marco de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020: «La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza». Referencia: PID2019-109128RB-C21. Investigador principal: José María Gimeno Feliú.

Palabras clave

Equilibrio económico; Gobierno central; materias primas; precios de productos básicos; reforma jurídica.

Abstract

The invasion of Ukraine by the Russian Federation has led to a significant increase in the cost of many raw materials, which is having an impact on the cost that contractors must face in order to execute public contracts under the terms that had been formalized. One way used to correct this imbalance is the revision of the contract price, but the de-indexation of the economy, sponsored by the National Reform Program of the Kingdom of Spain for the year 2013, entailed a significant modification of the regulatory framework governing this matter and greatly restricts the possibility of using this tool. This article reflects on the Government's response and the need to reform such regulations.

Keywords

Economic equilibrium; central government; raw materials; commodity prices law reform.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA EXPLOSIÓN DE UNA GUERRA A LAS PUERTAS DE EUROPA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. MECANISMOS QUE PERMITEN EXCEPCIONAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA. III. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA REVISIÓN DE PRECIOS EN ESPAÑA: 1. Estado de la cuestión. 2. Perspectiva histórica y evolución de la figura. IV. EL FRACASO DEL SISTEMA VIGENTE DE REVISIÓN DE PRECIOS. V. LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN FRANCIA Y PORTUGAL. VI. PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA A LA LUZ DE LA NUEVA ESTRATEGIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. VII. LA ÚLTIMA RESPUESTA DEL LEGISLADOR ESPAÑOL: LA LEY 11/2023, DE 8 DE MAYO. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA EXPLOSIÓN DE UNA GUERRA A LAS PUERTAS DE EUROPA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Durante la madrugada del pasado 24 de febrero de 2022, Vladímir Putin dio la orden de lanzar un ataque a gran escala contra Ucrania, bajo lo que denominó como «operación militar especial». El Kremlin presumía de que se trataría de una intervención breve, pero la feroz resistencia del pueblo ucraniano y la ayuda militar y económica dispensada por los países que conforman el bloque occidental ha llevado a que este conflicto armado supere ya el año de duración sin que todavía se vislumbre su final. Junto a las pérdidas humanas y materiales sufridas por ambos países, numerosas regiones ucranianas han quedado completamente devastadas.

Además de la guerra convencional que se desarrolla en el campo de batalla, se libra otra de carácter económico. Así, los países que respaldan a Ucrania (los veintisiete Estados que conforman la Unión Europea, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia, Noruega, Suiza, Japón y Corea del Sur) han impuesto severas sanciones a la Federación Rusa y, con menor intensidad, a Bielorrusia con la finalidad de ahogar sus economías y cortar la financiación del ejército ruso.

Las consecuencias de la contienda y de estas medidas también se han traducido en un incremento espectacular de los precios, ante la dependencia europea de las exportaciones rusas de numerosas materias primas. Especialmente, del petróleo y el gas natural que utilizan las industrias y los hogares europeos cifrados en el año 2019, según datos de la Agencia Internacional de la Energía, en el 26,9 y el 41,1%, respectivamente.

Esta subida de precios ha acabado por afectar a muchas de las materias primas que utilizan los contratistas para la ejecución de los contratos de los que son adjudicatarios, originando un problema particularmente grave en el ámbito de los contratos públicos de obra: los materiales empleados en el sector de la construcción están experimentando las subidas más fuertes y son también los que mayor plazo de duración presentan. En esta tesitura, el derecho de la contratación pública y la jurisprudencia presentan diversas soluciones, siendo la vía ordinaria la revisión de los precios de los contratos públicos. Sin embargo, los cambios normativos registrados desde el año 2013 han dificultado sobremedida la utilización de esta técnica, provocando situaciones insostenibles para muchos contratistas que no esperaban una situación como la actual y que era prácticamente imposible de prever hasta por el licitador más diligente.

La guerra de Ucrania ha permitido poner a prueba el marco normativo sobre desindexación de la economía y sus efectos en la contratación pública dentro de un contexto de fuerte inflación, demostrando las diversas intervenciones normativas del Gobierno central para intentar corregir la coyuntura que es preciso llevar a cabo una reforma del sistema de revisión de precios, contemplado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) para disponer así de un marco normativo que brinde seguridad jurídica y garantías suficientes a los contratistas ante supuestos extraordinarios en los que debe ceder el principio de riesgo y ventura.

El vigente sistema de desindexación que rige la revisión de precios de los contratos públicos tiene su origen en la premisa de que las anteriores fórmulas respondían a situaciones pensadas para tiempos remotos, considerando que la economía española se integra dentro de las consideradas como economías desarrolladas, así como que «la práctica indexadora tiende a ser más generalizada en economías donde la inestabilidad macroeconómica, en particular una elevada inflación, erosiona el poder adquisitivo de los valores monetarios, de forma que se recurre a referenciar la evolución en el tiempo de tales valores a índices de precios como mecanismo de defensa», tal y como indica la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

Asimismo, es necesario extender la revisión de los precios a los contratos de servicios y suministros que, con la regulación vigente, quedan prácticamente fuera del ámbito de aplicación de esta institución jurídica. Conservar las bondades de la desindexación de la economía para evitar los efectos de segunda ronda debe seguir siendo la tónica de la revisión de precios, si bien es prioritario regular un marco de aplicación excepcional que aporte seguridad jurídica y certidumbre, dentro de

lo posible, en contextos de fuerte inflación como el actual. Se trata, en definitiva, de ver al contratista como un agente colaborador del sector público que debe recibir una contraprestación adecuada, lo que habría de favorecer el incremento de la concurrencia².

II. MECANISMOS QUE PERMITEN EXCEPCIONAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA

Entre los instrumentos de los que dispone el contratista para intentar conseguir que se excepcione la aplicación del principio de riesgo y ventura ante la mayor onerosidad sobrevenida, se encuentran los siguientes: la institución de la revisión del precio del contrato, regulada en el art. 103 de la Ley de Contratos del Sector Público; el *ius variandi*; el *factum principis*; la fuerza mayor contemplada en el art. 239 LCSP, y el de riesgo imprevisible. De todos ellos, cabría plantearse la aplicación de la revisión de precios y del riesgo imprevisible para lograr, por parte del contratista, un incremento del precio por el que fue adjudicado el contrato, pues las otras posibilidades sólo proceden para la modificación del contrato por razones de interés público, en el ejercicio de las prerrogativas que le concede el art. 190 LCSP al órgano de contratación (ejercicio del *ius variandi*); el «dictado de disposiciones o actos de la Administración que se impongan con carácter obligatorio al contratista» (el instituto jurídico del *factum principis*); o se produzca alguna de las causas de fuerza mayor contempladas por el art. 239 LCSP. Ninguna de estas condiciones se cumple en el supuesto expuesto en el epígrafe anterior, por lo que es necesario explorar las otras dos vías.

La relativa al riesgo imprevisible presenta un alto porcentaje de fracaso desde el primer momento, ante la interpretación que hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del art. 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su Sentencia de 7 de septiembre de 2016, asunto C549/14. El Tribunal considera que dicho precepto:

[...] debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sus-

² La visión del contratista colaborador, como un elemento fundamental en la consecución de una contratación pública estratégica, no puede escapar de la necesaria vigilancia de las Administraciones y las autoridades encargadas de velar por la existencia de una adecuada competencia entre licitadores, supervisando que los proyectos y las ofertas presentadas no ofrezcan indicios de prácticas anticompetitivas. Por este motivo, los pliegos deberían establecer criterios que permitan certificar la buena utilización de los fondos públicos invertidos en contratos públicos adjudicados con anterioridad.

tancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad.

La consideración del precio del contrato como un elemento esencial imposibilita el recurso a esta figura. «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»³. Es cierto que el considerando 109 y los arts. 72 de la Directiva 2014/24/UE y 205 LCSP hablan explícitamente de «circunstancias imprevisibles» y la actuación «razonablemente diligente» del poder adjudicador; y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no interpretó dicho precepto en la sentencia anteriormente aludida, pero hay varios factores para justificar que esta vía está abocada al fracaso.

En primer lugar, tal y como ha interpretado el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1143/2020, de 9 de septiembre, citando los Dictámenes del Consejo de Estado 953/2011, 954/2011, 65/2012, 1.334/2012 y 158/2013, «la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no puede trasladarse sin más a otra construcción jurídica, la de la excesiva onerosidad, aplicable a las prestaciones caracterizadas por la conmutatividad contractual». Entiende el Consejo de Estado que:

[...] una extensión improcedente de la doctrina *rebus sic stantibus*, hasta el extremo de que a través de esa revisión corregida se cubra enteramente este específico riesgo empresarial, supondría sustituir en el contrato de obra el principio de riesgo y ventura por el de mantenimiento del equilibrio económico financiero. Este principio opera para un régimen muy particular de contratación pública, el de la concesión de gestión de servicio público o de interés económico general, y aun en el mismo tiene sus modulaciones y no alcanzaría el grado que esa pretendida distorsión de la cláusula de revisión de precios supondría para el contrato de obra⁴.

En segundo lugar, el mantenimiento del equilibrio económico se limita a los contratos de concesión de obra y servicios, en los términos previstos por los arts. 270 y 290, respectivamente, y 205.2 b) 2º LCSP, que considera como una modificación

³ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018.

⁴ Dictamen del Consejo de Estado 669/2014, de 10 de julio de 2014.

sustancial aquella que «altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial».

Queda, por tanto, como vía ordinaria y adecuada la revisión de los precios de los contratos públicos. Precisamente, al examen de esta figura se dedicarán las siguientes páginas, profundizando en su origen y evolución hasta llegar a la regulación actual, proponiendo una modificación del art. 103 LCSP para adaptar este instituto jurídico a supuestos como el que atravesamos, en el que la fuerte inflación y un sistema de revisión de precios excesivamente rígido casan mal. Para ello, se tendrá en consideración la regulación que hacen sobre este instrumento Francia y Portugal.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA REVISIÓN DE PRECIOS EN ESPAÑA

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La doctrina en materia de contratación pública sigue una larga tradición en España. Son muchos los estudiosos que se han dedicado a la investigación de la figura del contrato administrativo y del derecho de la contratación pública, de forma más amplia⁵, arrancando esta corriente con especial intensidad desde mediados del siglo pasado⁶. Precisamente, dentro de esta disciplina, la revisión de precios de los contratos públicos constituye un instituto jurídico que ha sido examinado por numerosos autores⁷, ya sea en el estudio de las modificaciones o del equilibrio económico de los contratos públicos⁸, fundamentalmente⁹. También se han dedicado varios trabajos a abordar la nueva normativa sobre desindexación de la economía, la cual supone importantes cambios en la materia, al no regirse ya por los índices generales de precios¹⁰.

⁵ Una figura que, como bien calificó Gaspar Ariño, sigue siendo enigmática. G. Ariño Ortiz (2007), «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, 172, págs. 79 a 102.

⁶ E. García de Enterría Martínez-Carande (1963), «La figura del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, 41, págs. 99-130 y J. R. Parada Vázquez (1963), *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla: Instituto García Oviedo.

⁷ Sirva como ejemplo la monografía de O. Moreno Gil (1980), *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Madrid: Civitas.

⁸ E. Vázquez Lacunza (2016), *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, Cizur Menor: Aranzadi.

⁹ G. Ariño Ortiz (1968), *Teoría del equivalente económico*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

¹⁰ J. A. Moreno Molina (2015), «La revisión de precios en los contratos del sector público tras la Ley de Desindexación», *Observatorio de Contratación Pública* (consultado por última vez, el día 19 de marzo de 2023).

La situación actual ha servido para comprobar, en un contexto definido por el alza de precios de gran cantidad de materias primas utilizadas en la construcción, la utilidad práctica de la nueva normativa sobre desindexación de la economía y, específicamente, de la revisión de los precios de los contratos de obra. Los hechos demuestran que la utilización de fórmulas de revisión de precios desconectadas de los índices generales no están siendo útiles para solucionar los problemas derivados de la inflación. A esto habría que añadir el importante contratiempo que supone no poder invertir y gestionar los fondos europeos destinados a contratos públicos de obra ante la falta de adjudicación y ejecución de estas.

En estas circunstancias, el Gobierno aprobó el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo y, más recientemente, desde el Ministerio de Hacienda y Función Pública, se dictó la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, recogiendo una serie de medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público¹¹. Como era de esperar, no son pocas las voces que discrepan del actual sistema de revisión de precios en los contratos públicos de obra y abogan por que se vuelva al que recogía el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, por el que se modifica el 16/1962, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y organismos autónomos.

En los últimos compases del pasado año, vio la luz la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario que establece, en su disposición adicional segunda, la revisión excepcional de precios en los contratos de suministros de material ferroviario rodante y en los componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento. Se trata de uno de los poquísimos supuestos en los que se permite revisar los precios en un contrato de suministros, por lo que refuerza las críticas a la normativa sobre desindexación y las que tratan de ampliar de forma sesgada la revisión de precios, ya que no posibilita superar el problema de fondo. Es preciso un sistema que aborde la revisión de precios con carácter global, sin excluir los contratos de servicios y suministros casi en su generalidad, y facilitar su aplicación mediante índices realistas que eviten la asfixia de los contratistas sin generar los llamados «efectos de segunda ronda».

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA

Los orígenes de la revisión de precios en la contratación pública española se encuentran en el Decreto de 31 de marzo de 1917, de Santiago Alba, aunque ya existía un precedente en el Real Decreto de 24 de enero de 1908¹². Desde

¹¹ Esta orden ministerial, dictada al amparo del art. 7.1 del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, añade los siguientes materiales a los que pueden ser objeto de revisión de precios: el cemento, los materiales cerámicos, la madera, los plásticos, los productos químicos y el vidrio.

¹² Véase G. Ariño Ortiz (1968, pág. 347).

entonces, han sido múltiples las reformas normativas que han dado regulación a la materia: desde los Decretos de 23 y 27 de julio de 1918 hasta el reciente Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo¹³. En este periodo, la forma de revisar los precios de los contratos públicos ha sufrido importantes modificaciones.

¹³ Podría citarse la siguiente corriente normativa entre la aprobación de unos y otro: los Reales Decretos de 26 de agosto de 1918, de 6 de mayo de 1919, de 13 de octubre de 1920 y de 18 de noviembre de 1921; las Reales Órdenes de 22 de noviembre de 1921 y 29 de diciembre de 1923; los Decretos de 26 de octubre, 1939, 30 de julio de 1940 y 14 de abril de 1942; la Ley de 17 de julio, 1945, sobre revisión de los precios fijados en los proyectos de obras adjudicadas por subasta o concurso; el Decreto de 9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; el Decreto de 13 de enero de 1955, por el que se suspende la aplicación de la Ley de Revisión de precios de 17 de julio de 1945; el Decreto Ley de 18 de enero de 1957, sobre modificaciones de los precios de las obras adjudicadas con arreglo al Decreto de 13 de enero de 1955, por el que se suspendió la aplicación de la Ley de Revisión de Precios. Decreto Ley de 18 de enero de 1957, sobre modificaciones de los precios de las obras adjudicadas con arreglo al Decreto de 13 de enero de 1955, por el que se suspendió la aplicación de la Ley de Revisión de Precios; el Decreto de 23 de febrero de 1957; el Decreto del Ministerio de Hacienda de 22 de mayo de 1963; el Decreto Ley 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y organismos autónomos dependientes del mismo; el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, por el que se modifica el 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y Organismos autónomos; la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado; el Decreto 222/1964, de 8 de febrero, por el que se aprueban las fórmulas tipo para el cálculo de los coeficientes de revisión de precios de las obras dependientes del Ministerio de Obras Públicas; el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado; el Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril; el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, sobre fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y organismos autónomos; el Decreto 3360/1971, de 23 de diciembre, por el que se prorroga temporalmente la aplicación del cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios contenido en el anexo del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre; el Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, por el que se establecen las fórmulas polinómicas tipo que habrán de figurar en los contratos de fabricación de suministros y bienes de equipo del Ministerio del Ejército cuando dichos contratos incluyan cláusulas de revisión de precios; Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, por el que se complementa el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, sobre fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y organismos autónomos; la Orden 78/1994, del Ministerio de Defensa, de 26 de julio, por la que se establecen las fórmulas polinómicas de revisión de precios que se aplicarán al contrato de adquisición del equipo individual del soldado; la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de

La aplicación del principio de riesgo y ventura en la contratación pública supone que¹⁴, por de pronto, el contratista tenga que soportar el incremento de los precios sin recibir compensación alguna que permita reequilibrar el contrato, cumpliendo taxativamente lo establecido en él y bajo los principios de igualdad y no discriminación¹⁵, así como los de *contractus lex y pata sunt servanda*, para alcanzar de esta forma «la fijeza e inamovilidad del precio en sus componentes»¹⁶. De hecho, «los principios de *pacta sunt servanda* y de riesgo y ventura deben ser aplicados con carácter general, sin que quepan más excepciones que las que contempla la normativa básica estatal»¹⁷. No obstante, la posibilidad de revisar

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas; el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014; la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española; 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; 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; 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 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; el Real Decreto Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania; la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, por la que se establece la relación de otros materiales cuyo incremento de coste deberá tenerse en cuenta a efectos de la revisión excepcional de precios de los contratos de obras prevista en el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo.

¹⁴ E. García de Enterría Martínez-Carande (1950), «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, 2, págs. 83 a 108.

¹⁵ J. A. Moreno Molina y A. P. Domínguez Alonso (2014), «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en R. Fernández Acevedo (dir.) y P. Valcárcel Fernández (coord.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 139 a 164.

¹⁶ J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra (2004), «El principio de riesgo y ventura», en R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid: Civitas, pág. 527.

¹⁷ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 20 de mayo de 2022, sobre el carácter básico de la disposición contenida en el art. 6.3 del Real Decreto Ley 3/2022.

los precios ha sido una constante en la normativa reguladora de la contratación pública española, tal y como lo atestigua la prolija normativa apuntada anteriormente que, de forma más o menos intensa, supuso un cuarteamiento del principio de riesgo y ventura¹⁸.

La utilización de fórmulas polinómicas o conjuntos de fórmulas polinómicas, que comienzan a contemplarse en el Decreto Ley 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y organismos autónomos dependientes del mismo, y el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, por el que se modifica el 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y organismos autónomos, ha sido una constante desde su introducción en la normativa reguladora de la materia, sufriendo muy pocas variaciones a lo largo de los años. El Decreto 222/1964, de 8 de febrero, por el que se aprueban las fórmulas-tipo para el cálculo de los coeficientes de revisión de precios de las obras dependientes del Ministerio de Obras Públicas, aprobó catorce fórmulas-tipo que debían servir para calcular los coeficientes de revisión de precios de los contratos de las obras dependientes del Ministerio de Obras Públicas.

El Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y organismos autónomos para el año 1971, recogería las fórmulas-tipo generales que serían de aplicación hasta su derogación por el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, ya que aunque inicialmente fue previsto para la revisión de precios del año 1971, fue aprobado el Decreto 3360/1971, de 23 de diciembre, por el que se prorroga temporalmente la aplicación del cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios contenido en el anexo del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre y completado por el Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto.

El Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, contempla una nueva relación de materiales básicos que amplía considerablemente el repertorio de materiales incluidos en las fórmulas hasta ese momento vigentes, permitiendo, según dispone dicha norma, una mejor y más precisa adecuación de las fórmulas de revi-

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo 6531/2009, de 27 de octubre, declaró que «el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica que, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización».

sión de precios a la estructura real de costes de los distintos contratos, y reflejando la incorporación de nuevos materiales a los procesos constructivos y de fabricación. Asimismo, se procedió a excluir de la relación los costes de la mano de obra, aunque este volvió a recuperarse con importantes limitaciones en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española¹⁹. Precisamente, esta última norma es la que ha introducido un marco mucho más rígido para aplicar la revisión de los precios en los contratos públicos.

El Programa Nacional de Reformas del Reino de España para el año 2013 ya recogía el objetivo de aprobar una ley de desindexación de la economía española, con el propósito de reducir la pérdida acumulada de competitividad-precio frente a los países de la zona euro. La Recomendación del Consejo, de 29 de mayo de 2013, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016, consideró que la «revisión propuesta de las reglas de indexación de todos los ingresos y gastos públicos aportaría un ahorro presupuestario y una mayor reactividad de los precios a la situación económica». Esto motivó la introducción de la disposición adicional octogésima octava en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, con efectos hasta la aprobación del Real Decreto que habría de dar desarrollo a la futura ley de desindexación de la economía española.

De esta forma, fueron aprobados la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, que la desarrolla y que constituyen, junto con la Ley 9/2017 y el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, la normativa de aplicación para la revisión de los precios de los contratos públicos. No obstante, la deriva inflacionista ha puesto de relieve que esta regulación no reparó en un contexto como el actual, lo que ha desencadenado la aprobación de varios decretos leyes para intentar mitigar los efectos negativos de la subida de precios en los contratistas, ante el régimen tan estricto que contemplan las normas antecitadas.

IV. EL FRACASO DEL SISTEMA VIGENTE DE REVISIÓN DE PRECIOS

Los intentos por frenar los «efectos de segunda ronda» que conlleva la revisión de precios conforme a un sistema indexado parecen haber justificado la introducción de un mecanismo extremadamente rígido, que hace muy complicada la revisión de numerosos contratos públicos. A modo de ejemplo, los contratos de servicios y suministro quedan excluidos automáticamente de la revisión de precios

¹⁹ J. Agudo González (2014), «Revisión de precios y régimen de desindexación», en J. Gimeno Feliú (dir.) y M. A. Bernal Blay, *Observatorio de los contratos públicos*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 303 a 327.

(con algunas excepciones). Así lo establece el art. 103.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al disponer que:

[...] previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los arts. 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios sólo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años²⁰.

Los requisitos necesarios para hacer posible la revisión de precios han demostrado que la normativa vigente no es adecuada ante un contexto como el que atravesamos, con fuertes subidas de precios. Nuevamente, los decretos leyes de los Gobiernos central y autonómicos tratan de parchear la situación para evitar males mayores, como el incremento sustancial de las demandas solicitando la aplicación de la teoría de la imprevisibilidad²¹ o del mantenimiento del equilibrio económico-financiero, en el caso de los contratos de concesión²²; la paralización o resolución de numerosos contratos públicos en ejecución, sobre todo de obras²³;

²⁰ El art. 29.4 LCSP establece que «los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas». Este plazo es el que hace que, en principio, no sean susceptibles de ser revisados los contratos de suministros y servicios. No obstante, quedarían fuera los contratos de concesión de servicios y aquellos contratos de suministros y servicios con un plazo de duración superior cuando, excepcionalmente, así lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato.

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003, señaló que «la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado».

²² El principio del equivalente económico tuvo su origen en el seno de las concesiones administrativas, en *l'arrêt Compagnie générale française des tramways*, de 11 de marzo de 1910, en el que se concluía que «es de la esencia misma de todo contrato de concesión, el buscar y realizar en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que son acordadas al concesionario y las cargas que se le imponen... En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que es acordado en beneficio del concesionario y lo que se exige de él. Es lo que se llama la equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión».

²³ El Consejo de Estado, en su Dictamen 1022/1992, de 17 de septiembre, concluyó que «es perfectamente comprensible que una ajustada valoración del interés público pueda respal-

o las solicitudes de no prorrogar los contratos, aun cuando así estuviera recogido en los pliegos²⁴.

Uno de los grandes temores de los contratistas es el hecho de que puedan incurrir en alguna de las causas contempladas en el art. 71 LCSP, lo que llevaría aparejada la prohibición de contratar. Principalmente, la contemplada en el art. 211.1 f) LCSP por incumplimiento de la obligación principal o de las restantes consideradas como esenciales cuando se den las circunstancias indicadas, pero también la posibilidad de imposición de penalidades por la demora del plazo de ejecución, contempladas en el art. 193 LCSP, fruto de la falta de materiales además de su encarecimiento. A este respecto, el Gobierno portugués aprobó el Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de maio²⁵, cuyo art. cuatro recoge la *prorrogação de prazos*:

Quando se verifique atraso no cumprimento do plano de trabalhos, por impossibilidade de o empreiteiro obter materiais necessários para a execução da obra, por motivos que comprovadamente não lhe sejam imputáveis, o dono de obra pode aceitar, no prazo de 20 dias a contar da receção do pedido, sob pena de aceitação tácita, prorrogar o prazo de execução, pelo tempo estritamente necessário, sem qualquer penalização e sem qualquer pagamento adicional ao empreiteiro.

Nos casos previstos no número anterior, o empreiteiro submete à aprovação do dono da obra um novo plano de pagamentos reajustado, que serve de base ao cálculo da revisão de preços dos trabalhos por executar.

En España, la respuesta del Gobierno central vino con la aprobación del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo y, más recientemente, con la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, por la que se establece la relación de otros materiales cuyo incremento de coste deberá tenerse en cuenta a efectos de la revisión excepcional de precios de los contratos de obras prevista en el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo. De esta forma, el art. 7 de dicho real decreto ley dispone que «la revisión excepcional de precios se reconocerá cuando el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, esto es, una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final». Puede deducirse del precepto que la revisión

dar no sólo la conveniencia de resolver el contrato, sino también la de hacerlo por mutuo acuerdo, atribuyendo una mayor eficacia expeditiva a tal acuerdo y resaltando incluso su utilidad preventiva de incidentes y controversias».

²⁴ En estos supuestos, el contratista suele manifestar su intención de «librarse del vínculo gravoso» y la Administración procede a la resolución con devolución de la garantía y sin otras consecuencias económicas, aplicando el apdo. g) del art. 211.1 de la LCSP.

²⁵ L. Verde de Sousa (2022), «A revisão extraordinária de preços e outras medidas constantes do Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de maio – a sua aplicação à empreitada de obras públicas», *Revista de Direito Administrativo*, número especial 3.

contemplada por el real decreto ley sólo se aplica a los contratos de obra. A continuación, la norma aclara en qué casos se considera que existe tal impacto:

[...] 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 meses²⁶, 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% del importe certificado del contrato en ese mismo período. El cálculo de dicho incremento se efectuará suprimiendo de la fórmula aplicable al contrato los términos que representan los elementos de coste distintos de los antes citados, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor de los coeficientes de los términos suprimidos, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad.

El real decreto ley también dispone que «en el caso de que el contrato tuviese una duración inferior a doce meses, el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados. 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». La revisión excepcional no podrá superar, en ningún caso, el 20% del precio de adjudicación del contrato, justo el límite contemplado en el art. 204.1 LCSP para las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La norma asimismo recoge, de forma algo pícaro para los intereses del Estado, que «el pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios quedará condicionado, en caso de que el contratista hubiera interpuesto cualesquiera reclamaciones o recursos en vía administrativa o ejercitado cualquier tipo de acción judicial por causa del incremento del coste de los materiales en ese contrato, a que acredite fehacientemente que ha desistido de aquellos». Igualmente, en aquellos casos en que se haya reconocido al contratista el derecho a la revisión excepcional de precios, corresponde al órgano de contratación, previa audiencia del contratista, aprobar un nuevo programa de trabajo adaptado a las nuevas circunstancias de la obra, estando el contratista obligado a cumplirlo.

Para ello, el RDL contempla tres niveles de actuación administrativa con el fin de asegurar el cumplimiento del plan de trabajo por parte del contratista, que van de las multas coercitivas, la imposición de una penalidad de hasta el 10% de la cuantía del contrato, o el pago de las multas y penalidades, la pérdida del derecho a la revisión del precio y la devolución de las cantidades percibidas en tal concepto, en el supuesto más grave. Sigue, por tanto, una dinámica muy distinta

²⁶ Este límite guarda coherencia con el periodo mínimo de dos años que deben transcurrir para que pueda revisarse el precio del contrato, conforme establece el art. 103.5 LCSP.

a la prevista en el Decreto Ley aprobado por el Gobierno portugués, como pudo apreciarse anteriormente.

Cabe destacar que varias comunidades autónomas han dado regulación a la materia²⁷, y algunas han ampliado lo previsto en el RDL del Gobierno central, como es el caso de Aragón y Andalucía²⁸. La aprobación del 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; y del Decreto Ley 4/2022, de 12 de abril, de la Junta de Andalucía por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras. En el Consejo de Ministros celebrado el pasado 27 de diciembre fueron aprobados dos acuerdos solicitando al presidente del Gobierno la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad. Según el Gobierno de la nación:

ambas normativas autonómicas vulneran el orden constitucional de distribución de competencias, que atribuye al Estado la regulación básica en materia de contratación (art. 149.1. 18ª CE), al introducir una excepción a la aplicación de los principios de *pacta sunt servanda* y “riesgo y ventura del contratista”, recogidos en los arts. 189 y 197 de la LCSP, ambos de carácter formal y materialmente básico. Cualquier excepción a su aplicación tendrá el mismo carácter materialmente básico, por lo que la competencia para establecer y regular tales excepciones sólo puede corresponder al Estado, conforme a la competencia exclusiva que en materia legislación básica de contratos tiene atribuida por el art. 149.1. 18ª de la Constitución Española.

Finalmente, solo se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la norma aragonesa, admitido por providencia del Tribunal Constitucional de 24 de enero de 2023²⁹. Mejor suerte corrió la norma andaluza, ya que el 30 de

²⁷ Galicia, a través de la Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas; Extremadura, con la aprobación de la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022 y de los Decretos Ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica, y 2/2022, de 4 de mayo, por el que se regula la actuación de la Junta de Extremadura y se establecen medidas urgentes en respuesta a los desplazamientos de personas por razones humanitarias a causa de la guerra en Ucrania, medidas urgentes de contratación pública y medidas fiscales; Navarra, mediante 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; y Baleares, 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.

²⁸ J. M. Gimeno Feliú, «Riesgo y ventura del contrato público en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de “honesta equivalencia”», *Observatorio de Contratación Pública* (consultado el día 19 de marzo de 2023).

²⁹ Concretamente, el Recurso de Inconstitucionalidad 26-2023 contra los arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 del 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.

diciembre se alcanzó un acuerdo en la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía y, en el Consejo de Ministros de 10 de enero, se acordó dejar «sin efecto el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de diciembre de 2022, por el que se solicitaba la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el referido Decreto Ley de la Junta de Andalucía». Así, continúa diciendo que:

[...] el Real Decreto Ley 3/2022, al establecer una revisión excepcional de precios cuando concurren determinadas circunstancias, regula una excepción a la aplicación de los principios «de riesgo y ventura del contratista» y de «*pacta sunt servanda*», de modo que cuando no concurren dichas circunstancias se aplicará la regla general. Por tanto, cuando el Real Decreto Ley autoriza a las CC.AA. para que puedan aplicar la excepción prevista, en ningún caso puede entenderse que las está habilitando para que puedan establecer otras excepciones más allá de las previstas en el mismo.

Conviene enfatizar que el régimen excepcional de revisión de precios contemplado por el Real Decreto Ley 3/2022 ha dejado de ser aplicable a aquellos contratos cuyo anuncio de adjudicación o formalización se haya publicado en la plataforma de contratación del sector público con posterioridad al año de la fecha de su entrada en vigor, que tuvo lugar el pasado 2 de marzo de 2022, conforme establecen el art. 6.1 y la disposición final octava.

V. LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN FRANCIA Y PORTUGAL

La inflación ha afectado en mayor o menor medida a todos los países del mundo, siendo más intensa cuanto mayor era la dependencia de las exportaciones rusas o ucranianas. Los países de nuestro entorno también se vieron abocados a adoptar medidas para intentar paliar la situación, aunque de forma distinta a como se ha hecho en España. Por su proximidad geográfica y también normativa, pues ambos se encuentran sujetos al derecho europeo de la contratación pública³⁰, destacamos los casos de Francia y Portugal. En el caso de este último país, la respuesta vino de la mano del *Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de maio, que estabelece um regime excecional e temporário no âmbito do aumento dos preços com impacto em contratos públicos*³¹, ante la subida comprobada por los índices de precios de los materiales y la mano de obra que elabora la *Comissão de Índices e Fórmulas de*

³⁰ J. J. Rastrollo Suárez (2010), *Contratos públicos: adaptación del derecho español a la normativa comunitaria*, Madrid: Juruá.

³¹ D. Rodrigues Silva (2022), «A revisão ordinária e extraordinária de preços nas empreitadas de obras públicas», *Revista de Direito Administrativo*, número especial, pág. 83.

Empreitadas, y aprobados por el *Conselho Diretivo do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P.*

Este *Decreto-Lei* considera que hay un uso generalizado de fórmulas-tipo de revisión de precios en los contratos públicos que, por su naturaleza, no son capaces de traducir suficientemente el impacto de los costes en los trabajos concretos y específicos, incluidos en el ámbito de estos contratos, de aquellas variaciones anormalmente intensas y rápidas en los precios de los distintos factores que los conforman. En consecuencia, el *Decreto-Lei* concluye la necesidad de aplicar medidas extraordinarias y urgentes para garantizar las condiciones de ejecución y conclusión de obras públicas, so pena de que la búsqueda del interés público pueda verse seriamente comprometida por la no realización o terminación de las obras previstas, afectando a la ejecución de los planes y programas de apoyo financiero instituidos para la recuperación de la economía, así como a la sostenibilidad y viabilidad de los operadores económicos.

Se trata, en definitiva, de adoptar una serie de medidas excepcionales y temporales para revisar los precios de los contratos públicos a consecuencia del aumento de los costes de las materias primas, materiales, mano de obra y equipos de apoyo que tengan impacto en los contratos públicos, especialmente en los *contratos de empreitada de obra pública*, que vayan a celebrarse o que ya estén en ejecución. A tal efecto, se crea un régimen excepcional en materia de revisión de precios que trata de conciliar, en palabras del propio *Decreto-Lei*, la celeridad procesal exigida con la defensa de los intereses del Estado y la transparencia en el gasto público.

Existe en el derecho portugués, por tanto, la posibilidad de revisar el precio de los contratos públicos a través de dos vías: la ordinaria contemplada en el art. 382 del *Código dos Contratos Públicos*; y la extraordinaria regulada en el *Decreto-Lei n.º 36/2022*, siendo incompatible la concurrencia de ambas. La revisión de precios ordinaria es desarrollada por el *Decreto-lei n.º 6/2004, de 6 de janeiro*, modificado por el *Decreto-Lei n.º 73/2021, de 18 de agosto*, siendo obligatoria dicha revisión por mandato del art. 1.2, considerándose en caso de que no se incluya ninguna fórmula de revisión, la aplicación de una estándar que más se aproxime al objeto del contrato. A estos efectos, el art. 6 contempla una fórmula polinómica y el 21.5 encomienda al *Ministro das Obras Públicas, Transportes e Habitação* la misión de establecer, mediante despacho, las fórmulas-tipo para los contratos de obra pública.

Por lo que respecta a la segunda vía, introducida por el *Decreto-Lei n.º 36/2022*, con carácter extraordinario y temporal, el contratista podrá presentar una solicitud de revisión extraordinaria de precios siempre que se cumplan los requisitos cumulativos del art. 3.1 y que requiere que un determinado material, la mano de obra o de equipamiento de apoyo supongan o vayan a suponer durante la ejecución del contrato de obra pública, al menos, el 3% del precio del contrato; y que la tasa de variación interanual del coste sea igual o superior al 20%. Asimismo, y como tuvimos ocasión de reseñar anteriormente, el art. 4 recoge la posibilidad de prorrogar los plazos de ejecución de los contratos públicos, sin penali-

zación alguna, cuando exista la imposibilidad de adquirir los materiales necesarios para ejecutar el contrato de obra por causas que no sean imputables al contratista.

Por su parte, Francia trató de atajar la situación mediante *la Circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières*³², el pasado 30 de marzo de 2022. Esta ha sido derogada recientemente por la *Circulaire du 22 septembre 2022, relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières*, que ha dictado el Gobierno francés a la luz de *l'avis du Conseil d'Etat relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*³³.

El Gobierno francés planteaba diversas hipótesis para afrontar los problemas que la inesperada subida de precios podría provocar en los contratos públicos, como eliminar las penalidades por el retraso en la ejecución de los contratos. Finalmente, *l'avis du Conseil d'Etat* del pasado 15 de septiembre abría diversas vías para solucionar la situación en base a la interpretación del *Code de la commande publique* que rige la contratación pública francesa. Según este dictamen, es posible *dite modification «sèche» du prix ou des tarifs* cuando sea necesario por las circunstancias que un comprador diligente no pudo prever, con el fin de compensar los costes adicionales imprevisibles a cargo del contratista. En cualquier caso, y al contrario de lo que ha hecho el Gobierno español, deja expedita para los contratistas la indemnización basada en la teoría de la imprevisión, pudiéndose combinar con otras alternativas basadas en la revisión del precio o la modificación del contrato, siempre que estas últimas no permitan absorber la totalidad del perjuicio ocasionado al contratista; así como la posibilidad de rescindir de mutuo acuerdo el contrato en caso de no encontrar un punto de entendimiento sobre las condiciones para continuar con su ejecución.

VI. PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA A LA LUZ DE LA NUEVA ESTRATEGIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El pasado 28 de diciembre de 2022, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación aprobó la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026, como uno de los compromisos contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que debe desgranar las previsiones recogidas en el art. 334 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La Estrategia Nacional propone, entre otras medidas, la siguiente:

³² L. Badault (2022), «Les prix dans les marchés publics: entre actualisation et révision du prix», *Contrats Publics*, 332, págs. 17 a 22.

³³ H. Hoepffner y M. Ubaud-Bergeron (2022), «La théorie de l'imprévision: retour vers le futur», *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 38, págs. 2156 a 2161.

[...] promover la tramitación de las modificaciones legislativas que se consideren precisas, tanto para permitir dar cumplimiento a las decisiones de órganos judiciales nacionales o comunitarios que afecten a la contratación pública como, en su caso, para regular ámbitos determinados de contratación en atención a sus especificidades. Para llevar a cabo esta actuación se insta la creación de ponencias o grupos de trabajo en el seno del Comité de Cooperación para iniciar la elaboración y estudio de propuestas de modificación de la Ley 9/2017, desde el respeto al orden constitucional de distribución de competencias, con el fin de solucionar los principales problemas detectados en el documento vigente [entre los que señala] la revisión periódica y predeterminada de precios y revisión de precios en atención a los principios de riesgo imprevisible y cláusula *rebus sic stantibus*.

Parece que las intenciones de la Estrategia Nacional de Contratación Pública a la hora de abordar las modificaciones legislativas necesarias en materia de revisión periódica y predeterminada de precios se alejan de la función que, tradicionalmente, le ha encomendado a dicha institución jurídica el Consejo de Estado:

[...] la función de esas cláusulas de revisión de precios no es la de garantizar el mantenimiento de precios de mercado durante el periodo contractual, sino la de disponer una limitación equitativa al riesgo empresarial, que sigue existiendo y debe ser asumido íntegramente por la contrata. La finalidad de la cláusula de revisión no es la de corregir las variaciones de precio, pues el principio económico en que se funda la contratación es el de la economía de mercado. Su objetivo es el de fijar unos criterios objetivos para toda obra, con independencia del lugar y condiciones en que se realice, para diseñar un modelo uniforme para todo contratista logrando al introducir un límite de equidad a la variación de precios que las normales diferencias empresariales entre las contrata no lleguen al extremo de excluir del mercado a empresas con menor capacidad ante las fluctuaciones de precios de construcción en dicho mercado³⁴.

En cualquier caso, una buena fórmula de revisión de precios, dentro de un sistema que no haga prácticamente imposible su aplicación, es un elemento esencial para impulsar la concurrencia de los potenciales contratistas y permitir el equilibrio económico durante toda la ejecución del contrato. La excesiva rigidez de la revisión de precios, escudada en la desindexación de la economía, hace necesaria una reforma del art. 103 LCSP. Para ello, sería interesante observar la regulación que realiza *le Code de la commande publique* francés. En este sentido, contempla una previsión expresa para la revisión de precios de contratos que requieran de materias primas afectadas por las fluctuaciones que se producen a nivel mundial³⁵,

³⁴ Dictamen del Consejo de Estado 669/2014, de 10 de julio de 2014.

³⁵ Concretamente, el art. R2112-14 establece que *les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-*

algo especialmente útil ante materias primas energéticas, pero también agrícolas y alimentarias susceptibles de sufrir con fuerza los efectos de las sequías, las inundaciones y, en general, de los efectos adversos del cambio climático.

La revisión de precios debe contemplarse para periodos más reducidos que los previstos en la actualidad, ya que el plazo de dos años para los contratos de obra resulta excesivo, pudiendo adoptar el de tres meses de ejecución que contempla el código de los contratos públicos francés. Asimismo, la cifra del 20% en la variación del precio interanual que contempla el *Decreto-Ley* portugués, cuando se trate de materiales, mano de obra o equipos de apoyo que tengan un peso de, al menos, el 3% del contrato, puede ser una vía interesante.

VII. LA ÚLTIMA RESPUESTA DEL LEGISLADOR ESPAÑOL: LA LEY 11/2023, DE 8 DE MAYO

Haciendo honor a la expresión de «legislación motorizada», acuñada por Carl Schmitt³⁶, durante el periodo de evaluación de este trabajo fue aprobada la Ley 11/2023, de 8 de mayo. Esta norma aborda, entre otras muchas cuestiones, una importante modificación de los apdos. segundo y quinto del art. 103 LCSP. A sabiendas de que son clave en materia de revisión de precios, dedicamos este último epígrafe a comentar estos cambios.

El pasado 31 de octubre de 2022, el Consejo de Ministros aprobaba el Anteproyecto de Ley de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. El Proyecto de Ley era publicado el 17 de noviembre en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, donde iniciaba su tramitación para convertirse, finalmente, en la Ley 11/2023 el pasado día 8 de mayo.

El texto inicial no hacía mención alguna a la revisión de precios, pero durante el trámite de enmiendas en el Senado se incluyó una nueva disposición final séptima que modificaba sustancialmente lo previsto en el art. 103 de la Ley 9/2017:

Como consecuencia de la aprobación de una propuesta de modificación (núm. de registro 176.627) se añade una disposición final nueva que, por razones de sistemática, se incluye como séptima. En esta disposición se modifican la letra b) apdo. 1 del art. 71 y los apdos. 2 y 5 del art. 103 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento

13. *Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession.*

³⁶ C. Schmitt (1950), *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen: Internationaler Universitäts-Verlag.

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En el primero de estos artículos, referido a las prohibiciones de contratar, se incluyen las infracciones muy graves previstas en la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

En el segundo de estos artículos, relativo a la procedencia y límite de la revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público, en el apdo. 2 se establece una excepción a la regla general de la revisión de precios en determinados contratos y, en el apdo. 5, se reducen los plazos en él contemplados de dos a un año³⁷.

Con la aprobación por parte del Congreso de los Diputados de dicha enmienda y de la nueva Ley 11/2023³⁸, el art. 103.2 LCSP recogía un nuevo párrafo tercero con el siguiente contenido:

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

Asimismo, también se modificó el art. 103.5, quedando como sigue:

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

Se trata, por tanto, de un paso importante para adaptar la normativa en materia de revisión de precios de los contratos públicos a un escenario inflacionista. Las medidas adoptadas se acercan a algunas de las expuestas en este trabajo

³⁷ *Boletín de las Cortes Generales*. Senado núm. 484, de 27 de abril de 2023.

³⁸ De un total de 344 votos, recibió 150 a favor, 84 en contra y 110 abstenciones.

y que fueron adoptadas por nuestros países vecinos con bastante más antelación. No obstante, es preciso llevar a cabo una reforma con mayor profundidad y detalle de la que se ha abordado en esta norma.

VIII. CONCLUSIONES

La situación actual debe servir para adaptar la normativa en materia de revisión de precios a un contexto de fuerte inflación. Desde esta premisa, son varias las propuestas que se han presentado para intentar paliar la difícil coyuntura a la que se enfrentan los contratistas. Desde la eliminación de penalidades y el incremento de los plazos de ejecución a la revisión de precios y tarifas o la indemnización por la aplicación de la teoría de la imprevisión. En cualquier caso, del análisis de las medidas adoptadas por los dos países limítrofes con España y las reflexiones realizadas a lo largo del trabajo, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El exceso de onerosidad. La situación de inflación que atravesamos era prácticamente imposible de vaticinar por el más diligente de los contratistas, lo que lleva a exculpar a estos agentes de tener que soportar los sobrecostes originados por la subida de precios. Esta explicación justifica la no aplicación del principio de riesgo y ventura en toda su plenitud, pues de ello derivaría un exceso de onerosidad y un enriquecimiento injusto por parte de las Administraciones públicas y del resto de las entidades contratantes del sector público.
2. La rigidez del sistema normativo. El sistema normativo de revisión de precios es excesivamente rígido, llegando al extremo de que es completamente inútil en un marco como el actual. Las condiciones establecidas para que quepa su aplicación llevan a que sólo puedan soportarlas las empresas de mayor envergadura, ahogando a las PYMES ante la imposibilidad de afrontar los nuevos costes, constituyendo una situación que justificaría el cuarteamiento del principio de riesgo y ventura ante el peso de otros intereses públicos.
3. Parches normativos insuficientes. La nueva normativa de revisión de precios no es capaz de corregir los problemas originados en la presente coyuntura y ha dejado de aplicarse al transcurrir el año desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2022. El Gobierno de la nación lo limita exclusivamente a los contratos de obras y obliga a los contratistas que quieran adherirse a él a renunciar a otros cauces para solicitar la reparación del daño económico, frente a la postura francesa que habilita la aplicación de la teoría de la imprevisión cuando la revisión de precios o tarifas no permita absorber todo el perjuicio ocasionado. Asimismo, el legislador ha optado por incluir una modificación normativa que posibilita la revisión de precios únicamente en los contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento, sin entender esa discriminación frente al resto de contratos de servicios y suministros.

4. El contratista como agente colaborador. Si se quiere apostar decididamente por una contratación pública estratégica es imprescindible comenzar a hacerlo por los agentes encargados de ejecutar los contratos públicos: los contratistas. Así lo ha entendido la flamante Estrategia Nacional de Contratación Pública. Asegurar una contraprestación adecuada, ya sea a través del precio del contrato o de la tarifa, es imprescindible para que el tejido productivo pueda beneficiarse de los fondos destinados a compras públicas. Para evitar malas prácticas, como las experimentadas por algunas de las empresas más importantes en el sector de la construcción del país, sería conveniente estudiar la utilización de criterios que posibiliten destinar una parte de la puntuación a los avances que se han hecho con la gestión de los fondos obtenidos en licitaciones públicas. Constituiría una valoración de la experiencia (algo que ya se viene haciendo con la solvencia técnica) y la gestión estratégica.
5. Daños al interés general. El contexto actual no solo afecta a los contratistas y a los órganos de contratación, sino que los ciudadanos también son víctimas de la situación provocada por el alza de los precios y su impacto en la contratación pública. Concretamente, el interés general se ve cercenado por la falta de ejecución de obras públicas y los contratos que quedan desiertos ante la reticencia de los licitadores a presentarse. Esto se traduce en hospitales sin construir, carreteras sin conservación, líneas de ferrocarril sin finalizar o colegios sin reformar, por poner solo algunos ejemplos. De igual forma, habría que incluir aquí a toda la industria accesoria a la construcción que se ve perjudicada por la falta de ejecución de estos contratos, así como el problema que supone la pérdida de los fondos europeos por la imposibilidad de adjudicar y ejecutar numerosos contratos públicos.
6. La Ley 11/2023: una modificación acertada pero insuficiente. El vacío originado por el transcurso del plazo previsto por el art. 6.1 del Real Decreto Ley 3/2022, así como la rigidez normativa del art. 103 LCSP, convertían la revisión de precios en una misión prácticamente imposible. La modificación operada en los números segundo y quinto del art. 103 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la disposición final séptima de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, constituye un paso acertado para mejorar la regulación que se hace de la figura en la actualidad. No obstante, es preciso abordar una reforma del instituto jurídico de la revisión de precios mucho más ambiciosa y adaptada a los problemas que ha provocado este escenario inflacionista, pero también anticiparse a otros que pueden surgir en el futuro, fruto de problemas como el cambio climático y sus consecuencias en los precios de las materias primas, entre muchos otros.