

**LA ACTUALIZACIÓN DEL PRECIO EN CONTRATOS PÚBLICOS DE
OBRA YA CELEBRADOS¹**

Por José Luis Villar Ezcurra

Socio director de Ariño y Villar, Abogados.

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad
Complutense de Madrid

SUMARIO

1. Preliminar.
2. El concepto de actualización de los precios en el contrato administrativo.
3. Cauce jurídico adecuado para exigir la actualización de precios: medida compensatoria en contratos ya adjudicados.
4. Alcance y posible significado de la expresión “prolongación excesiva” del plazo del contrato.
5. Necesidad de aplicar un coeficiente único para el cálculo de la actualización de precios: idoneidad del coeficiente de revisión de precios con ajustes.
6. Base para determinar el importe de la actualización mediante la aplicación del coeficiente de revisión de precios.
7. Compatibilidad de la actualización con la revisión de precios: problemas que plantea.
8. Conclusiones.
9. Bibliografía.

Abril de 2016

¹ El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

LA ACTUALIZACIÓN DEL PRECIO EN CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRA YA CELEBRADOS

1. Preliminar

El desfase entre el precio de los contratos públicos de obra y el contexto económico en el que se desenvuelven es una cuestión que retoma actualidad en un momento en el que el legislador ha optado por agravar este “*decalage*” como se pone de manifiesto en la reciente reforma del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (citado como TRLCSP, en adelante) operada por la Ley 2/2015, de 30 de marzo (de desindexación de la economía española). Las limitaciones impuestas en materia de revisión de precios, junto con las ya existentes, a los nuevos contratos que se celebren, son realmente preocupantes, especialmente si se tiene en cuenta que los Proyectos redactados por la Administración (o por encargo de la misma) siguen adoleciendo de numerosos defectos y vienen referidos a unas bases de precios en muchos casos lejanas de la realidad del mercado.

No es éste, sin embargo (el nuevo sistema para la revisión de precios), el tema que se abordará ahora o, al menos, no lo es de forma directa, porque quiero referirme a algo que atañe a los contratos ya celebrados (especialmente bajo el paraguas normativo de una legislación que admitía la revisión del precio bajo otros parámetros más permisivos) y a la necesidad de actualizar su precio, cuando por circunstancias ajenas al contratista se ha dilatado excesivamente la ejecución de las obras y, por ende, la duración misma del contrato inicialmente prevista. No obstante, se dedicarán algunas líneas a poner de manifiesto la incidencia de cuanto se expone al respecto en relación con los contratos que se celebren bajo la nueva cobertura normativa en lo concerniente a la revisión de su precio.

Quede constancia, además, al hilo de lo anteriormente expuesto, de la enorme cantidad de contratos que siguen vigentes en el momento actual, no tanto porque aún no haya expirado su plazo inicial de duración, sino porque este plazo ha sido “*alargado*” por decisión unilateral de la Administración al serles aplicado un mal denominado “*reajuste de anualidades*” (ex artículo 96 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RGLCAP–), por dilaciones en la tramitación de modificados u otras

causas, todas ellas imputables a la Administración.² Como consecuencia de ello las reclamaciones por mayores costes (vinculados a la duración del contrato) se han incrementado notablemente adquiriendo especial relevancia los conceptos o partidas que pueden ser incluidas en estas reclamaciones, entre las que se encuentra la relativa a la actualización del precio. De ahí que, aun tomando como punto de partida contratos ya celebrados, y sometidos a una normativa que no es la vigente, el análisis de la actualización del precio se convierta en un tema “vivo” en estos momentos.

Dicho lo anterior, es conveniente, además, realizar algunas precisiones y aclaraciones de tipo general acerca de cuanto se expondrá en relación con la actualización del precio en contratos ya adjudicados (y sometidos, por tanto, a la normativa anterior a las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 2/2015). La primera es que las referencias normativas –escasas por otra parte– vendrán referidas a preceptos del vigente RGLCAP o del TRLCSP pero, en este último caso, pueden encontrarse fácilmente los artículos correspondientes tanto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –TRLCAP– como en cualquiera de las versiones de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

La segunda aclaración se refiere al supuesto general de partida que se toma como referencia: un contrato público de obra ya ejecutado, en donde ha tenido lugar, por causas imputables a la Administración, una “*prolongación excesiva*” del plazo inicialmente pactado. Dos precisiones en cuanto al supuesto indicado; ya se anticipa que la expresión “*prolongación excesiva*” del plazo alude a algo difuso y difícilmente precisable a priori (aunque se realizarán algunas consideraciones al respecto) encuadrable en los “*conceptos jurídicos indeterminados*”. Igualmente se anticipa que aunque el supuesto más claro –a efectos de su análisis jurídico– sea el de “*prolongación excesiva*” del plazo a causa de suspensión del contrato, también se tratará de aquellos casos (muy frecuentes) en los que el alargamiento del plazo inicial es debido también (o exclusivamente) a otro tipo de circunstancias, como puedan ser los reajustes de anualidades, la dilación en la aprobación de modificados y otros similares.

² El “reajuste de anualidades” previsto en el artículo 96 del RGLCP es una mera consecuencia de retrasos en la ejecución del contrato (por suspensiones autorizadas, prórrogas del contrato o tramitación de modificados) sin que se autorice tal reajuste por meros motivos exclusivamente presupuestarios. Esto último supone confundir la causa (ahorro presupuestario) con el efecto (el reajuste de anualidades). Quede esto claro ya desde ahora.

Finalmente quisiera aclarar que la redacción del presente artículo está realizada desde una visión práctica del problema, más propia de quien ejerce la abogacía que de quien imparte la enseñanza del Derecho. De ahí que haya huido, de forma plenamente consciente, de profundizar en temas doctrinales (sin renegar de su importancia ni eludir su análisis) como pueda ser el fundamento último de la actualización y de la revisión de precios. Quizás temas semejantes resulten más propios de artículos meramente académicos que dejaré para otra ocasión.

2. El concepto de actualización de los precios en el contrato administrativo

Aun cuando éste es un artículo de opinión eminentemente práctico, entiendo que no puede eludirse realizar un pequeño excursus acerca de los orígenes más próximos de la actualización del precio de los contratos de obra como algo diferente de la revisión de precios. Unos orígenes que conducen a la cita obligada de dos autores que, en su momento, trataron del tema desvelando el sentido de la actualización de los precios (Óscar Moreno y Rafael Juristo) a la luz de una normativa (la Ley de Contratos del Estado y, muy especialmente de su Reglamento) y de una doctrina del Consejo de Estado que no puede ahora ignorarse. Por tanto, esa “*mirada hacia atrás*” resulta obligada aunque tan solo sea para rescatar del olvido lo que se escribió al respecto hace ya bastantes años y que ahora vuelve a estar de actualidad. A eso se dedicará el presente apartado, pidiendo disculpas de antemano por la extensión de las citas que se realizan.

Comenzando, pues, por esa “*mirada hacia atrás*”, conviene recordar tanto la regulación contenida en el viejo Reglamento General de Contratos del Estado (RGCE) como los comentarios y opiniones de dos autores de reconocida solvencia en materia de contratación, como son Óscar Moreno y Rafael Juristo. Unos comentarios y análisis que no han perdido actualidad y que, por ello, merecen ser rescatados del tiempo, trasladándolos a nuestros días porque, en esencia, poco ha cambiado en cuanto se refiere a los aspectos básicos de la actualización del precio de los contratos.³

³ Aunque sí se ha alterado –y mucho– la forma en que debería ser aplicada la actualización de los precios.

El concepto de “*actualización del precio*” se encontraba ya reconocido en el artículo 67 del RGCE en el que se establecía lo siguiente:⁴

«En aquellos casos en que oscilaciones de los precios imprevistas y ulteriores a la aportación técnica de los proyectos resten actualidad a los cálculos de precios que figuran en su presupuesto podrán los Jefes de los Departamentos, si la obra merece el calificativo de urgente, aplicar el porcentaje lineal de aumento señalado por la Oficina de Supervisión, al objeto de ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado al tiempo de la licitación»

Este precepto reglamentario es criticado por Moreno Gil por la discrecionalidad que otorgaba a los jefes de los Departamentos, puesto que del texto se infiere que éstos pueden aplicar, o no, la actualización de precios en Proyectos que han quedado obsoletos en cuanto a los precios de las obras.⁵ Con razón entiende este autor que la discrecionalidad debe limitarse a la opción entre actualizar el presupuesto o confeccionar uno nuevo, pues en todo caso debe respetarse el principio de adecuación del precio al mercado, según disponen los artículos 12 LCE y 30 RCE.⁶

No obstante, y prescindiendo de este tipo de críticas, conviene precisar, ya desde ahora, que se trataba de una figura pensada y diseñada por el legislador para la fase “*precontractual*”, en los contratos de obra,⁷ y para aquellos casos en los que tras la formación de un expediente de contratación no se produce una rápida adjudicación.⁸ Debido a ello, en el momento de la licitación el contratista se encontraba ante un presupuesto anticuado, de valores ya desfasados. Si el empresario acepta un contrato en tales condiciones habrá de soportar, por mor del principio de riesgo y ventura, el quebranto producido por la inflación monetaria desde la confección del presupuesto hasta la adjudicación. En palabras del mismo Óscar Moreno:⁹

⁴ Más adelante se hará referencia a forma en que el vigente RGLCAP recoge la actualización de precios en su artículo 130.4.

⁵ Todo ello, insistimos, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto de la actualización de precios tal y como se encuentra prevista en el artículo 130.4 del vigente RGLCAP.

⁶ Vid, MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 59 y ss. Esta adecuación del precio de los contratos al mercado se encuentra recogida en el artículo 75.1 de la LCSP.

⁷ Óscar Moreno no da importancia al hecho de que el artículo 67 del RGCE sólo venga referido a las obras declaradas urgentes (al igual que se hace ahora en el artículo 130.4 del RGLCAP). Tampoco le doy importancia al tema puesto que se está tratando de la fase precontractual en donde cabe, incluso, la redacción de un nuevo cuadro de precios si no se ha abierto la licitación.

⁸ No es, por tanto, el caso de los contratos concesionales en donde la actualización tiene una justificación específica con fundamento en el mantenimiento del equilibrio en las prestaciones.

⁹ *Op. cit.* pág. 59

Como la actualización se produce antes de la adjudicación, forma parte de la masa de actuaciones que la Administración realiza para la formación del expediente de contratación. Su especificidad reside en su razón de ser: se habilita como acto ratificadorio de cálculos económicos desfasados. Su finalidad es la economía procesal. Se trata de un acto previo, es decir, pertenece a la gama de los actos separables, pues se emite antes de la adjudicación definitiva y, por tanto, tiene «individualidad y vida jurídica propias, con independencia de la futura relación de derecho que origine»

El citado autor (Óscar Moreno) expone, además, los posibles sistemas mediante los cuales podía ser llevada a cabo esta actualización de precios (en fase precontractual) que pueden ser resumidos en la siguiente forma:¹⁰

- Aplicación de un coeficiente único para todo el precio.
- Aplicación de coeficientes diferenciados para cada precio unitario o para cada elemento tenido en cuenta en dichos precios.

En cualquier caso, el propio Óscar Moreno pone de manifiesto que *“las actualizaciones conceptuales pueden formularse de tantas maneras como imaginativamente se quiera, pero, dada su finalidad simplificadora, cuanto más sencillo sea el procedimiento, más se estará dentro de la línea de lo pretendido”*. Añadiendo, a continuación, que *“un procedimiento complejo puede no significar ventaja suficiente frente a la idea de confeccionar un nuevo presupuesto”*. Es por ello que cuando expone los dos sistemas antes indicados (aplicación de coeficiente único o de coeficientes diferenciados) no se decanta por ninguno de ellos con preferencia al otro –ambos tienen ventajas e inconvenientes– dejando abierta la posibilidad de aplicar cualquier otro sistema similar.

Conviene exponer, aunque sea de forma sucinta, la forma de aplicar los dos sistemas expuestos (coeficiente único o coeficientes diferenciados) tal y como eran concebidas por Óscar Moreno, sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá respecto a la regulación vigente (artículo 130.4 del RGLCAP) de la actualización de precios en fase precontractual.¹¹

La máxima sencillez se logrará, por supuesto, aplicando sobre la cifra total del presupuesto un solo coeficiente de actualización (de esa manera, mediante una operación aritmética fácil, se altera la cifra básica total). Sin

¹⁰ *Op. cit.* págs. 60 y ss. Como se verá seguidamente, en la actualidad, esta doble forma de aplicar la actualización de precios ya no resulta viable al imponerse el coeficiente único en todos los casos (artículo 130.4 del vigente RGLCAP).

¹¹ Como se verá igualmente, el citado precepto viene a imponer una actualización lineal de todo el precio mediante la aplicación de un coeficiente único.

embargo, el inconveniente que ello plantea es que de ese modo se desconoce el valor actual de los precios unitarios y de los precios de los conjuntos de factores como queda reflejado en el siguiente cuadro:¹²

Factores	Unidades	Precios unitarios iniciales	Precios conjuntos
A. Cemento.....	5	10	50
B. Hierro.....	10	5	50
C. Mano de obra...	15	4	60
Presupuesto.....			160
Coeficiente de actualización. 1, 10 (10 por 100) 160 x 1,10= 176= Presupuesto actualizado.			

Como puede apreciarse, se conoce el valor actual del precio total, pero no el de los distintos elementos (A, B, C) ni de sus conjuntos o precios unitarios (lo cual puede ser una desventaja de este sistema al no llegar a reflejar exactamente la realidad).

Si se quiere obviar ese inconveniente (según indica Óscar Moreno), se puede actualizar cada valor, multiplicándolo por el coeficiente dado, bien en el presupuesto inicial, bien en cada certificación (lo cual constituiría la segunda variante del sistema de coeficiente único). De estas dos posibilidades es mejor la primera, en opinión del autor citado, porque las operaciones se hacen así una sola vez, mientras que en el otro caso se operaría en cada una de las certificaciones.¹³ Y sigue diciendo:

Podría pensarse que este sistema comporta en realidad la confección de un nuevo presupuesto y que, por tanto, verdaderamente, no hay actualización; mas no es así, pues cuando se ajusta cada partida se hace con un tanto único que ocasiona en todos los valores un crecimiento uniforme (por ejemplo, al multiplicar en todos los casos por 1,10, se ha hecho un aumento lineal del 10 por 100, coincidente con la medida inflacionaria del mercado, pero no con el valor actual cierto de cada uno de los factores, cuya curva oscilante habrá caminado con mayor o menor discordancia respecto de la

¹² Los ejemplos son los mismos que toma Óscar Moreno en la obra ya citada (págs. 56 y 57).

¹³ En suma, “la actualización detallada del presupuesto puede realizarse bien sobre los precios conjuntos o bien sobre los iniciales y sus conjuntos. Desde luego, la complejidad del presupuesto nunca es tan engorrosa como para que la actualización amplia y detallada sea de una excesiva dificultad. Así que es preferible actualizar todas las partidas y cada una de ellas, con lo cual se logra la imagen de presupuesto totalmente nuevo y se logra la adecuada agilidad operativa”. Óscar Moreno, *op. cit.* pág. 57.

media), mientras que el cálculo de un presupuesto cualquiera a valores reales implica la fatigosa necesidad de conmutar cada precio actual según dado por el mercado.

Sin embargo (y respetando la explicación que ofrece Óscar Moreno), la realidad es que, descartando la aplicación de diferentes coeficientes (por los motivos que luego se expondrán al tratar de la normativa vigente) si se toma como referencia un solo coeficiente, lo mismo dará (en la cuantía resultante) aplicarlo al importe total del precio que a cada uno de los precios descompuestos.¹⁴ El resultado será siempre el mismo, a menos, claro está, que se apliquen coeficientes diferentes para cada unidad o elemento –tal y como pone de manifiesto en el párrafo transcrito– en cuyo caso más que una actualización estaremos en presencia de la confección de un presupuesto nuevo (lo cual no sería jurídicamente aceptable para contratos ya celebrados). Quede hecha esta puntualización para cuanto se indicará más adelante en relación con la actualización de precios en contratos ya celebrados e incluso con la actualización precontractual en los términos en que se encuentra regulada en el artículo 130.4 del vigente RGLCAP.¹⁵

En consecuencia, debe diferenciarse lo que es propiamente una actualización del precio (o de los precios) de lo que supone la elaboración de un nuevo presupuesto y cuadro de precios, ya que esto último no es realmente una actualización sino la fijación de nuevos precios. Esta puntualización resulta especialmente pertinente puesto que, como se verá más adelante, será extrapolable a la actualización de precios en contratos ya adjudicados y formalizados.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que en el momento actual – frente al sistema “abierto” de actualización de precios previsto en el RGLCE, como ya ha sido advertido– el artículo 130.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) contempla la actualización de precios (en fase precontractual) en la siguiente forma:¹⁶

¹⁴ Aunque resulta obvio decirlo, se trata de la denominada, en matemáticas, “propiedad asociativa”.

¹⁵ Recordamos (aunque luego se verá con más detenimiento) que el artículo 130.4 del vigente RGLCAP impone una actualización lineal con coeficiente único.

¹⁶ Téngase en cuenta que el artículo 87.3 del TRLCSP hace referencia también a la actualización de los precios al indicar que “Los precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados, en los términos previstos en el Capítulo II de este Título, si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato”.

4. En aquellos casos en que oscilaciones de los precios imprevistas y ulteriores a la aprobación de los proyectos resten actualidad a los cálculos de precios que figuran en sus presupuestos podrán los órganos de contratación, si la obra merece el calificativo de urgente, proceder a su actualización aplicando un porcentaje lineal de aumento, al objeto de ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado al tiempo de la licitación.¹⁷

Dos cuestiones relevantes se extraen del precepto transcrito. En primer lugar que la actualización del precio se sigue admitiendo (en fase precontractual) únicamente para las obras que hayan sido calificadas como urgentes.¹⁸ En segundo término, que en tales casos la actualización ha de ser llevada a cabo aplicando un porcentaje lineal ya sea al precio total o a los precios descompuestos, por cuanto este último extremo no se entiende excluido dada la redacción del precepto. En todo caso, resulta importante dejar ya claro que no se contempla la posibilidad de aplicar coeficientes diferentes frente al abanico “abierto” de posibilidades que se recogía en el artículo 67 del RGLCE (que es la base de la que parte Óscar Moreno al exponer la posibilidad de utilizar coeficientes diferentes para cada unidad de obra o elemento de las mismas).¹⁹

Dicho lo anterior, no interesa aquí desarrollar más la vertiente “intra-administrativa” o precontractual de la actualización de precios, sino su posible aplicación a un contrato ya adjudicado (de lo que se tratará en el siguiente apartado) como algo diferente de la revisión de precios. No obstante, resulta conveniente tener presente que el presupuesto jurídico básico de esta figura viene a ser sustancialmente el mismo que el de la revisión de precios (pese a reconocer que tanto el Consejo de Estado como los Tribunales entienden que ambas instituciones tienen un fundamento jurídico diferente). Y ello, porque en esencia, se trata de adecuar el precio (o los precios descompuestos) de un contrato al contexto económico en el que tiene que ejecutarse, lo cual conduce como soporte jurídico a la cláusula “rebus” (alteración de los precios por el

¹⁷ Aunque el precepto sí lo dice, destacamos que tan sólo viene referido a los contratos de obra y no a los contratos bajo el modelo concesional.

¹⁸ Esto no es nuevo porque ya el artículo 67 del RGCE venía referido a “obras urgentes”. A nuestro juicio el artículo 130.4 del RGLCAP tan sólo impone esta limitación (obras declaradas urgentes) cuando ya se ha abierto el procedimiento de licitación y al objeto de no alterar las bases del mismo. Sin embargo, cuando el expediente se encuentra en la fase administrativa meramente interna, la actualización de precios no debería tener limitaciones, dado que, incluso, cabría la confección de un nuevo presupuesto adaptado a los precios de mercado. Esto es lo que concluye Óscar Moreno respecto del artículo 67 del RGCE y es completamente trasladable al escenario normativo actual.

¹⁹ Este cambio resulta esencial en la medida en que se toma la actualización de precios precontractual como parámetro de referencia para la fase contractual.

trascurso del tiempo), como adecuación del contexto en el que se celebra un contrato al texto del mismo (entendiendo por tal el precio que se fija) así como a la doctrina del *enriquecimiento injusto*.²⁰ Dicho sea esto a pesar de que, como se verá más adelante, los Tribunales entienden que ambas instituciones (actualización y revisión de precios) tienen un fundamento diferente en cuanto se refiere a la causa que justifica su aplicación. Distinción (entre fundamento jurídico último y causa que justifica su aplicación) que, como se verá más adelante, resulta esencial para entender esa especie de “*nudo gordiano*” que supone la eventual convivencia en el mismo contrato, de la actualización y la revisión de precios. Dejamos para más adelante el análisis de semejante cuestión sin perjuicio de dejar ya apuntada la necesidad de realizar esa distinción.

En el sentido indicado (fundamento común) cabe traer a colación el artículo 87.3 del TRCSP en donde se alude, de forma indistinta, a la actualización y a la revisión de precios:²¹

Los precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados, en los términos previstos en el Capítulo II de este Título, si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato.

En consecuencia, y al margen del fundamento doctrinal que pueda ser atribuido a estas dos figuras (actualización y revisión de precios), el hecho cierto es que bajo la óptica del TRLCSP ambas se mencionan conjuntamente, aunque luego –en el Capítulo II del Título III– tan sólo se regule de forma expresa la revisión de precios. El fundamento de una y otra figura podrá ser común, o no, pero la diferencia básica (en cuanto a la causa que justifica la aplicación de una y otra figura) radica en que la revisión de precios se encuentra regulada y prevista, como tal *ex lege* (aunque debe ser recogida en los Pliegos), mientras que la actualización –en su aplicación a contratos ya adjudicados– encontrará su justificación en la necesidad de compensar al contratista por los perjuicios que le ocasiona la suspensión del contrato

²⁰ Este es, precisamente, el fundamento de la actualización en los contratos concesionales que se rigen por el principio de mantenimiento del equilibrio contractual.

²¹ Lo que se dice en este precepto resulta fundamental para entender el motivo por el cual se recomienda (como se verá más adelante) que la actualización de contratos en fase de ejecución se lleve a cabo utilizando el índice K de las fórmulas de revisión de precios.

(entendiendo esta expresión en un sentido lato).²² A esta segunda vertiente se dedicarán los apartados que siguen, tratando de forma diferenciada –para la mejor comprensión de cuanto se dirá– los siguientes aspectos (todos ellos tomando como referencia contratos con las obras ya ejecutadas):

- Cauce jurídico adecuado para exigir la actualización del precio, diferenciando, a tal efecto, su fundamento jurídico último (que es común con la revisión de precios) de la causa que legitima su exigencia (que difiere de la de la revisión de precios).
- Alcance y significado de la expresión “dilación excesiva” del plazo del contrato.
- Necesidad de aplicar un coeficiente único para el cálculo de la actualización de precios e idoneidad del coeficiente de revisión de precios (dado el fundamento común de ambas figuras).
- Base para determinar el importe de la actualización mediante la aplicación del coeficiente de revisión de precios.
- Compatibilidad de la actualización con la revisión de precios: problemas que plantea.

La finalidad de la serie de temas expuesta, reside en hacer comprensible toda la compleja problemática que plantea la actualización de precios en contratos con las obras ya ejecutadas, abordando las diferentes cuestiones de forma separada pero de forma secuencialmente lógica. Esto hará que al finalizar cada uno de estos apartados se desemboque en la necesidad de dar respuesta a lo que será objeto de análisis en el siguiente, consiguiendo así (al menos este es el propósito) una comprensión completa de todos los problemas que se plantean. Una metodología que dará lugar a algunas reiteraciones de conceptos –por la que se piden disculpas- con la finalidad de no perder el hilo que liga a todos ellos.

3. Cauce jurídico adecuado para exigir la actualización de precios: medida compensatoria en contratos ya adjudicados

Habiendo ya establecido el fundamento común y último entre la actualización y la revisión de precios (la cláusula “*rebus*”, el *enriquecimiento injusto* y el equilibrio entre las prestaciones), llega el momento de trasladar todo

²² Con este sentido lato de la suspensión se quiere aludir a la inclusión de supuestos en lo que el alargamiento del plazo tiene lugar por causas diferentes pero también imputables a la Administración.

el esquema anterior al supuesto de contratos de obra ya adjudicados. Aquí es donde entran en juego las diferencias entre ambos conceptos ya que si bien ambas figuras reposan sobre el fundamento común indicado, difieren en cuanto a los extremos que seguidamente se exponen. En primer lugar, en que la actualización (aparte de aplicarse en la fase meramente *intra-administrativa*, antes de la adjudicación del contrato) se desenvuelve en un marco de relativa libertad de actuación, mientras que la revisión de precios ha de llevarse a cabo con sujeción a las pautas marcadas en la norma de fondo aplicable al contrato y en los correspondientes Pliegos. Esto hace que la revisión de precios sólo pueda ser llevada a cabo cuando así se prevea en el PCAP y que tenga que realizarse mediante la aplicación de la correspondiente fórmula polinómica (para los contratos de obra) y con sujeción a los umbrales determinados en cada caso por la norma de fondo aplicable.

En segundo término (y en relación ya con contratos con las obras ya ejecutadas) en que la causa que justifica la exigencia de uno y otro concepto, también es diferente, como se verá. La revisión de precios se justifica y trae su causa de lo previsto y regulado en la norma de fondo aplicable a cada contrato y de que así se admita expresamente en los correspondientes Pliegos. Por su parte, la actualización de los precios encuentra su justificación en la necesaria compensación al contratista por las paralizaciones de la obra (o alargamiento excesivo de su plazo) por causa no imputable al mismo. Una compensación por daños y perjuicios debidos al contratista no sólo a causa de las paralizaciones sino, también, por dilación o alargamiento excesivo en el plazo inicialmente previsto, en los términos que serán indicados.

Finalmente, ha de ser destacado un rasgo diferenciador muy importante entre la revisión y la actualización de precios, como es que la primera se encuentra prevista y regulada para situaciones de normalidad en la ejecución del contrato (o, por mejor decir, es independiente de la normalidad o anormalidad en su ejecución), mientras que la segunda (actualización del precio) tan sólo entrará en juego cuando se produzcan situaciones anormales en la ejecución del contrato que den lugar a un alargamiento excesivo de su plazo.

Dicho lo anterior (a modo de anticipo de cuanto será expuesto seguidamente), la pregunta que ahora surge es la siguiente: ¿puede aplicarse la actualización de precios en un contrato de obra ya adjudicado? Por el momento, no se añadirán más precisiones a esta pregunta al objeto de llegar, paso a paso, a la situación concreta que ahora es objeto de análisis.

El camino hacia el reconocimiento de la posibilidad de aplicar la actualización de precios a contratos ya adjudicados (como algo diferenciado de la revisión de precios) ha sido muy lento y gradual. Un camino cuyos primeros hitos han sido recogidos por Rafael Juristo quien señala, como primer paso, el supuesto de que la Administración deje transcurrir un largo período de tiempo entre la presentación de la oferta y la adjudicación definitiva.²³ Así, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 20 de febrero de 1975 (Expediente número 39.434), estudia el caso de un contrato cuya adjudicación se había producido después de año y medio, rebasándose, por tanto, los plazos legales previstos y teniendo en cuenta que la propia Administración había reconocido oficialmente los aumentos producidos en los distintos elementos componentes del coste de la obra. El Dictamen fundamenta su argumentación en la doctrina del enriquecimiento injusto y también en el principio de la buena fe en la siguiente forma:

“En este caso, todo el problema estriba en si existe o no causa justificativa para el enriquecimiento evidente de la Administración al aplicar unos precios a todas luces más bajos de los reconocidos por la propia Administración o en el momento de comenzar las obras. El principio del riesgo y ventura no es suficiente justificación a juicio del Consejo de Estado, para estimar que concurre aquí la ausencia del tercer requisito antes expuesto para la aplicación del principio general del enriquecimiento injusto (se refiere a la inexistencia de causa que justifique el enriquecimiento). En efecto, el principio de riesgo y ventura es sólo aplicable en los casos normales de adjudicación dentro de los plazos previstos, es decir, dentro de los noventa días siguientes a la apertura de los pliegos, cualquiera que sea el modo de contratación (esto es, por subasta o por concurso). Los numerosos paliativos que la propia legislación y doctrina jurisprudencial administrativa han ido creando frente a la vieja concepción del riesgo y ventura en la contratación administración aparecen, por ejemplo, en los casos de fuerza mayor, que ya no son como en el Pliego de 1903 causas tasadas, sino, por el contrario, puramente indicativas por la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible, el *factum principis* y la propia revisión de precios.

En este caso, dada la duración de las obras (doce meses) prevista en el pliego, se excluye en la adjudicación definitiva la revisión de precios, no sin cierto confusionismo previo en cuanto a su aplicabilidad; y, de otro lado y más fundamentalmente, aparece en este caso específico la responsabilidad contractual de la Administración al no

²³ Vid. JURISTO, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1991, págs. 371 y ss.

respetar los plazos establecidos por la Ley y el Reglamento de Contratos del Estado para proceder a la adjudicación definitiva.

A más de ello, habría que aplicar aquí el principio general de la buena fe contractual, principio que, tanto en reiterada doctrina de este Consejo de Estado como en múltiples sentencias del Tribunal Supremo, ha sido recogida no sólo para la contratación civil, sino también para la contratación administrativa.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha reiterado en su sentencia de nulidad de actuaciones, la necesidad de mantener el equilibrio económico que precede a las prestaciones recíprocas entre contratista y Administración; tal equilibrio económico es el fundamental de la contratación administrativa en cualquiera de sus órdenes (obras públicas, suministros, gestión de servicios públicos, etc.).

Es decir; se reconoce la viabilidad jurídica de aplicar la actualización de precios a contratos ya adjudicados, cuando media un lapso de tiempo excesivamente largo entre la presentación de la oferta y la adjudicación del contrato, lo cual implica ya el primer paso para la extensión de esta misma solución para contratos ya formalizados y en fase de ejecución. Este primer paso (actualización para dilaciones entre la presentación de la oferta y la adjudicación del contrato) sirve de base para el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de abril de 1977, contemplando un caso en el que ya las obras habían sido realizadas, en el que sienta la siguiente doctrina:

“Ahora bien, si las obras y adquisiciones no se hubieren llevado a cabo, es evidente que habría que actualizar el precio (el precio fijado en la propuesta del proyecto), teniendo en cuenta el largo tiempo transcurrido desde la fecha de iniciación del expediente de contratación. Este fue el criterio de este Consejo de Estado cuando en su anterior petición de antecedentes solicitó fijar los precios del proyecto de contrato de acuerdo con los costes que rijan en el momento de su aprobación. En otro caso, la posición de la empresa contratante hubiera sido excesivamente onerosa, y no es lícito para la Administración iniciar un expediente sobre unos precios determinados, llevar a cabo las primeras negociaciones para concluir el contrato por concierto directo, dejar transcurrir un lapso muy superior al normalmente previsible en esta clase de expedientes y perfeccionar después el contrato mediante la aprobación de la autoridad competente, exigiendo del contratista estar a los precios que figuran en el presupuesto primitivo.

Como quiera que las obras y adquisiciones, sin embargo, ya se han llevado a cabo, desde luego en fecha posterior a la prevista en el contrato, pero ciertamente antes de que hayan recaído la aprobación y consiguiente perfección del contrato, el criterio del Consejo de Estado es ahora el de que no cabe ya actualizar los precios de las futuras prestaciones del contratista, puesto que el carácter de futuras ya ha desaparecido y se ha transformado en prestación consumada. Lo que procede es evaluar con toda exactitud el coste real de las obras y de las adquisiciones llevadas a cabo, precisamente refiriendo dicho coste al momento en que haya tenido lugar su ejecución o adquisición. Una vez evaluado ese coste, debe abonarse lo que resulte a la empresa contratista...

Si, por el contrario, se aceptase un criterio diferente al que postula este alto Cuerpo Consultivo, puede resultar un enriquecimiento injustificado, bien para el contratista, bien para la Administración para el contratista si practicando ahora la actualización referida a la fecha presente de su aprobación resultasen unos precios superiores a los que realmente costaron las obras y las adquisiciones. Para la Administración del Estado habría enriquecimiento injustificado si se aceptase como precio el previsto en el proyecto de contrato cuya perfección no ha tenido lugar por causas imputables a la propia Administración. En tal caso, la Administración militar haría suyas por un precio inferior al real determinadas obras y adquisiciones por su demora en la tramitación del expediente”.

Como puede apreciarse, en este Dictamen no se reconoce el derecho a la actualización de precios “*qua talis*” (frente a lo que sostiene Rafael Juristo) sino el derecho a ser compensado por el coste real de las obras, lo cual puede llevar a la misma conclusión de la procedencia de la actualización de precios pero por un camino diferente (que es el que una doctrina jurisprudencial posterior admitirá como correcto). Esto mismo es precisamente, lo que se reconoce en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1977 (citada, también, por Rafael Juristo) en donde se dice lo siguiente:

*“Que contra lo que razonado queda, no puede ser óbice el que la ‘actualización de precios’ cuando proceda, sólo puede llevarse a cabo a través de la ‘revisión de precios’, no pareciendo lógico que existan dos instituciones encaminadas a una misma finalidad, puesto que ‘la revisión de precios’ y la ‘actualización’ son dos conceptos diferentes no sólo en su ámbito y esfera de aplicación, así como en su finalidad, sino también en sus fundamentos, en cuanto que ‘la revisión de precios’ afecta a la consumación del contrato, esto es, a su fase de ejecución, mientras que la ‘actualización’ sólo hace referencia a la fase preliminar del mismo o precontractual, siendo la finalidad de aquella la de modificar la eficacia de un contrato ya celebrado, cuando un cambio de circunstancias pudiese hacer excesivamente onerosa para una de las partes la ejecución de lo convenido o pudiese convertir el contrato en algo objetivamente injusto, mientras que el aspecto teleológico de la ‘actualización de precios’ es que el precio del contrato, al momento de prestarse el consentimiento bajo las nuevas circunstancias sobrevenidas, suponga real y efectivamente para el contratista un resultado económico previsible idéntico o similar al previsto bajo las circunstancias distintas en las que se produjo la oferta, respondiendo ambas figuras jurídicas a fundamentos jurídicos diferentes, pues aunque las dos tienen basamentos idénticos (la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, el de la reciprocidad de prestaciones o la interdicción del enriquecimiento injusto), sin embargo, tienen matices diferentes en cuanto que la ‘revisión’ pueda tener matiz contractual, mientras que la ‘actualización’ puede venir impuesta por el principio *neminem laedere*, sin olvidar el supuesto base a que dichos institutos obedecen en concreto, diferencias y supuestos de hecho diferentes que permiten su convivencia tal como el propio legislador concibió en Decreto de 22 de mayo de 1963 al regular la ‘actualización de precios’ de obras pendientes de ejecutar, y que también siquiera lo sea de manera implícita lo reconoció este Tribunal en la calendada sentencia de 1974, al caracterizar como presupuesta de*

la aplicación de la ‘actualización’ pretendida a la situación fáctica originaria del futuro contrato”.

El comentario que hace Rafael Juristo a la sentencia transcrita es el siguiente:²⁴

El considerando transcrito distingue perfectamente la actualización de la revisión del precio según el momento en que una u otra se produce. La actualización corresponde a la fase precontractual mientras que la revisión se refiere al precio ya convenido y en fase de ejecución. Sin embargo, no resulta del todo satisfactoria la explicación del fundamento jurídico de estas dos figuras, pues aunque se invocan la buena fe, el enriquecimiento injusto y la reciprocidad de las prestaciones, la cuestión puede resolverse sin necesidad de acudir a estos grandes principios que siempre están presentes en el c.o.p. como en cualquier contrato bilateral y oneroso. A nuestro juicio, debe acudirse antes que nada a encajar la responsabilidad de la Administración en el caso de la actualización –de la revisión nos ocuparemos más adelante- dentro de la fase precontractual en la que actúa. En este sentido, la doctrina civil de la culpa “in contrahendo” puede tener aplicación si se tiene en cuenta que el desajuste del precio se produce por la morosidad de la Administración en celebrar el contrato. Por otra parte, la culpa “in contrahendo” no solo actúa en aquellos casos en que existen verdaderos tratos preliminares en los que una de las partes puede obstaculizar la celebración del contrato. También en los contratos de adhesión es perfectamente apreciable la culpa “in contrahendo” si quien prepara por sí solo el contrato da lugar con su conducta a que la otra parte sufra un perjuicio.

Estamos de acuerdo en que la actualización incumbe a la fase precontractual, mientras que la revisión de precios se aplica en la fase de ejecución del contrato, e igualmente en que la justificación jurídica última de ambos conceptos viene a ser la misma, aunque en el desajuste del precio por morosidad de la Administración en la adjudicación o celebración del contrato (caso en el que procedería la actualización del precio) el fundamento real sea la culpa “in contrahendo”. Sin embargo, lo esencial de este pronunciamiento jurisprudencial –al igual que se hace en el Dictamen del Consejo de Estado antes citado– reside, no tanto en el fundamento de la actualización en contratos ya adjudicados, como en la causa que justifica su aplicación. Una causa que se vincula a la necesidad de resarcir los perjuicios causados por la suspensión/dilación, que es lo que vuelve a reiterarse en otras sentencias más recientes, con fundamento en la suspensión de las obras por tiempo excesivamente prolongado. Esto último es lo que se pone claramente de manifiesto en el Dictamen del Consejo de Estado de 16/10/1997 (Expte. n.º 85/1997) en donde se dice lo que sigue:

²⁴ *Op. cit.* págs. 374 y 375.

«Sin embargo, la pretendida "actualización" de precios –entendida como institución distinta a la "revisión" de precios– es una institución inexistente en el Derecho contractual público, que solo contempla el mecanismo de la revisión de precios de los contratos. La actualización podría tener un carácter atípico de fórmula indemnizatoria de perjuicios más que una fórmula niveladora de los aumentos de precios producidos durante el curso de ejecución de las obras. Pero una y otra resultan instituciones esencialmente distintas, por su naturaleza y significación contractual. Mientras que el sistema de revisión de precios es factor que incide sobre el equilibrio financiero del contrato, el régimen indemnizatorio descansa sobre la efectividad de un perjuicio producido a una de las partes por la actuación antijurídica o por el ejercicio de facultades exorbitantes de la otra parte. La revisión y la indemnización de daños y perjuicios, aun cuando pudieran coincidir en su finalidad, obedecen a causa –en sentido jurídico– distinta, y no pueden confundirse ni arbitrariamente sustituirse una por otra».

Lo mismo se deduce del Dictamen de Consejo de Estado de 30 de enero de 2003 (número de expediente: 3114/2002) en donde se analizaba una reclamación por suspensión de las obras con el siguiente desglose:

- Costes de personal: 15.234.023 ptas.
- Costes de medios auxiliares y equipos: 747.496 ptas.
- Aumento de precios: 10.639.534 ptas.

Pues bien, con cita explícita de una sentencia relativa a los denominados "ligantes asfálticos" el Consejo de Estado admite la procedencia de la partida correspondiente a la actualización de precios en los siguientes términos:

Conforme a lo anteriormente expuesto, en el presente caso no cabe revisión de precios. Pero, sin embargo, se ha producido una suspensión en la ejecución de la obra que sí genera, para la contratista, el derecho a ser indemnizada por la Administración.

Atendiendo a los antecedentes se observa que, como ya se señaló, la problemática no gira en torno al resarcimiento de los daños y perjuicios relativos al coste del personal y de los materiales asignados a la obra derivados de la suspensión, sino que lo hace en torno a la actualización de precios solicitada en su escrito de reclamación por la empresa contratista.

Cabe aquí recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1990 (caso de los "ligantes asfálticos"):

"Es cierto que tanto la doctrina del factum principis como la de la alteración de las circunstancias -el tradicional rebus sic stantibus-, pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de <<circunstancias sobrevenidas>>, como excepción admitida al principio fundamental contractus lex inter partes (...) cuando concurren hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto produciendo con ello, en la relación contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella sea excesivamente oneroso para el mismo, desequilibrio que razonablemente no pudo prever, incluso empleando una

diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones; entonces, en este último supuesto, ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de <<riesgo razonablemente imprevisible>> como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato.

Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista, es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa de los contratantes".

En el caso objeto de consideración en este expediente podría entenderse aplicable tal doctrina, en cuanto que las sucesivas dificultades que surgieron para la cimentación de la obra y que dieron lugar a las dos suspensiones anteriormente referidas, sobre todo la aparición de unas antiguas bodegas que motivaron la segunda suspensión y la tramitación del modificado, no estaban contempladas en el contrato primitivo y fueron imprevisibles para las partes, con lo que cabría aceptar la indemnizabilidad del aumento de los precios que para la contratista supusieron las suspensiones. Dado, además, el silencio del contrato al respecto, la cuantificación de tal aumento podría realizarse ACUDIENDO A LAS FÓRMULAS POLINÓMICAS DE REVISIÓN DE PRECIOS EN AQUEL MOMENTO VIGENTES, NO PORQUE ÉSTE SEA UN SUPUESTO EN QUE QUEPA ACUDIR A TAL FIGURA SINO PORQUE ES UN CRITERIO UTILIZABLE PARA LLEVAR A CABO AQUELLA CUANTIFICACIÓN.

Sin perjuicio de volver a tratar del tema más adelante, conviene retener ya la idea de que la utilización del índice de revisión de precios (coeficiente K) en la actualización resulta jurídicamente admisible. Cuestión diferente es cómo debe aplicarse este coeficiente a contratos ya celebrados y cuyas obras han sido ejecutadas (especialmente, si se trata de contratos con derecho a la revisión de precios), de lo cual se tratará más adelante.

Además, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la procedencia de aplicar la actualización de precios a contratos Complementarios, como muestra de lo cual cabe traer a colación el Dictamen de 30 de abril de 2008 (expediente: 551/2008) en donde se afirma lo que sigue:

También el Consejo de Estado coincide con la propuesta de resolución y considera que procede estimar la reclamación sometida a consulta. En efecto, los contratos sobre obras complementarias, aunque jurídicamente son distintos de las obras principales que complementan, deben considerarse como continuación de éstos y, salvo previsión específica en sentido contrario, participan de su régimen jurídico.

Por tanto, aunque el contrato complementario no previera la cláusula de revisión de precios y el contratista no formulara su oferta incluyendo los precios ya actualizados con arreglo a la correspondiente fórmula al momento de deducirla, debe entenderse que tales precios debían ser ya actualizados, al formularse en las mismas condiciones que los del contrato principal. De no hacerse así, se produciría la situación singular que el contratista habría de ejecutar los trabajos de las obras complementarias a precios

inferiores a los de la principal, lo que no resulta conforme a la naturaleza de las cosas, más cuando una y otras forman una unidad material.

Evidentemente, el problema que plantean los Complementarios en cuanto a los precios que deben ser reflejados en los mismos (a origen del contrato principal o actualizados) es diferente del que ahora nos ocupa, puesto que se trata de contratos situados en esa frontera entre el contrato “*non nato*” y el contrato en fase de ejecución. Sin embargo, la doctrina del Consejo de Estado en relación con los mismos (declarando aplicable la actualización) refuerza los argumentos respecto de los contratos en fase de ejecución, que es lo que ahora se está tratando.

Por su parte, la STSJ de Asturias, núm. 619/2013 de 3 junio [Jur\2013\214463] viene a confirmar el criterio sostenido por el Consejo de Estado, al tomar como referencia –sin oponer reparos a la misma– una reclamación de daños y perjuicios por suspensión temporal total de un contrato cifrada en la actualización de precios. El texto relevante –a los efectos indicados– de la sentencia es el siguiente:

Como principales argumentos impugnatorios, sostiene la parte recurrente que la resolución impugnada no es conforme a derecho al alegar que había reclamado a la Administración demandada la actualización de precios del contrato, con aplicación de la fórmula polinómica número 46 al considerarla ajustada a las condiciones de la obra y un anexo en el que hacía los cálculos y el resultado de 191.793,81 euros, I.V.A. incluido, ello como consecuencia de la suspensión que se produjo por causas imputables a la Administración, ante las circunstancias concurrentes, expuestas en los hechos 3, 4 y 5 de su demanda; petición que una vez reiterada fue informada por el Jefe del Servicio de Contratación, determinando la procedencia del abono de un importe de 181.149,65 euros, pero en concepto de indemnización de daños y perjuicios, al no estar incluida la revisión de precios en el PCAP del contrato, sin que finalmente recayese resolución definitiva que reconociese el derecho de la contratista recurrente a percibir la compensación económica referida, que ahora reclama en esta vía jurisdiccional al amparo del artículo 102 del Real Decreto Legislativo 2/2000 (RCL 2000, 1380 y 2126) , al haberse producido un incumplimiento objetivo por parte de la Administración que le obligó a paralizar y ralentizar la ejecución de las obras.

Por tanto, y al margen ya de cuestiones doctrinales relativas al fundamento para aplicar la actualización de precios a contratos ya celebrados, tanto el Consejo de Estado como los Tribunales admiten que pueda ser utilizado el coeficiente de revisión de precios para dar cumplimiento al deber de la Administración de indemnizar los perjuicios producidos por la suspensión de las obras. Traducido lo anterior al supuesto que ahora nos ocupa, resultaría de aplicación el artículo 220.2 del TRLCSP: “*acordada la suspensión, la*

Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”.

Establecida, por tanto, la procedencia de la actualización de precios como criterio para indemnizar por los daños y perjuicios derivados de una suspensión prolongada de las obras, conviene advertir que tal criterio y sustento jurídico (derecho a indemnización de los daños y perjuicios, con inclusión de la actualización del precio como concepto indemnizable) puede ser extrapolado a la “*prolongación excesiva*” en relación con el plazo de ejecución del contrato, por causas diferentes a la suspensión de las obras. Me explico; como es sabido la “*dilación*” o “*prolongación*” del plazo inicialmente fijado, puede haber sido causada por suspensiones del contrato (formalizadas como tales, o no) o por otras circunstancias (tramitación de modificados, reajustes de anualidades con ralentización de los trabajos, y otras similares). En tales casos (conurrencia de suspensiones con causas diferentes que, en conjunto, producen un alargamiento del plazo) no es inusual acudir, como punto de partida, en la justificación jurídica de la correspondiente reclamación, a la cita del artículo 220.2 del TRLCSP (o equivalente en otros textos legales) como fundamento último de lo que se reclama en concepto de daños y perjuicios.²⁵

La consecuencia práctica de lo anterior consiste en la posibilidad de proyectar el derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios causados (ex artículo 220.2 del TRLCSP) a supuestos que no responden estrictamente a la suspensión de las obras pero que dan lugar a una “*dilación*” o “*prolongación*” del plazo inicialmente pactado. Una proyección del apoyo jurídico que brinda el citado precepto que permitirá incluir la actualización de precios (en los casos en que se haya producido una “*prolongación excesiva*” del plazo inicial), junto con los conceptos más usuales en este tipo de reclamaciones, como puedan ser los mayores costes indirectos o el incremento de los gastos generales.

Y aunque no se utilice como “*enganche*” el citado precepto, el marco jurídico de referencia sigue siendo el mismo al que se refiere tanto la doctrina del Consejo de Estado como los Tribunales ya que la actualización del precio seguirá siendo una partida más a reclamar junto a las clásicas de costes indirectos y gastos generales. Consiguientemente, se mantendrá el carácter indemnizador de la actualización de precios aunque, como apoyo jurídico de la

²⁵ Entiendo que esta extensión del alcance del artículo 220.2 del TRLCSP necesitaría de mayores aclaraciones, pero esto requeriría una extensión demasiado larga al respecto que no puede ser expuesta en este momento. En todo caso, me limito a dejar apuntada esta interesante posibilidad.

reclamación que se realice, se omita el artículo 220.2 del TRLCSP y se acuda a otros referentes, como puedan ser los artículos 1101 y 1124 del C.C. o los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima. En este sentido, cabe traer a colación, entre otras muchas, la STS de 17 de noviembre de 2011 [RJ 2012/2274] en la que se dice lo siguiente:

«Finalmente, como cuarto motivo de casación se aduce la infracción de los artículos 1º y 9º.3 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, pues la Administración contratante está obligada a indemnizar al contratista cuando el retraso en la ejecución de la obra es directamente imputable a aquella Administración, obviando la sentencia impugnada los principios de equivalencia y buena fe, necesarios para mantener la equivalencia de las prestaciones en las relaciones contractuales.

El motivo, al igual que los precedentes, ha de ser estimado debido a que procede la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el contratista cuando el retraso en la ejecución de las obras resulta directamente imputable a la Administración contratante, mucho más cuando, como acontece en el caso analizado, la actuación desplegada por la entidad recurrente ha de enmarcarse en los términos del principio de buena fe a que se refiere el artículo 3.1 in fine de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99 aplicable en el ámbito de la contratación administrativa, entendida dicha buena fe como un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una específica conducta deducida de unos hechos, y que se concreta en una acción o conducta basada en una confianza legítima y en un proceder lógico y razonable, y no abusivo o fraudulento, que conduce a actuar de determinada manera en la creencia racional y fundada de estar obrando correctamente».

En similar sentido, pero admitiendo la equiparación de los retrasos a la suspensión de las obras, la STS de 18 de mayo de 2009 [RJ 2009/5322] dice lo que sigue:

«Pues aun cuando es cierto que no hubo un acuerdo formal por escrito de suspensión de la obra, es lo cierto y así lo declara probado la sentencia recurrida y esta Sala en casación ha de partir de esos hechos apreciados por la sentencia recurrida, que se produjo un retraso en el inicio de obra de mayo de 1994 a octubre de 1995, que no fue debido a conducta negligente del contratista y si a circunstancias ajenas al contratista, puestas de manifiesto en el momento del acta de replanteo que fueron comprobadas y aceptadas por la dirección facultativa de la obra y cuando ello es así, cual refiere y valora la sentencia recurrida y ello además no se ha cuestionado en forma, es claro que ese retraso en el inicio de la obra no a otra cosa fue debido sino a la actuación de la Administración que hubo de resolver esos reparos y circunstancias antes del inicio de la obra, y por tanto ese retraso, equivale o se puede identificar con una suspensión de la obra debido a circunstancias no tenidas en cuenta por la Administración y ajenas al contratista que desde el primer momento hizo todo lo necesario para iniciar la obra, y por ello no resulta contrario a derecho aplicar la indemnización que está prevista en el artículo 49 de la Ley de Contratos del Estado, pues no habiendo un acuerdo de suspensión formal y por escrito de la Administración hubo de hecho un acuerdo de suspensión de la obra debido a circunstancias ajenas al contratista, que es lo que adecuadamente valora la sentencia recurrida».

De forma más clara, si cabe, el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 09/05/2013 (n.º de Expte. 159/2013) se pronuncia en los siguientes términos:

«En cuanto hace a la cuestión de fondo, debe comenzarse recordando que, conforme al artículo 102.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, acordada la suspensión del contrato por la Administración, esta deberá abonar al contratista los daños y perjuicios "efectivamente sufridos". El Consejo de Estado ha analizado en numerosos asuntos las consecuencias indemnizatorias que puede eventualmente llevar aparejada la suspensión temporal de una obra, llegando a la conclusión de que los efectos onerosos de la situación no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión.

Por lo demás, a la situación de suspensión temporal de las obras debe equipararse la producida con ocasión del retraso en la ejecución por causa atribuible a la Administración, aun cuando no se haya decretado formalmente la suspensión temporal de los trabajos. En este sentido, la falta de declaración oficial de la suspensión de las obras no constituye obstáculo para que por la Administración contratante se eludan las responsabilidades, en su caso, a ella imputables».

En suma, lo que interesa destacar ahora de forma especial es que la actualización de precios trae su causa jurídica, para ser exigida, en el derecho al abono de los daños y perjuicios causados en caso de suspensión prolongada del contrato –por causas imputables a la Administración– sin perjuicio de la posibilidad de extender también este derecho a la mera dilación o extensión del plazo (igualmente de forma “excesiva”) por otros motivos. Una causa que difiere sustancialmente de la que justifica la revisión del precio –aunque ambas figuras tengan el mismo fundamento jurídico de base– que servirá para no aplicar los umbrales y las limitaciones propias de la revisión de precios a la actualización de los mismos.

Y una precisión final que estimo importante. Adviértase que la actualización de la que ahora estamos hablando viene referida al precio del contrato y no a la del importe de una eventual reclamación de daños y perjuicios por dilación de las obras (con la que no debe ser confundida, aunque también se hable de una actualización). En este último caso, sí que se admite por los Tribunales la actualización del citado importe con índices generales, como pueda ser el IPC, y así se hace constar, entre otras, en la STS TS de 7 octubre 1991 [RJ1991\7521] que se reproduce seguidamente:²⁶

²⁶ En similar sentido, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 2004 [JUR\2004\138103] y 6 de julio de 2005 [JUR\2005\264245]

Expuesto lo anterior que pone de relieve la evidencia del resarcimiento, cuando se trata de un lapso prolongado, en el que el transcurso del tiempo influye de modo considerable e incesantemente en la desvalorización del dinero, porque no se puede olvidar que lo reclamado, debido y ulteriormente reconocido, no responde al valor actual, es preciso arbitrar un medio, ya reconocido a través de la doctrina jurisprudencial, que permita establecer el equilibrio objetivo de las prestaciones, derivadas de una relación, como la actual de orden contractual, y ello puede lograrse a través del de «pesetas constantes», según los índices de la depreciación de la moneda nacional, manifestados a través de los índices de precios del consumo aprobados oficialmente por el Instituto Nacional de Estadística, debiendo tener lugar la computación de lo expuesto tomando como «dies a quo» el 1-10-1971 respecto de la suma de 93.018.532 ptas. hasta su pago, lo que deberá llevarse a efecto en período de ejecución de sentencia.

El fundamento de tal actualización es ajeno a la relación contractual y se encuentra en la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal y como se refleja en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de julio de 2005 [JUR\2005\264245]:

Conforme a lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, esa cantidad de 865.088,94 euros que ahora se reconoce habrá de ser actualizada con arreglo al índice de precios al consumo por el tiempo transcurrido entre la fecha en que quedaron cuantificados los daños y perjuicios (24 de enero de 2001) y la fecha de esta sentencia que reconoce el derecho a percibirla.

Aclarado lo anterior, procede ahora entrar a analizar el sentido que pueda o deba serle otorgado a la expresión “*prolongación excesiva*” en relación con el plazo de ejecución del contrato según los términos en que se celebró el mismo. A ello se dedicará el siguiente apartado.

4. Alcance y posible significado de la expresión “*prolongación excesiva*” del plazo del contrato

La actualización de precios no deja de ser algo excepcional en su aplicación a los contratos administrativos de obras ya ejecutadas que, como ya se ha dicho, tiene su fundamento jurídico básico en la cláusula “*rebus*”, el principio de equivalencia en las prestaciones y, en último término, en el enriquecimiento injusto. Todos estos principios resultarían vulnerados si no se reconociese al contratista alguna clase de remedio o compensación en aquellos casos en los que la ejecución del contrato se ha dilatado “*excesivamente*” por causas imputables a la Administración (o, si se quiere, y en sentido más estricto, cuando la ejecución del mismo se ha suspendido durante un tiempo “*excesivamente*” largo).

Una advertencia en relación con la expresión “*excesivamente*” o “*excesiva*” referida a la suspensión/dilación de las obras. No se trata, en rigor, de un concepto jurídicamente indeterminado, puesto que no es utilizado por ninguna norma y ni siquiera por la jurisprudencia, “*ex litera*”, pero sí se utilizan expresiones similares que, en todo caso, dan a entender que la suspensión/dilación de las obras ha de venir referida a una situación de verdadera anormalidad. Dicho de otro modo, el presupuesto para que tenga lugar la actualización de los precios no se encuentra en cualquier clase de suspensión/dilación en la duración de las obras sino en una dilación extraordinaria o anormal capaz de provocar el denominado “*bouleversement*” en la economía del contrato (utilizando la expresión tomada de la doctrina del riesgo imprevisible).²⁷ Esto es justamente lo que se encuentra en el fundamento último de la actualización de precios, dado que no se trata de una técnica que pueda ser utilizada para cualquier clase de suspensión/dilación.

Dicho lo anterior, y dejando nuevamente de lado la revisión de precios (pensada para situaciones de cumplimiento normal del contrato y con las limitaciones que comporta, que no son pocas) debemos detenernos en el análisis de la extensión que deba serle atribuida al término “*excesivamente*” que, en sí mismo, remite a un concepto difuso porque su significado requiere la comparación con el contexto en el que se utiliza (como sucede, por poner ejemplos claros con los términos de “*calor*”-“*frío*” o los de “*alto*”- *bajo*”). Nos encontramos, por tanto, ante un concepto jurídicamente indeterminado (aunque, como se ha dicho, no en sentido propio) que, además, también es semióticamente difuso lo cual permite acudir –para poder dotarle de significado– a dos formas de aproximación diferentes.

En primer lugar, y bajo el prisma de los conceptos jurídicos indeterminados,²⁸ la forma de actuar, como es sabido, consiste en diferenciar la zona de certidumbre negativa, la de certidumbre positiva, operando luego con el núcleo restante. De ese núcleo debería extraerse un significado cierto en

²⁷ Evidentemente sin las limitaciones de compartición del daño que se aplican en los casos de riesgo imprevisible.

²⁸ Siguiendo la doctrina alemana y su teoría del margen de la apreciación (*Beurteilungsspielraum*), podemos distinguir que un concepto jurídico indeterminado está compuesto por “un núcleo de los conceptos (*Begriffskern*) y su halo (*Begriffshof*). El primero delimita un ámbito de absoluta certeza sobre la significación del concepto. El segundo marca la zona de incertidumbre que existe en cualquier concepto jurídico, y que es más amplia en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados” (MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 532).

relación con el caso concreto de que se trate, sin que tal significado pueda ser aplicado a otros casos. Es decir, la técnica aplicable a los conceptos jurídicos indeterminados conduce a soluciones válidas para cada caso, pero no a soluciones válidas para todos los supuestos. Así, en un contrato de obra con plazo de 12 meses, la suspensión/dilación de 6 meses podría ser considerada como excesiva; sin embargo, esa misma suspensión/dilación podría no entenderse como excesiva en un contrato de obra con plazo de 36 meses.

Atender al caso concreto es, por consiguiente, la primera de las posibles alternativas sobre lo cual –por definición– no podrían darse pautas generales; a menos, claro está, que se tomase como referencia, no la duración de la suspensión/dilación en sí misma sino la duración de la misma en relación con el plazo inicial del contrato. De este modo podría decirse que debería tener la condición de excesiva toda suspensión/dilación que excediese de la mitad o la cuarta parte (son meros ejemplos) del plazo inicialmente fijado para cualquier contrato. Sin embargo, con ello se vuelve a una zona de incertidumbre, puesto que no existe ningún parámetro de referencia reconocido para poder afirmar, de forma categórica, que a partir de determinada proporción (la mitad, la cuarta o la quinta parte) pueda reconocerse que una determinada suspensión/dilación ha de ser siempre considerada como excesiva.²⁹

Como puede verse, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, acaba por conducir a un “núcleo” de posibles significados admisibles excesivamente amplio y vago, debido a lo cual debería combinarse con algún tipo de parámetro objetivo (si ello fuese posible). Ese otro parámetro objetivo podría llegar a alcanzarse con el sistema utilizado en semiótica (y en lógica difusa), consistente en delimitar previamente el contexto en el que se utiliza la expresión. Así el concepto de alto o bajo, por ejemplo, tendrá un sentido más preciso (y no difuso) si se aplica al baloncesto en donde un jugador de 1,80 tiene, generalmente, la consideración de “bajo”, aunque en relación con el contexto de toda la población de un determinado país –como pueda ser el nuestro– esa misma persona sería considerada como “alta”. Y cuanto más concretamente se defina el contexto la expresión difusa adquirirá un significado más preciso, de tal modo que, siguiendo con el ejemplo expuesto, si además se especifica que el contexto de referencia está constituido por los jugadores

²⁹ Ello no obsta, como luego se verá, para admitir un parámetro objetivo de referencia, como pueda ser el “umbral” del año (y, eventualmente, de los dos años bajo las modificaciones introducidas en el TRLCSP por la Ley 2/2015).

masculinos que ocupan la posición de *pivot*, el significado de los conceptos de “alto” y “bajo” será aún más preciso.

¿Podría aplicarse este sistema al caso que ahora nos ocupa? Entiendo que tan sólo en parte ya que la primera delimitación del contexto vendría referida a los contratos públicos de obra y no a los contratos de otro tipo en donde los plazos usuales pueden ser más cortos (contratos de suministro, por ejemplo) o más largos (contratos concesionales). Sirva como referencia contextual (desde una perspectiva semiótica) el hecho de que en esta clase de contratos el plazo suele venir expresado en meses. Sin embargo, poco más puede ser precisado en términos generales, salvo la posible diferenciación entre contratos sometidos a revisión de precios y no sometidos a la misma por razón de su duración (no superior a los 12 meses). Aun así, la delimitación del contexto de referencia resulta insuficiente para llegar a un punto o una zona común a todos los contratos incluidos en el mismo que pueda servir de pauta general, lo que sitúa el problema en los mismos términos antes expuestos siguiendo este camino.

No obstante, si se toma como referencia contextual la forma en que se aplica la revisión de precios en los contratos de obra, podría alcanzarse una referencia objetiva aplicable a todos los contratos de esta clase. A tal efecto cabe recordar cómo tanto la revisión de precios como su actualización son técnicas de ajuste en la economía del contrato que tienen su fundamento en la equivalencia de las prestaciones y en la cláusula “*rebus*”. La diferencia radica en que la revisión es un mecanismo de ajuste en situaciones de normalidad del contrato (no requiere dilaciones en la ejecución del mismo, si bien puede acogerlas) mientras que la actualización es un mecanismo de ajuste en situaciones de anormalidad en la ejecución del contrato (debida a la excesiva dilación en la ejecución del mismo por causas imputables a la Administración). Debido a ello, la revisión tan sólo dará lugar a una adecuación parcial del precio del contrato- con severas limitaciones (umbrales del año y el 20 % del importe de las obras, así como eliminación de las oscilaciones de la mano de obra y sumando fijo sin revisión (recordamos que hasta el Real Decreto 1359/2011 ese sumando era igual para todas las fórmulas y era del 0,15), mientras que la actualización no se encontrará sometida a dichas limitaciones (de esto se tratará más adelante).

A la vista de lo anterior (fundamento último común entre la revisión y la actualización de los precios), cabría sostener que nos encontramos ante una “*dilación excesiva*” en la ejecución del contrato, cuando la duración de la misma

alcance o supere el único umbral temporal establecido por el legislador para la revisión de precios. Esto es, el plazo de un año (antes de la reforma del TRLCSP) puede ser considerado como objetivo, razonado y razonable para determinar esa “*dilación excesiva*” en cualesquiera contratos de obra. Parece razonable sostener que si el legislador ha marcado un umbral temporal para llevar a cabo una adecuación del precio al mercado, mediante su revisión – aunque sea parcial– en situaciones de “*normalidad*”, este mismo umbral sea utilizado para medir la “*anormalidad*” en la dilación de la ejecución del contrato.

Por otra parte, el umbral relativo a la necesidad de haber ejecutado un importe mínimo de las obras (el 20 %), no debe ser tenido en cuenta porque no se trata de un umbral relacionado con el tiempo sino una “*limitación*” a la adecuación del precio a la realidad, lo mismo que el resto de las limitaciones impuestas en la aplicación de las fórmulas polinómicas (como pueda ser el sumando fijo del 0,15 o equivalente en las nuevas fórmulas, así como la exclusión de las oscilaciones de la mano de obra).³⁰ La solución expuesta pasa, en consecuencia, por diferenciar el único umbral exclusivamente temporal impuesto por el legislador a la revisión de precios (el plazo de un año) de lo que, en puridad, ha de ser considerado como “*limitaciones*” a la revisión del precio. Algo que puede ser discutible –por supuesto– pero que se encuentra justificado y no obedece a una solución meramente aleatoria o subjetiva.³¹ En cualquier caso, la aplicación del criterio expuesto que no enerva la aplicación de otros criterios (basados en la pura razonabilidad) a la vista de cada supuesto concreto, como pueda ser el caso de suspensiones/dilaciones – que, sin cumplir estos requisitos- deban ser consideradas, en sí mismas, como excesivas.³²

Y, por supuesto, la limitación del umbral del año no debería ser aplicable a aquellos contratos no sujetos a revisión del precio (al no superar el umbral temporal fijado en la norma de fondo correspondiente) porque en tales casos lo que suele discutirse es, precisamente, la necesidad de aplicar la revisión de precios sin tener en cuenta umbral alguno (y no su actualización).

³⁰ Evidentemente, esto plantea un problema con las nuevas fórmulas (vid. RD 1359/2015) ya que el sumando fijo es muy superior al 15 % y además no se recogen las oscilaciones de la mano de obra. Dicho problema, dada su complejidad, será abordado más adelante.

³¹ En todo caso, la aplicación del límite/umbral del 20 % remite a la determinación del período al que debe venir referida la actualización del precio, aspecto que será tratado más adelante de forma extensa.

³² Este sería el caso, por ejemplo, de un contrato en el que la dilación fuese la mitad del plazo convenido o una proporción superior (lo que puede suceder en contratos con plazos cortos) aunque no se haya cumplido el requisito del año.

Llegados a este punto, entiendo que lo más lógico y sensato consiste en aplicar, en primer lugar, la “razonabilidad” para determinar el significado y alcance del concepto de “dilación excesiva” acudiendo para ello a las circunstancias concretas de cada contrato. Y solamente cuando el caso concreto pueda ofrecer dudas acudir al parámetro objetivo señalado (referencia al umbral temporal de la revisión de precios). Un parámetro que pueden servir de referencia objetiva y jurídicamente justificada, pero que no debe erigirse, tampoco, en postulado inamovible para cualquier clase de contratos de obra. Quede esto dicho al objeto de que no se entienda que pretendo poner “barreras” donde, tanto el legislador como la doctrina más autorizada del Consejo de Estado y de los Tribunales, se han limitado a enjuiciar cada caso concreto.

5. Necesidad de aplicar un coeficiente único para el cálculo de la actualización de precios: idoneidad del coeficiente de revisión de precios con ajustes

Conforme a lo expuesto hasta ahora, la actualización de precios (en los contratos con obras ya ejecutadas) puede ser reclamada de la Administración como una partida más de las vinculadas al resarcimiento de los mayores costes causados por dilaciones en la ejecución de las obras imputables a Administración. Por consiguiente, junto a las partidas tradicionales de mayores costes indirectos o gastos generales cabe añadir otra en la que se reflejen los perjuicios causados debido a la obsolescencia de los precios (que deberá ser calculada como actualización de precios en la forma que luego se dirá).

Aparte de lo anterior, y por cuanto se refiere a las posibles formas de aplicar la actualización del precio o de los precios, debe partirse de la base de que –como reconoce la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado anteriormente expuesta– existe cierto margen de libertad, siempre que se aplique un coeficiente único para todo el precio o los precios (siguiendo el criterio que impone el artículo 130.4 del RGLCP para la actualización precontractual). Ese margen de libertad viene referido, por tanto, a la elección del coeficiente que deba ser aplicado y que, en los escasos supuestos decididos por los Tribunales ha venido siendo el mismo coeficiente K de la revisión de precios (si bien desde la aprobación de las nuevas fórmulas dicho coeficiente deberá ser objeto de ajustes para cumplir su función).

En consecuencia, no cabría elaborar nuevamente el cuadro de precios (aplicando coeficientes distintos a cada unidad de obra o elemento de las

mismas) ya que la regla del “*coeficiente único*” plasmada en el citado precepto debe entenderse aplicable tanto a la actualización precontractual como a la contractual. Y es que, si bien la actualización de precios para contratos ya celebrados carece de regulación específica (tanto ahora como cuando era aplicable el RGCE) de la doctrina del Consejo de Estado y de la de los pronunciamientos judiciales analizados, se extrae la idea subyacente del seguimiento, en paralelo (“*similia similibus*”) del sistema aplicable en materia de revisión de precios.³³ Idea que viene avalada, además, por la equiparación que hace el artículo 87.3 del TRLCSP entre la revisión y la actualización de precios, que volvemos a transcribir ahora:

Los precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados, en los términos previstos en el Capítulo II de este Título, si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato.

No se oculta que la mención que se hace a la actualización, en el precepto transcrito, parece encontrarse dirigida a los contratos concesionales, en donde no se habla de revisión sino de actualización de su precio (ya sea en forma de canon a abonar por la Administración o de tarifa a abonar por los usuarios). Sin embargo, hay dos hechos ciertos que tampoco pueden ser obviados: i) se menciona la actualización como algo diferente de la revisión de precios, y ii) la actualización en los contratos concesionales no se encuentra sometida a “*umbrales*” (a menos que los correspondientes Pliegos digan otra cosa) y tiene como presupuesto el restablecimiento del equilibrio en las prestaciones, por lo que debe reflejar las oscilaciones reales del contexto económico en el que se desenvuelven este tipo de contratos. Esto es, existe una relativa libertad de actuación para la determinación del importe de la actualización de precios, a diferencia de lo que sucede con la revisión, que ha de llevarse a cabo con aplicación estricta de los umbrales y limitaciones establecidos en la correspondiente norma de fondo aplicable a cada contrato.

Y cuando hablamos de una “*relativa libertad de actuación*” para el cálculo de la actualización, nos referimos a la necesidad de tener en cuenta un coeficiente único (dada la redacción del artículo 130.4 del RGLCAP ya no debería ser admisible la aplicación de coeficientes diferenciados), pero sin que se imponga ningún tipo de coeficiente concreto. El límite se encuentra en la

³³ Con independencia de que, tanto el Consejo de Estado como los Tribunales, entiendan que ambas instituciones tienen un fundamento diferente.

necesidad de que el coeficiente elegido refleje razonablemente los precios reales de mercado, lo que no sucede –como es sabido- en la revisión de precios que, debido a los mencionados “*umbrales*” y limitaciones en la aplicación de las fórmulas polinómicas, nunca llega a reflejar el incremento real y total de los precios. En consecuencia, para la actualización podría aplicarse el IPC (aunque no parece razonable por contemplar oscilaciones de precio en conceptos que nada tienen que ver con el precio de un contrato de obra), el coeficiente K de la revisión de precios o, incluso, un coeficiente de mercado, como pudieran ser el resultante de los denominados precios de Guadalajara.³⁴

Sin embargo, volvemos a insistir en que el sistema más utilizado para la actualización de precios en fase de ejecución del contrato (y, por tanto, el más recomendable a efectos prácticos), consiste en tomar como referencia inicial la correspondiente fórmula polinómica.³⁵ Una vez hallado el valor el coeficiente K cabría aplicar el mismo –con los ajustes que luego se indicarán– de dos formas diferentes (ya expuestas al tratar de la actualización en fase precontractual) como son las siguientes:

- Aplicar dicho coeficiente al importe total del precio.
- Aplicar el coeficiente de revisión a cada unidad de obra del cuadro inicial de precios.

Evidentemente, el resultado es el mismo en cualquiera de los dos casos, (ya se ha indicado esto anteriormente) debido a lo cual no existe más que un solo sistema para actualizar los precios, aunque esta actualización se realice, teóricamente, desde dos perspectivas diferentes (aplicando el coeficiente de revisión al precio total o a las diferentes unidades de obra). Por otra parte, no puede obviarse mencionar el hecho de que, desde hace tiempo, la aprobación y publicación de los diferentes índices oficiales de precios se encuentra bastante desfasada. En consecuencia, el coeficiente K resultante no reflejará

³⁴ Los precios de Guadalajara vienen recogidos en el “Precio de la Construcción Centro” que es la base de precios de la construcción editado por el Gabinete Técnico de Publicaciones (sociedad cuyo administrador es el Colegio Oficial de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación de Guadalajara) y que se publica anualmente desde 1984. En la actualidad ya han sido publicados los precios para 2015.

³⁵ Debe insistirse en que si bien la actualización y la revisión de precios son conceptos diferentes, tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado admiten que se utilice el coeficiente de revisión como sistema adecuado para la actualización de precios. No obstante, y como ya se ha venido advirtiendo, la utilización de ese coeficiente debe ser llevada a cabo mediante determinadas correcciones cuando se apliquen al contrato las nuevas fórmulas del Real Decreto 1359/2011.

los precios reales de mercado sino una mera aproximación a los mismos; eso sí, basada en índices oficiales. Sin embargo, cuando se trate de reclamaciones por mayores costes en contratos con derecho a la revisión de precios, resultará necesario compatibilizar el importe de dicha revisión con el relativo a la actualización del precio, introduciendo modulaciones en la aplicación del coeficiente, de lo cual se tratará más adelante, aunque queda advertido ya desde ahora.

No obstante, han de tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales para admitir como válido ese posible “*decalage*”. En primer lugar que la actualización (como se ha expuesto) no es más que una consecuencia para resarcir los perjuicios que haya podido ocasionar la suspensión/dilación del contrato (ex artículo 220.2 del TRLCSP o con otro fundamento como ya se ha dicho) o el alargamiento excesivo de su plazo, debido a lo cual cabe admitir cálculos “*razonables*” de los mismos cuando no puedan ser determinados de otra forma. Y en segundo término, que la aplicación de coeficientes provisionales también tiene lugar en las revisiones de precios por lo que, teniendo en cuenta el paralelo existente entre ambas figuras (en sus fundamentos jurídicos básicos aunque difieran en la causa que justifica su aplicación), su utilización para el cálculo de la actualización de precios debería ser admitida.

Dicho lo anterior, entramos en el verdadero “núcleo” de la cuestión porque, como ya ha sido advertido, la aplicación del coeficiente K de revisión ha de llevarse a cabo sin ninguna de las restricciones propias de la revisión de precios. Esto es; no se computarán los “*umbrales*” del año y del 20 % del presupuesto, pero tampoco la eliminación de la mano de obra porque, insistimos, tales umbrales o restricciones tan solo operan en la aplicación de las fórmulas en una revisión de precios en sentido estricto.³⁶ Como quiera que ahora se trata de actualizar el precio o los precios, para adecuarlos a la realidad (el contexto económico en el que se desenvuelve el contrato) carece de sentido eliminar componentes esenciales a dicha adecuación (como pueda ser la mano de obra). Tan sólo subsistirá el elemento fijo, dado que forma parte de todas las fórmulas de revisión de precios, manteniendo todos los restantes, lo cual resultaría correcto en contratos con fórmulas de revisión antiguas (dado

³⁶ Naturalmente, dejando ya aparte la referencia al umbral del año para determinar, de forma objetiva (tal y como ha sido expuesto anteriormente) la existencia, o no, de un plazo “excesivamente” prolongado de la suspensión/dilación en los contratos.

que se sigue contemplando en las mismas el sumando relativo a las oscilaciones de la mano de obra).

Sin embargo, aquí es donde comienza el problema puesto que en las nuevas fórmulas (a partir del Real Decreto 1359/2011 de 7 de octubre) suceden dos cosas importantes que han de ser tenidas en cuenta:

-En primer lugar, que el sumando fijo es muy superior al anterior 0,15 que reflejaban las fórmulas del Decreto 3650/1970 (debido, entendemos, a la supresión de la mano de obra de las mismas).

- En segundo término, que ya no existe sumando alguno para las oscilaciones de la mano de obra.

En consecuencia, y habida cuenta de que la actualización de precios no tiene por qué estar sometida a las restricciones de la revisión, lo más correcto consistiría en adicionar el coeficiente K de las nuevas fórmulas de revisión con otro coeficiente en el que se reflejen las oscilaciones de la mano de obra (o, por mejor decir, “*ajustar*” el coeficiente K de la revisión de precios). De este modo, la actualización del precio habría de llevarse a cabo mediante la aplicación de un coeficiente único para todos los precios, pero compuesto de dos sumandos: el correspondiente oficialmente a la revisión de precios (coeficiente K) más el resultante de las oscilaciones de la mano de obra (coeficiente H). Este último coeficiente, sigue siendo oficialmente publicado, al menos hasta la última Orden HAP/1868/2015, de 10 de septiembre, con lo cual no sería objeto de ninguna clase de determinación subjetiva. Ello daría lugar a la aplicación de un coeficiente nuevo (que podríamos denominar como A para su identificación) y que respondería ya a las exigencias que demanda la naturaleza de la actualización de precios ($A = K + H$). Sin embargo, semejante suma de coeficientes no ha de ser aplicada como tal ya que daría lugar un coeficiente A muy superior a 1, motivo por el cual, y sin perjuicio de utilizar cualquier otro sistema similar, cabría proceder de la siguiente forma:³⁷

-Partir del sumando fijo de las nuevas fórmulas (que ya no es el mismo para todas ellas).

-Deducir de este sumando fijo el 0,15 que se establecía en las fórmulas anteriores con carácter general.

³⁷ Evidentemente si se trata de contratos a los que les resultan aplicables las antiguas fórmulas no será necesario realizar ninguna clase de ajuste en las mismas puesto que todas ellas ya llevan incorporado el sumando relativo a la mano de obra.

-Tomar el sumando resultante como referencia para multiplicar por el mismo la oscilación de la mano de obra (entendiendo que los nuevos sumandos fijos son el resultado de absorber tanto el antiguo sumando fijo del 0,15 como el correspondiente, en cada fórmula, a la mano de obra).

El resultado de todas estas operaciones será un nuevo coeficiente K (que es lo que puede denominarse como coeficiente A) en donde quedará reflejado un solo sumando fijo del 0,15 y un sumando variable que reflejará las oscilaciones de la mano de obra). Es decir, tomando como referencia la nueva fórmula 111 (Estructuras de hormigón armado y pretensado), el sumando fijo de la misma es de 0,35. Deduciendo el 0,15 que era el antiguo sumando fijo, quedaría un 0,20 que, al ser introducido en la correspondiente fórmula, reflejaría el porcentaje en el que han de ser tenidas en cuenta las oscilaciones de la mano de obra, llegando así al ajuste del coeficiente K (transformado ya en coeficiente A de actualización) en donde se tiene en cuenta este parámetro (oscilaciones de precio en la mano de obra). De este modo dichas oscilaciones no alterarían el polinomio más que en la parte relativa a las mismas porque lo que se añade por el concepto relativo a la mano de obra se resta del sumando fijo.

Entiendo, y advierto nuevamente, que cualquier otra solución que conduzca al mismo resultado podrá ser igualmente válida.

Queda, no obstante, por analizar, qué subíndices han de ser tomados en consideración para determinar lo que hemos denominado como coeficiente A, puesto que caben varias opciones, especialmente teniendo en cuenta que la actualización se encuentra vinculada a una ejecución anormal del contrato. En consecuencia, y como se verá seguidamente, el plazo inicialmente fijado para el contrato no debe ser tenido en cuenta para calcular el importe de la actualización de precios. De ello nos ocuparemos en el apartado que sigue.

6. Base para determinar el importe de la actualización mediante la aplicación del coeficiente de revisión de precios

En los apartados que preceden se han analizado ya casi todos los aspectos que requiere la determinación del importe de la actualización de precios (aplicación de un coeficiente único –que se ha denominado como A– que debería ser el de la revisión eliminando los umbrales y límites legalmente impuestos a la misma, mediante el ajuste del coeficiente K en la forma antes indicada (mediante la introducción en la correspondiente fórmula de las oscilaciones de la mano de obra), pero como ha quedado apuntado, ha de

analizarse, también, la forma en que tal coeficiente ha de ser aplicado. Cabe recordar, al efecto, que el supuesto tomado como referencia es un contrato de obra (con derecho a la revisión de precios) cuyo plazo de duración se ha alargado “*anormalmente*” –ya se ha tratado acerca de la determinación de este concepto difuso– por causas exclusivamente imputables a la Administración.

Ha de recordarse, también, que el fundamento último de la actualización y la revisión de precios viene a ser el mismo, pero la causa que justifica una y otra figura es completamente diferente, lo cual se plasma en las siguientes premisas:

-Tanto la revisión como la actualización tienen como finalidad la adecuación del precio al contexto económico en el que se va a desarrollar o se ha desarrollado el contrato (en el primer caso una adecuación parcial, en situaciones de ejecución normal del mismo, y en el segundo una adecuación total, en situaciones de ejecución anormal por causa imputable a la Administración).

-No debe tener lugar la superposición de estas dos “adecuaciones” del precio, porque ello daría lugar a un enriquecimiento injusto del contratista.

La conclusión que se extrae de las premisas expuestas conduce a una solución clara: la actualización sólo puede venir referida al exceso de plazo sobre el inicialmente pactado y no a todo el plazo real. Consiguientemente, los subíndices cero (determinantes del “*dies a quo*”) deben venir referidos al día siguiente a la finalización del plazo inicial y los subíndices “t” (“*dies ad quem*”) a la fecha de terminación real del contrato. Es decir, para un contrato adjudicado a comienzos de 2010 por plazo de 36 meses (debería haber finalizado a finales de 2013) pero cuyo plazo se ha dilatado hasta finales de 2015, el “*dies a quo*” a efectos de la actualización, estaría situado al terminar el plazo inicial (finales de 2013) y hasta la terminación real de las obras.

Podría objetarse, frente a lo anterior, que los subíndices “t” deberían ser diferentes y venir referidos al momento en el que se ha ejecutado gradualmente la obra (por períodos mensuales). Sin embargo, entiendo que con ello se alteraría la regla del coeficiente único, motivo por el cual –y a diferencia de lo que sucede en la revisión de precios- deberá aplicarse el mismo subíndice “t” a la totalidad de la base de la actualización (importe de las obras realizadas en el período de “*alargamiento*” anormal del contrato).

Finalmente, también ha de advertirse acerca de problema que pueden presentar los Modificados cuando lleven incorporada una prórroga del plazo, ya que, en tal caso, surgen dudas acerca del plazo que debe ser computado a

efectos de la determinación del “*dies a quo*” (o subíndice cero) en la actualización. Haciendo indicación expresa de que el tema presenta muchas más aristas (dada la diversidad de supuestos que pueden presentarse), me limito a sugerir que se vuelva a tener en cuenta –como criterio general- el binomio “*normalidad/anormalidad*” aplicado a estos casos. Esto es, si el Modificado obedece a una situación de “*anormalidad*” creada por la propia Administración (defectos u omisiones del Proyecto) la prórroga que genere el mismo deberá imputarse al período de alargamiento anormal del contrato (formando parte de la base de la misma conforme a lo expuesto). Insisto en que el tema de los Modificados ofrece una problemática bastante compleja –de cara a la actualización de precios- que no puede ser abordada aquí, por lo que me limito a dejar apuntado lo anterior.

7. Compatibilidad de la actualización con la revisión de precios: problemas que plantea

No pretende ocultarse que la sentencia reciente que se ha citado más atrás sobre la actualización de precios en contratos con las obras ya ejecutadas (STSJ de Asturias, núm. 619/2013 de 3 junio) viene referida a un contrato sin derecho a la revisión de precios. Como consecuencia de ello la actualización que se reconoce (como daño causado por la excesiva dilación en la ejecución de las obras) viene a ser una revisión del precio con la sustancial diferencia de que no se aplican los umbrales y limitaciones legalmente establecidas para la revisión de precios. Por tanto, ningún problema plantean este tipo de contratos de cara a una eventual superposición de ambas instituciones por la sencilla razón de que no existe superposición alguna (o se reconoce el derecho a la actualización o el derecho a la revisión de precios, según lo que haya reclamado el contratista, pero no las dos cosas a la vez).

La cuestión surge en los contratos de obra con derecho a la revisión de precios cuando ya se ha aplicado la revisión (ya sea en certificaciones ordinarias o en la Certificación Final) porque, entonces, debe evitarse que la actualización de precios suponga una doble medida compensatoria. Aquí sí que resulta especialmente pertinente precisar que todo cuanto se dirá al respecto viene referido a contratos anteriores a las modificaciones llevadas a cabo en el TRLCSP por la Ley 2/2015 (de desindexación de la economía española). Las modificaciones introducida por la mencionada reforma trastocan tanto las bases del problema que ahora nos ocupa (especialmente la convivencia entre la actualización y la revisión de precios), debido a lo cual resultará necesario “*reajustar*” todo cuanto aquí se ha apuntado. Tiempo habrá

para ello, aunque conviene ir ya pensando en las nuevas bases normativas de referencia antes de que se plantee el problema.

Pues bien, y volviendo al tema que ahora se está analizando, en estos supuestos, la revisión de precios habrá sido llevada a cabo con sometimiento a los límites y umbrales marcados por la norma sustantiva de fondo (que no merece la pena volver a reiterar ahora). En cualquier caso, la revisión de precios habrá tomado en consideración los subíndices cero con referencia al momento de adjudicación del contrato (o fecha final de presentación de las ofertas en el sistema del TRLCAP) pero no reflejará una adecuación total a los precios de mercado debido a la imposición de los mencionados límites y umbrales. Y es que, la aplicación de la revisión de precios –esto es importante destacarlo– habrá reajustado algo el precio del contrato al contexto económico en el que se desenvuelve el mismo. Reajuste parcial que deberá ser tenido en cuenta al reclamar y aplicar la actualización del precio o de los precios de ese contrato.

La forma más sencilla y lógica de evitar la superposición de estos dos reajustes del precio (el parcial de la revisión y el correspondiente a la actualización) consistirá en descontar del importe de la actualización –calculada ya en la forma indicada en los apartados anteriores– el importe correspondiente a la revisión de precios. De este modo, la actualización del precio del contrato se habrá llevado a cabo de dos formas diferentes: durante el plazo correspondiente a la fecha inicialmente fijada (período normal del contrato) mediante la revisión de precios (con las limitaciones propias de tal figura) y durante el plazo que exceda de aquél mediante la actualización (sin otras limitaciones que las ya indicadas respecto a la base a tener en cuenta).

El hecho de que se deduzca el importe de la revisión de precios del resultante de la actualización, evitará el efecto de una superposición entre ambas y, aun así – no es descartable la aplicación de cualquier otro sistema que tenga en cuenta y evite esta superposición- por lo que también dejo abierta la cuestión.³⁸

³⁸ Quizás, también podría resultar admisible aplicar un coeficiente único (por diferencias entre el relativo a la actualización y el correspondiente a la revisión de precios), pero esto resulta demasiado complejo, lo que excusa el desarrollo de este posible sistema que, no obstante, dejo apuntado.

8. CONCLUSIONES

No es mi intención volver a resumir todo lo escrito anteriormente (lo dicho, dicho está) sino realizar aquí dos tipos de consideraciones. La primera de ellas viene referida al conjunto de problemas que se plantean respecto de la actualización de precios, en los contratos ya celebrados y con las obras ya ejecutadas. Este ha sido el supuesto general bajo el cual se han expuesto toda una serie de cuestiones, mejor o peor resueltas, dejando en muchos casos cabos sueltos sin atar. Porque en materia de contratos administrativos, la práctica demuestra que rara vez pueden predicarse soluciones generales ante un mismo tipo de problema, dado que cada contrato habrá tenido un desarrollo diferente que obligará a adaptar a ese contrato cualquier clase de regla general. Eso sí, quiero destacar ahora la enorme importancia que tiene no dejar consentidas determinadas actuaciones de la Administración, porque si no se realizan las salvedades correspondientes (en los diversos documentos que se presentan a la firma y conformidad del contratista) cualquier reclamación, por mucha razón de fondo que le asista a quien la formula, estará destinada al fracaso.

Ciertamente, el mundo de la contratación administrativa es proteico y apasionante a la vez, lo que dota a esta parcela del Derecho de un atractivo especial porque el mayor conocimiento no se encuentra en los libros (muy escasos, por otra parte) y ni siquiera en las normas, sino en el seguimiento, día a día, de lo que sucede en el ese mundo real y, a la vez, cerrado que es la contratación pública. Es ahí donde he aprendido lo que sé (confieso que más de los Ingenieros que de los juristas) y desde donde ha surgido la idea de escribir este artículo porque la posibilidad de aplicar la actualización de precios, puede abrir nuevas puertas allí donde la Administración las cierra. Con ello entro en el segundo bloque de cuestiones que ahora quisiera destacar que viene referido a las modificaciones introducidas por la Ley 2/2015 (de desindexación de la economía española).

La nueva reforma extiende el umbral temporal exento de revisión (que pasa a ser de dos años) bajo la excusa, general para toda la Ley 2/2015, de que eso beneficia al conjunto de la economía española (ver Exposición de Motivos). Excusa que no es cierta, al menos en materia de contratos públicos, porque el tremendo desfase entre el precio pactado y el real de mercado que han producido los mal denominados “*reajustes de anualidades*”, entre otras técnicas dilatorias, no beneficia a la economía española, seamos claros, sino exclusivamente a la Contabilidad Pública. Esto mismo puede decirse, en

conjunto, de la reforma llevada a cabo por la nueva Ley 2/2015 (beneficia tan solo a la Contabilidad Pública) en materia de revisión de precios porque resulta muy poco comprensible que las Bases de Precios de las que toman las Administraciones Públicas los datos para la confección de presupuestos en los contratos, se encuentran completamente desfasadas. Valga como simple “*botón de muestra*” la Base de Precios del ADIF-AV que sigue siendo la elaborada en 2011 y que se aplica, de forma indiscriminada a todos los contratos de obra que celebra este Organismo cualquiera que sea la fecha de su adjudicación.

Evidentemente, ha quedado ya muy lejos el concepto de “*contratista colaborador*”, en el sentido que otorgaba M. Waline a esta expresión,³⁹ porque hoy por hoy, Administración y contratista se encuentran constantemente enfrentados. Desde la Administración se ponen trabas (en los modificados y muy especialmente en las prórrogas por reajuste de anualidades) llegándose incluso a forzar la conformidad por escrito del contratista lo que, sin ambages, podría calificarse como auténticos abusos de su posición preminente en el contrato. De igual modo se producen, en casi todos los contratos de obra, órdenes verbales del correspondiente Director Facultativo que luego no pueden ser objeto de prueba.

A todo ello contribuyen, además, dos factores que juegan a favor de las Administraciones Públicas. En primer lugar, la doctrina de los Tribunales, cada vez más exigente con el contratista, quien llega a ser presentado (no es infrecuente) como “*empresa ávida de lucro*”, como si el lucro no fuese una finalidad propia y legítima de toda empresa mercantil, dando por supuesto, además, que toda actuación administrativa persigue el “*interés público*”, vaciando así de contenido real el auténtico significado de esta expresión. En segundo término, las crecientes reformas introducidas por el legislador que, con la finalidad real de ocultar sus propias carencias, agrava el marco normativo en el que tienen que desenvolverse los contratos administrativos, muestra palpable de lo cual es la reciente reforma del TRLCSP llevada a cabo por la Ley 2/2015.

³⁹ Expresión que también es recogida por nuestra jurisprudencia, como pueda ser el caso de la STS de 15 de junio de 1972 que se expresa en los siguientes términos: “en la más moderna concepción del contrato administrativo el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos a los de la Administración, para convertirse en un colaborador voluntario de la misma, aunque desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos, en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato tipo”.

El resultado de esta situación de enfrentamiento, ya abierto, entre las Administraciones Públicas y los contratistas es la necesidad de “reinventar” nuevas técnicas y reglas de juego entre ambas partes, a lo cual puede contribuir, sin duda, el renacimiento de una institución olvidada (en una especie de “ritornello” como decía Vico) como es la actualización de los precios que ha sido tratada en el presente artículo. Porque, en el fondo, actualmente, se está jugando una especie de partida de ajedrez entre la Administración y los contratistas, en la que cada una de las partes tiene que prever la mejor jugada por parte de la otra, procurando anticiparse, con esta estrategia (más propia de la teoría de los juegos) a un final de partida ganador.

En definitiva, se esté, o no, de acuerdo con el análisis que se ha hecho de esta figura, solo resta añadir, utilizando la expresión al uso, que solamente es mi opinión sometida a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

9. BIBLIOGRAFÍA

JURISTO, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983.

MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1979.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Civitas, Madrid, 2004.

DETALLES DE CONTACTO

ARIÑO Y VILLAR, ABOGADOS, S.L.P.

Calle Serrano, 6. 5º, 3.
28001 Madrid

José Luis Villar Ezcurra
Socio Director
T: +34 915779289
jlvillar@arinoyvillar.com

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico de este despacho.

© **ARIÑO Y VILLAR ABOGADOS, S.L.P.** Queda permitida la reproducción total o parcial del contenido de este documento siempre que vaya a ser destinado a fines no comerciales y que sea citada la autoría del mismo.