



APUNTES CRÍTICOS SOBRE
ALGUNOS ASPECTOS DE LA
NUEVA LEY DE CONTRATOS
DEL SECTOR PÚBLICO

ARIÑO Y VILLAR
Abogados

SUMARIO

I.	LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR Y TRIBUNALES LOCALES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN	2
II.	LOS MODIFICADOS EN EL CONTRATO DE OBRAS	3
III.	INDEMNIZACIÓN EN CASOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO EN LA NUEVA LCSP: UNA REGULACIÓN NECESITADA DE ACLARACIONES	12
IV.	LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LA NUEVA LCSP	16
V.	APUNTES CRITICOS SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA NUEVA LCSP	24

APUNTES CRITICOS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA
 PROFESOR TITULAR DE Dº ADMINISTRATIVO DE LA UCM
 SOCIO DIRECTOR DE ARIÑO Y VILLAR, ABOGADOS

PREÁMBULO

Se recogen aquí, de forma recopilada, una serie de post y artículos publicados en LinkedIn (que pueden encontrarse también el Blog del Despacho Ariño y Villar, Abogados) en torno a diversos aspectos de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas redactados por el Profesor Villar Ezcurra (socio Director de la Firma). Lo que tienen en común todos estos post y artículos -salvo el primero de ellos- es el hecho de incidir en la fase de ejecución del contrato, poco analizada y necesitada, también, de mayor estudio porque las cosas no son realmente como aparentan ser.

Como se pone de manifiesto en el primero de estos artículos, el legislador de la nueva LCSP ha sido manifiestamente torpe y confuso, alumbrando como fruto de esta incapacidad una Ley excesivamente

prolija (en otros países de la UE han bastado poco más de 100 artículos para plasmar las nuevas Directivas) que, lejos de facilitar y relanzar la contratación pública, la llena de incertidumbre y nuevos conceptos de significación difusa.

Si el Derecho tiende a garantizar la seguridad jurídica y la certidumbre, la nueva LCSP es una muestra clara de todo lo contrario, lo cual es arrojar piedras contra el propio tejado ya que esta falta de seguridad e incertidumbre afecta tanto a los contratistas como a las Administraciones públicas, y todo ello en detrimento de nuestra economía. Esta crítica hacia la nueva ley es una constante en cada uno de los temas que se abordan seguidamente y que esperamos sean de utilidad para las Empresas constructoras.

I. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR Y TRIBUNALES LOCALES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN

Como se ha dicho, mucho se está escribiendo y hablando sobre la nueva LCSP, pero poco se profundiza en los múltiples defectos de los que adolece, tanto en lo que concierne a la fase de adjudicación del contrato (los denominados actos separables) como a la de su ejecución y extinción. Leo y veo anunciados gran cantidad de seminarios y libros sobre esta Ley pero en muy pocos de ellos se tratan los temas con la profundidad suficiente, limitándose, las más de las veces, a repetir lo que, de forma ciertamente enrevesada, dicen los numerosos preceptos de la nueva Ley. Se detectan mal los verdaderos problemas que plantea y cuando se detectan es raro que se resuelvan de forma adecuada.

No es este, sin embargo, lugar ni el momento para entrar en el detalle ni para ser exhaustivo, motivo por el cual me limitaré a comentar dos

aspectos de la fase de adjudicación del contrato que han llamado poderosamente mi atención. Estos aspectos son la legitimación "abierta" para interponer recurso especial (artículo 48) y la previsión de Tribunales Especiales de contratación en el ámbito local (artículo 46.4).

Respecto al primero de los temas indicados (la legitimación "abierta") supongo que el legislador ha partido de la falsa idea de que cuantos más filtros en fase de adjudicación, mayores garantías de imparcialidad y transparencia, Falsa idea porque ni esto es siempre así (la cantidad de filtros no garantiza, por sí misma nada en esta materia), ni ha tenido en cuenta el pernicioso efecto que puede tener lugar como consecuencia de una legitimación abierta (cualquier empresa

del sector puede recurrir haya tomado parte o no en la licitación)¹.

A mi juicio, una adjudicación de contrato sujeta a posibles recursos, con la legitimación que ahora se reconoce, va a dar lugar a verdaderas “batallas” entre contratistas rivales, haciendo perder su finalidad legítima a esta clase de recursos. Serán utilizados como “armas arrojadas” contra las empresas en competencia, más que como sistema para garantizar la conformidad a Derecho en la adjudicación de los contratos.

Afectará, además a la propia adjudicación, que será “en falso”, al hacer pechar al adjudicatario con un claro factor de incertidumbre acerca de su continuidad en el contrato. Si tenemos en cuenta que, aún en el caso de que todos los recursos sean desestimados por el correspondiente Tribunal especial, queda una larga vía en lo contencioso puede darse el caso de contratos que sigan estando “*sub iudice*” cuando ya han concluido o que resulten anulados cuando haya transcurrido una parte importante de los mismos (no es absurdo pensar en un lapso de cinco años o más hasta sentencia firme) como es el caso de los concesionales. La ausencia de seguridad jurídica estará servida, sin que eso añada mayores garantías a la contratación pública ya que el hecho de ampliar

la legitimación de quien puede acudir al recurso especial no añade nada a lo ya existente permitiendo que se utilice con finalidad espuria por quienes, ni siquiera han tomado parte en la licitación. Y si no, al tiempo...

Por cuanto se refiere al incremento de los Tribunales Especiales de Contratación (añadiendo los de ámbito local), simplemente me pregunto de dónde van a salir tantos vocales, supuestamente expertos en contratación. Porque la contratación pública es algo tremendamente difícil de aprender, ya que ni las normas cuentan todo ni toda su problemática real sale a la luz y solo puede ser aprendida tras largos años dedicados a esta especialidad. Personalmente, confieso llevar más de treinta años enseñando y ejerciendo la abogacía en materia de contratos públicos y reconozco tener aún muchas lagunas. Y si a la mala calidad de la norma (me refiero a la nueva LCSP) unimos una escasa formación de quienes tienen que juzgar su aplicación el panorama no resulta demasiado halagüeño.

Evidentemente, se podrá estar en desacuerdo con lo que ahora critico (referido a los recursos especiales), pero esta es mi opinión que, como siempre, someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho o más razonable.

II. LOS MODIFICADOS EN EL CONTRATO DE OBRAS

1. Preliminar

No creo que éste sea un artículo didáctico sino crítico tanto con el legislador europeo (porque de ahí viene la confusión) como con el nacional (porque no ha corregido esa confusión). La nueva regulación de los modificados es todo un ejemplo de cómo no debe legislarse puesto que la norma debe ofrecer claridad si una de sus misiones fundamentales es dar seguridad acerca

de lo que es conforme a Derecho y lo que no lo es.

Que nadie busque, por tanto, en las líneas que siguen una respuesta clara ante la pregunta ¿cuándo es posible modificar un contrato administrativo de obras? Antes bien, surgirán más dudas aún de las que se desprenderían de una primera lectura del precepto que regula este tema (el artículo 205 de la Ley 9/2017) ya que este es un trabajo que busca agitar antes que

¹ El texto de este precepto es el siguiente:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o

decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

tranquilizar. Por ello nada más adecuado que las palabras de Miguel de Unamuno (“Mi religión”), ya que difícilmente puede ser mejor transmitido el mensaje que pretendo:

“Y como el hombre es terco y no suele enterarse y acostumbra después que se le ha sermoneado cuatro horas a volver a las andadas, los preguntones, si leen esto, volverán a preguntarme: “Bueno; pero ¿qué soluciones traes?” Y yo, para concluir, les diré que, si quieren soluciones, acudan a la tienda de enfrente, porque en la mía no se vende semejante artículo. Mi empeño ha sido, es y será que los que me lean piensen y mediten en las cosas fundamentales, y no ha sido nunca el darles pensamientos hechos. Yo he buscado siempre agitar, y, a lo sumo, sugerir, más que instruir. Si yo vendo pan, no es pan, sino levadura o fermento”.

2. Consideraciones generales

Para tener una idea cabal de lo que puede llegar a ser la ausencia de claridad, me parece oportuno instar a la lectura del tenor literal del extenso artículo 205 de la nueva ley, que es el siguiente (todo un ejemplo de legislación apresurada y por ello mismo imprecisa y generadora de incertidumbre, como se puede apreciar):²

Artículo 205. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando ésta cumpla todos los

requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario *añadir obras*, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que *no exceda*, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, *del 50 por ciento de su precio inicial*, IVA excluido.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de *circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato*, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1º Que la necesidad de la modificación se derive de *circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever*.

2º Que la modificación *no altere la naturaleza global del contrato*.

3º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que *no exceda*, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, *del 50 por ciento de su precio inicial*, IVA excluido.

c) Cuando las *modificaciones no sean sustanciales*. En este caso se tendrá que

² Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo,

2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre de 2017).

justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se

introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

La mera lectura del precepto descoloca completamente a cualquiera (simple lector o jurista) por cuanto es muy confusa en su redacción y redundante en los diferentes supuestos que contempla. Por consiguiente, lo primero que se impone es una disección de estos supuestos (ahora nos interesan las modificaciones no previstas de los contratos de obras). Una disección para la que se pueden tomar, como punto de partida las dos perspectivas más obvias como son: i) el supuesto que permite la modificación y ii) el límite máximo de modificación para cada supuesto³.

³ Tampoco está de más transcribir aquí el artículo 72 de la Directiva 24/2017/UE cuyo texto es el siguiente, en lo que concierne a lo que ahora interesa (modificados de contratos de obra no previstos en los Pliegos). Como puede comprobarse, el precepto es igual o más complicado de entender que el artículo que ahora comentamos, utilizando conceptos difusos que no se definen en ninguna parte (como pueda ser el de “alterar la naturaleza global del contrato” como algo diferente a la alteración sustancial del mismo). El texto de este precepto de la Directiva es el siguiente:

Artículo 72

Modificación de los contratos durante su vigencia

1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación

de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;

b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista.

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

Pues bien, comenzando por esto último, cabe observar cómo se utilizan en la norma *dos tipos de porcentajes máximos* (en relación con los contratos de obra): el 50 % del precio inicial y el 15% del mismo, si bien introduciendo, en este caso una limitación cualitativa/cuantitativa en donde se vuelve a mencionar el 50% (pero no referido al precio, sino a las nuevas unidades de obra que se introduzcan en el contrato). Algo muy similar al antiguo límite del 30% de

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,

ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,

iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

d) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),

ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71;

e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4.

Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.

2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación de

alteración de las unidades de obra de los contratos para determinar cuándo se producía una alteración sustancial de los mismos⁴.

3. Supuestos que permiten la modificación del contrato

Hasta lo expuesto no se aprecian dificultades interpretativas especiales que comienzan cuando se analizan los diferentes supuestos

conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

i) los umbrales indicados en el artículo 4, y

ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

4. Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).

5. Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2. ES 28.3.2014 Diario Oficial de la Unión Europea L 94/137.

⁴ En el artículo 150 del TRLCAP se consideraba como modificación sustancial del contrato la que afectase a la *sustitución de unidades de obra que afecten, al menos al 30% del precio primitivo del contrato*.

que permiten la modificación de los contratos (en los apartados a, b y c del punto 2 del precepto). Estos supuestos son los siguientes:⁵

- *Añadir obras* sobre las inicialmente previstas ("Cuando deviniera necesario añadir obras" dice el apartado a), lo cual equivale a los antiguos Complementarios –como contratos diferenciados– que desaparecen para integrarse ahora en los modificados. Este supuesto será denominado en lo sucesivo como "*Adición de obras*", aunque, como se verá más adelante, no coincide exactamente con el concepto de contrato complementario. Por otra parte, carecen de causa específica que legitime o permita este tipo de modificados, lo que complica bastante las cosas.
- Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de *circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles* en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato. Es el supuesto contemplado en el apartado b) que denominaremos como modificados por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles o, más abreviadamente, "*Circunstancias imprevisibles*". Este es el único caso en donde el supuesto contemplado por la norma puede ser considerado como causa del modificado.
- Cuando las modificaciones no sean sustanciales (apartado c), de lo cual se infiere que el caso anterior admite la posibilidad de modificaciones sustanciales del contrato (de otro modo este apartado no tendría sentido). Abreviadamente se denominará este supuesto como "*Modificaciones no sustanciales*" y tampoco se expresa la causa específica que puede dar lugar a esta clase de modificaciones.

Aunando ahora los dos criterios expuestos, el resultado es el que sigue:

- Los modificados por "*Adición de obras*" tienen un límite del 50% del precio del contrato (es decir, el mismo umbral cuantitativo que los antiguos adicionales, con las cautelas ya anunciadas)⁶.
- Los modificados por "*Circunstancias imprevisibles*" tienen también un límite del 50% del precio del contrato primitivo, y
- Finalmente, las "*Modificaciones no sustanciales*" tienen el límite en el 15 % del contrato primitivo (para los contratos de obra). Límite que hace que la modificación "*amplíe de forma importante el ámbito del contrato*" con lo cual ya tenemos, al

⁵ Se advierte que el apartado 242.4 permite alterar hasta un 10 por 100 en mediciones (respecto del precio inicial del contrato) y un 3 por 100 para nuevas unidades de obra, sin de Modificado.

menos, un nuevo concepto (el de la ampliación del ámbito del contrato) ya definido.

Sucede, no obstante, que el precepto establece requisitos específicos para cada tipo de modificación (además de los límites cuantitativos señalados) y aquí es donde comienza a complicarse el asunto, especialmente con los relativos a los dos últimos supuestos. Y ello debido a que, aparentemente, *los condicionamientos para las modificaciones no sustanciales (que sólo pueden llegar al 15%) son superiores a los que se exigen para las modificaciones por circunstancias imprevisibles que pueden llegar hasta el 50%*. Ciertamente es que todo ello viene así diseñado en la propia Directiva que se traspone, pero no deja por ello de ser criticable que se admita un límite cuantitativo mayor para modificaciones esenciales del contrato (50%) que para las que no lo son (15%) y que los requisitos a cumplir por estas últimas resulten mayores que los relativos a modificaciones esenciales del contrato. Dicho esto, que parece un "*trabalenguas*", veamos estos requisitos en cada uno de los diferentes tipos de modificaciones no sin antes volver a insistir en la confusión del legislador entre las causas que pueden dar lugar a un modificado (solamente se explicita en el caso de la imprevisión) de las consecuencias o efectos de aquéllas causas (la adición de prestaciones u obra es un mero efecto y no una causa en sí misma). Sobre esto volveremos a insistir en el siguiente apartado porque da lugar a unas consecuencias ciertamente interesantes.

4. Requisitos para los diferentes supuestos que permiten la modificación del contrato

4.1 Modificaciones por adición de obras

El apartado a) menciona los siguientes requisitos para este nuevo tipo de modificados que, recordemos, viene a sustituir a los antiguos Complementarios:

1. Que *el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico*, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras (servicios o suministros) con características técnicas

⁶ Entre otras cosas, cabe advertir que al ser los Adicionales contratos independientes del principal podían admitir, a su vez, modificados, lo cual ampliaba sus posibilidades.

diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista. Debido a que este tipo de modificados vienen a sustituir a los denominados contratos Complementarios, han de entenderse aplicables a los mismos las exigencias requeridas por la normativa anterior para este tipo de contratos⁷.

2. Que la modificación del contrato implique *una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial*, IVA excluido. Esto es, simplemente, el mismo límite cuantitativo que ya se exigía para los contratos complementarios por lo que entiendo que no se presta a dudas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que todo modificado con saldo positivo implica un incremento de obra, resulta que prácticamente todos los demás supuestos son reconducibles a éste que ofrece la indudable ventaja de exigir unos requisitos tremendamente más fáciles de cumplir que las otras dos modalidades de modificados: no se exige que no exista alteración sustancial ni alteración de la *“naturaleza global”* del contrato y además permite llegar al límite máximo del 50 % del precio primitivo del contrato. O sea, todo un *“agujero”* por donde podrían entrar casi todos los modificados ahorrándose las molestias e inconvenientes que requieren los otros dos supuestos.

Porque ¿dónde está la causa que permite acudir a esta clase de modificados? Sencillamente, en ninguna parte... no existe. Basta con el mero hecho de que el contenido del modificado consista en *“adicionar”* obra para que pueda

acudirse al mismo al haberse suprimido lo característico de los contratos complementarios: la obra objeto de los mismos era de diferente naturaleza a la del contrato principal al que se encontraba ligada y debía ser *“complementaria”* del mismo. Tal era el caso de los caminos de acceso a la obra, desvíos provisionales y obras semejantes que no suponían incremento sobre la obra principal.

4.2. Modificaciones por circunstancias imprevisibles

Como ya ha sido anticipado, se trata del único supuesto de modificado para el cual se explicita la causa que provoca su necesidad, aunque tal causa se encuentra entre los requisitos que se imponen para que resulte admisible. En el apartado b) -que contempla esta clase de modificados- se exigen los siguientes requisitos:

1º) Que la necesidad de la modificación se derive de *circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever*. Este requisito forma parte de la denominada teoría de la imprevisión (o del *“riesgo imprevisible”*) que cuenta ya con bastante jurisprudencia al respecto magníficamente expuesta por Vázquez Matilla⁸ entre la que cabe destacar la ya vieja Sentencia del TS de 11 de abril de 1984 (RJ 1984, 1920) que define como causas imprevistas aquéllas que pudiendo haber sido tenidas en cuenta no lo fueron en la preparación o adjudicación del contrato. La sentencia del mismo tribunal de 16 de abril de 1984 determina que *«(...) el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los artículos 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese “ius variandi”, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato de sus Pliegos regidos por el principio “ne varietur”»*⁹.

⁷ Con ello nos referimos a la necesidad de que las nuevas obras no sean un mero incremento cuantitativo de las proyectadas sino adicionales y complementarias de la misma (como pueda ser el típico ejemplo de un camino de acceso para una Presa)

⁸ Vid. *“La modificación de los contratos públicos”* en Thomson Reuters (Aranzadi), 2015, pgs126 y sigs.

⁹ Llamo la atención acerca de la necesidad de diferenciar entre *“causas imprevistas”* y *“necesidades nuevas”*

trayendo a colación la doctrina del Consejo de Estado en la que se ha afirmado que si bien ambas causas (causas imprevistas y necesidades nuevas) hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, respecto de las causas imprevistas, basta la existencia de errores y omisiones, en tanto que, para las necesidades nuevas, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica

2º) Que la modificación *no altere la naturaleza global del contrato*. Aquí se encuentra, a mi juicio la verdadera “*crux iuris*” de este supuesto ya que el legislador utiliza una expresión nueva hasta el momento para hacer referencia a la posible alteración sustancial del contrato. A mi juicio, y teniendo en cuenta que en el supuesto siguiente se tratan de las modificaciones no sustanciales, forzosamente ahora se está dando por supuesto que sí tiene lugar este tipo de modificación (cuya delimitación se encuentra, precisamente, en el apartado siguiente del precepto). Dicho de otro modo, lo que ahora se exige es que no se altere la “*globalidad*” del contrato, lo que etimológicamente (a falta de otro criterio mejor) nos remite al tipo de obra que constituye el objeto del contrato en su conjunto. Esto es lo que se deduce, además, del artículo 204.2 en donde se utiliza la misma expresión y equiparándola a la “sustitución de las obras” (no a sustituciones “puntuales”) de alguna Unidad.

Por poner un ejemplo claro, lo que se quiere impedir con este requisito es que un determinado tipo de obra se transforme en otro; p. ej.: si se proyecta una carretera o línea de ferrocarril en superficie no se puede sustituir la traza de forma tal que se transforme un viaducto en un túnel. Evidentemente, el ejemplo expuesto es maximalista pero refleja adecuadamente la idea que parece tener el legislador al respecto. Es el objeto del contrato (en sus características básicas) lo que debe mantenerse inalterado ya que, de lo contrario, quedará alterada la “*naturaleza global*” del mismo¹⁰. No obstante, también cabría dar un alcance mucho más limitado a la expresión reconduciendo su sentido como pudiera ser la alteración del tipo de contrato pasando de un contrato de obra a un contrato mixto de obra y suministro (por poner algún ejemplo) o viceversa. Lo que no resulta admisible es equiparar esta nueva expresión a la alteración sustancial del contrato puesto que el propio

profesional. Sostiene que «*se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error y omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error y omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional*». A este respecto, pueden verse los Dictámenes del Consejo de Estado núm. 55586/1991, de 10 de enero de 1991 sobre «*Modificación contrato obra construcción edificio en C/ Serrano, 69*» de 14 de noviembre de 1991, núm. 1459/1991, de 19 de diciembre de 1991, sobre «*aprobación del gasto y modificación de contrato, debido a obras*» Reformado adicional a construcción comedor universitario en el Campus de la Universidad de

legislador (nacional y europeo) utiliza ambas expresiones como diferentes.

La incertidumbre que genera la nueva expresión, resulta tanto o más obvia cuando se pone en relación con el presupuesto y causa de esta clase de modificados (que es la teoría de la imprevisión) ya que una alteración como la indicada no puede ser el resultado de una imprevisión (al menos, dando por supuesta una mínima diligencia) sino de un *cambio de criterio*, lo cual es muy diferente. En suma, aquí se encuentra una de las mayores zonas de incertidumbre respecto de este tipo de modificados que deberá ser colmada conforme vaya aplicándose la nueva ley dando lugar a pronunciamientos judiciales y administrativos (Juntas Consultivas y Tribunales de Contratación) que definan el contenido de este requisito. Por el momento, lo que la norma deja claro es que las expresiones “*alteración sustancial*” y “*alteración global*” encierran supuestos diferentes ya que de otro modo el legislador habría utilizado una sola de ellas.

Por consiguiente, lo que se deja claro es que *en estos supuestos se permite la alteración sustancial del contrato*, a diferencia de lo que se exige para el supuesto siguiente, lo cual es absurdo a mi juicio, por cuanto la norma resulta ser más exigente para modificaciones que afectan al 50 % del importe del contrato que para las que tan solo tienen como límite el 15 % del mismo. Claro que en cualquiera de los dos casos –como ya se ha dicho– se podría acudir a los modificados por adición que no requieren acreditar la inexistencia de alteración sustancial o de alteración global del contrato.

3º) Que la modificación del contrato implique una *alteración en su cuantía que no exceda*, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, *del 50 por ciento de su precio inicial*, IVA excluido. Al tratarse de un límite

Palma de Mallorca, núm. 1580/1991 de 14 de noviembre de 1991, sobre «*Modificación contrato obras construcción Hospital Comarcal de Torrelavega (Cantabria)*». Todas estas citas están extraídas del libro de Vazquez Matilla antes citado, págs.126 y sigs.

¹⁰ Obvio es decir que lo expuesto es, por el momento, una simple sugerencia del sentido que puede ser otorgado a la expresión (inédita hasta el momento) de alteración de la “*naturaleza global*” del contrato y que cualquier otra que tenga sentido semiótico y jurídico resultará también admisible. Eso sí, deberá tratarse de lo que hasta el momento se entendía como modificación sustancial del contrato (es el presupuesto de partida de este caso) sin llegar a trasmutar el objeto del mismo (en esto debe radicar el límite de la inalterabilidad de la “*globalidad*” del contrato).

meramente cuantitativo entiendo que no debe prestarse a muchas dudas en su aplicación.

4.3. Modificaciones no sustanciales¹¹

Según establece el propio precepto, en este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. Una precisión que consideramos innecesaria, puesto que cualquier clase de modificación (especialmente, las del apartado antes expuesto) tiene que venir precedida de este tipo de justificación. Además y como ya se ha anticipado, se trata de otro supuesto que carece de “causa” específica ya que parece recoger todos aquellos otros casos no encuadrables en los supuestos anteriores.

El precepto sigue diciendo que *“una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio”*. Nuevamente estamos ante una precisión redundante y que puede inducir a confusión, ya que la denominada *“naturaleza materialmente diferente”* es justamente lo que caracteriza las modificaciones del apartado anterior en los términos que han sido expuestos.

No cabe pasar por alto lo absurdo que resulta someter modificaciones inferiores al 15 % del importe del contrato de obras a unas limitaciones muy superiores a las impuestas para modificaciones hasta el 50 % del mismo, ya que para estas últimas parece admitirse que puedan alterar sustancialmente el contrato (a menos que se otorgue un alcance superior al indicado a la alteración de su *“naturaleza global”* (sobre cuyo sentido nada dice el legislador).

¹¹ El título de esta clase de modificados deja claro (por si no lo estaba) que el supuesto anterior admite las alteraciones sustanciales del contrato, con las advertencias realizadas acerca de la expresión *“globalidad del contrato”* (que debe permanecer inalterada).

¹² La expresión del legislador (una o varias o *“se cumpla”* en lugar de *“incurra”*) es sintomático y expresivo de la precipitación con la cual se ha redactado esta Ley, claro ejemplo de la *“decadencia”* del legislador de nuestros días (me remito a Villar Palasí *“El ocaso del legislador”*).

Dicho queda lo anterior a los efectos pertinentes que tampoco se bien cuáles puedan ser...

En cualquier caso, una modificación *se considerará sustancial* cuando se cumpla una o varias (disyuntiva absurda porque, evidentemente, basta con que concurra alguna) de las condiciones siguientes:¹²

a) Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la *selección de candidatos distintos* de los seleccionados inicialmente o la *aceptación de una oferta distinta* a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. Esto nos remite al requisito ya exigido por el artículo 107 del TRLCSP y a la estrambótica doctrina (reconducible al puro subjetivismo) de la conocida sentencia del TJCE (Sala Sexta) Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA; Sentencia de 29 abril 2004 [TJCE\2004\125]¹³. Este apartado del precepto concluye en la siguiente forma: *“En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original”*. Al tratarse de un criterio completamente objetivo y fácilmente constatable (a diferencia del anterior), nada que decir al respecto¹⁴.

b) Que la modificación *altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista* de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. Otra novedad cuyo alcance se antoja bastante impreciso puesto que prácticamente todas las modificaciones del

¹³ Sobre la forma de objetivar este requisito me remito a mi artículo publicado en La Ley (Nº 8957 de 7 de abril) titulado *“Semiótica y Derecho: precisiones sobre la posible alteración de la licitación como condición para los modificados no previstos”*. Este artículo puede seguir consultándose en el siguiente enlace:

<https://www.arinoyvillar.com/single-post/2017/03/29/SEMIOTICA-Y-DERECHO>

¹⁴ En todo caso, de la redacción de este apartado (*“En todo caso...”*) cabe deducir que lo que sigue no agota los supuestos previstos en el párrafo anterior, relativo a la alteración de la licitación o de las posibles ofertas.

contrato de obras (a veces, también las de saldo “cero”) van a alterar, de una forma u otra el equilibrio contractual. Alteración que puede ser favorable o desfavorable para el contratista pero, a mi juicio, no debe entenderse incluida en esta causa cualquier clase de alteración que resulte favorable para el contratista ya que, en tal caso, únicamente serían posibles las modificaciones “*in peius*” lo cual resulta absurdo.

Quizás la clave para aplicar este supuesto pueda encontrarse en la presunción de que todo contrato resulta beneficioso para el contratista, teóricamente al menos, puesto que se le presume un 6% de beneficio industrial (así se reconoce en el artículo 131.1 del RGLCAP). Evidentemente, la realidad es muy otra y es posible que tanto el contratista y desde luego la Administración no sepan a ciencia cierta en el momento de la adjudicación del contrato. De hecho la Administración considera un determinado precio (denominado “*de licitación*”) con el beneficio industrial del contratista indicado, pero luego este precio es minorado por la baja de licitación. Entonces se debe seguir presuponiendo que el contratista obtendrá un beneficio, ya que en la oferta del mismo (esto es, la baja que realiza) se incluyen *unidades de obra favorables* a sus intereses (pueden salirle más baratas que lo previsto por la Administración) junto con *otras desfavorables* (le saldrán más caras que lo previsto) y es la conjunción de unas y otras lo que da como resultado el precio ofertado, en donde ha de presuponerse un beneficio.

Lo anterior muestra cómo en los contratos de obra (a diferencia de las concesiones de obra o de servicios) la Administración no puede conocer el punto de equilibrio sobre el cual se fija el precio del contrato, ya que éste depende de factores (el conjunto de unidades favorables y desfavorables) que sólo el contratista puede conocer. ¿Qué se deduce de esto? Sencillamente que *este apartado carece de sentido práctico*, puesto que en los contratos de obra no es posible conocer el denominado “*equilibrio económico*” al no existir ninguna clase de Plan Económico Financiero (como sucede en los contratos concesionales). No cabe, tampoco, acudir a soluciones simplistas como lo sería el hecho de “medir” el equilibrio por el incremento de obra, ya que puede suceder que el tipo de Unidades que se añadan pertenezcan a lo que hemos denominado “Unidades desfavorables” (el

contratista pierde dinero con ellas). Es decir, no es cierto que el mero incremento de obra implique, necesariamente, una mejora en la economía del contratista, teniendo en cuenta lo que acaba de decirse.

A la vista de lo expuesto, la conclusión debería ser completamente descorazonadora, al no encontrar (al menos por ahora) la forma de dar sentido coherente y real a este apartado. Sin embargo –y sin perjuicio de la doctrina que establezcan al respecto los tribunales, así como las Juntas Consultivas y Tribunales de Contratación- podría entenderse que la alteración del equilibrio económico del contrato en favor del contratista tan solo resulta aplicable a los casos previstos en el último párrafo de este apartado en donde se dice lo siguiente:

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, *se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.*

Con ello se identificaría esa ruptura del equilibrio económico en favor del contratista, con los casos de introducción de nuevas unidades de obra (por supuesto, con el límite cuantitativo del 15% que luego se verá) por un importe que representa más del 50% del presupuesto inicial del contrato. El mismo tipo de límite cualitativo que el establecido en el artículo 150 del TRLCAP pero ahora tomando como referencia el 50% en lugar del 30% del presupuesto del contrato. Este criterio es, al menos, completamente objetivo a diferencia de cualquier intento por encontrar el “*equilibrio económico*” en los contratos de obra, lo cual es absolutamente subjetivo. Sinceramente, no se me ocurre nada mejor, en este momento.

c) Que la modificación *amplíe de forma importante el ámbito del contrato.*

El precepto concluye con otro requisito en donde se incorporan dos expresiones imprecisas y difusas como son la ampliación “*de forma importante*” y el “*ámbito del contrato*”. Expresiones que, al igual que en el caso anterior, y para evitar caer en el puro subjetivismo, deben quedar circunscritas a los supuestos que seguidamente menciona el precepto, como son:

(i) Cuando el valor de la modificación suponga una *alteración en la cuantía del contrato que exceda,*

aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Y cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación *se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro*, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación. Este último supuesto, resulta obvio ya que no pueden coexistir dos contratos son el mismo objeto (aunque uno de ellos no se encuentre aún formalizado), motivo por el cual la modificación del ámbito del contrato invadiendo otro debe ser considerada como contraria a Derecho.

En suma, el “*ámbito del contrato*” acaba siendo identificado con la cuantía de la modificación (hasta el 15 %) o con la coincidencia de su objeto con la de otro contrato ya existente o simplemente en trámite.

Concluyo estos breves apuntes “*críticos*” sobre la modificación de los contratos de obra en la nueva Ley con parafraseando unas acertadas palabras de Villar Palasí (El ocaso de los legistas): no hay desde luego patrones

universales en tiempo y espacio para medir la calidad técnica de una norma, pero sí hay criterios que permiten la calificación de la misma como pueda ser un inexacto conocimiento de la realidad normada, regulando supuestos que no aparecen de hecho y dejando sin normar los que sí aparecen. Nuestro legislador –añado yo– es como una especie de Zeus, de cuya cabeza no salen dioses sino ideas absurdas a borbotones y no como Mozart de cuya cabeza salían las más bellas armonías jamás concebidas.

Dicho de otro modo y más sintéticamente, el legislador español se ha limitado a “*copiar*” la Directiva europea y además lo ha hecho mal, dejando excesivas zonas de incertidumbre que debía y podría haber definido objetivamente (este es el caso claro de los modificados por adición de obra). Debido a ello, me reservo el derecho a cambiar de opinión a la vista de la aplicación práctica del precepto comentado, dado que, por el momento, tan sólo se pueden realizar meras conjeturas y opiniones teóricas, mejor o peor fundadas, acerca del sentido y alcance de las muchas expresiones difusas que utiliza el legislador.

III. INDEMNIZACIÓN EN CASOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO EN LA NUEVA LCSP: UNA REGULACIÓN NECESITADA DE ACLARACIONES

El artículo 208 de la nueva LCSP se ocupa de regular los casos de suspensión de los contratos y lo hace del siguiente modo:¹⁵

1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 198.5, se extenderá un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel¹⁶.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este con sujeción a las siguientes reglas:

a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono **solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:**¹⁷

¹⁵ Para comenzar, debería hablarse de suspensión de la ejecución del contrato o del objeto del contrato ya que, en modo alguno, el precepto contempla una suspensión del contrato que, por supuesto, sigue surtiendo efectos.

¹⁶ El artículo 198.5 recoge el siguiente supuesto:

5. Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, **el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato**, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del

reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley.

¹⁷ No se entiende el motivo por el cual los gastos de pólizas de seguro a que se refiere el apartado 6º no necesitan ser acreditados “fehacientemente”. En realidad, los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva (apartado 1º) deberían tener el mismo tratamiento que estos últimos, ya que ambos conceptos

1.º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.

2.º Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.

3.º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.

4.º Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.

5.º Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.

6.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

b) Solo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. **Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.**

c) El derecho a reclamar **prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.**

El precepto trata de un tema importante (como es la suspensión del contrato y sus efectos) sustituyendo la redacción hasta ahora existente -en donde se recogía el derecho del contratista a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, sin mayores precisiones- por un

entran en la misma categoría genérica de “gastos financieros”.

¹⁸ No deja de ser “curioso” que el 3 % que ahora se reconoce (sobre las prestaciones dejadas de realizar) sea una cifra muy similar a los umbrales del Consejo de Obras Públicas por el concepto de Gastos Generales. Sin embargo, esa similitud se queda ahí ya que el posible

catálogo exhaustivo de los conceptos indemnizatorios reclamables en tales casos. Esto es lo que se dice en el apartado 2 a) del precepto en donde se deja claro que sólo se admite indemnización por los conceptos que se enumeran seguidamente en este mismo apartado.

Seguidamente veremos cuales son estos conceptos que, aparentemente, facilitan las reclamaciones del contratista en los casos de suspensión, ya que se prestan a que estas reclamaciones se vean reducidas a un mero formulario en el que los conceptos reclamables ya están definidos y lo único que resta es acreditar su cuantía y efectividad (acreditar “fehacientemente su realidad, efectividad e importe” como dice el propio precepto). Algo que, en principio, deberían agradecer los contratistas ya que la casuística de las sentencias en esta materia es bastante dispersa y contradictoria, especialmente en alguno de los conceptos a reclamar. Sin embargo, esto dista mucho de ser así como se verá seguidamente

Es lo que sucede con el lucro cesante por el 3 por 100 de “las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato”. Evidentemente, se trata de una partida ligada a los costes directos y que viene a ser equivalente a una especie indemnización por desistimiento parcial, pero, en todo caso, es algo novedoso en esta clase de reclamaciones. A cambio, nada se dice del posible mayor coste de los Gastos Generales en donde hasta ahora se venían aplicando los límites marcados por el Consejo de Obras Públicas (del 1,5 al 3 % sobre el PEM) a falta de otro porcentaje específico que pueda probarse mediante la correspondiente pericial. Ahora, la indemnización por Gastos Generales (claramente ligados a la mayor duración de la obra) no es contemplada en los casos de suspensión de contrato¹⁸.

importe de ese 3% siempre será muy inferior que un porcentaje (del 1,5 o del 3,5) sobre la totalidad del Presupuesto material de Ejecución (PEM). Por otra parte, dejo apuntada la posibilidad de considerar los Gastos Generales como una especie de “lucro cesante” (ya que no se incluye en el coste de las obras, según se desprende de los artículos 130 y 131 del RGLCAP), lo

Como se ha dicho, la redacción empleada da a entender que se trata de una especie de “*lucro cesante*” y no de un daño emergente como podrían ser encuadrados todos los restantes conceptos (salvo los mayores gastos financieros por mantenimiento de la garantía definitiva o los de las pólizas de seguro). Estos otros conceptos pueden ser reconducidos a los **mayores costes indirectos** y comprenden:

- Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión (apartado 2º).
- Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión (apartado 3º)¹⁹.
- Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido (apartado 4º).

Con esto quedaría completada la indemnización a que tiene derecho el contratista en los casos de suspensión del contrato pudiendo extraer la conclusión de que la situación ha mejorado respecto de la regulación anterior, debido a los criterios absolutamente cambiantes de los Tribunales al respecto. Conclusión solo parcialmente admisible por cuanto se dirá seguidamente.

Y es que la mayor claridad se ve enturbiada, para comenzar, por el supuesto mismo de la suspensión del contrato que no abarca, ni mucho menos, todos los casos en donde se producen

cual suscita una cuestión sumamente interesante que no puede ser abordada ahora.

¹⁹ Adviértase que el precepto habla de “gastos salariales” pero, en realidad el mayor coste abarca todos los conceptos ligados al personal (retenciones de IRPF; Cuotas de Seguridad Social y otros) que podrían tener cabida aquí si se acude a una acepción amplia de la expresión utilizada por el legislador.

²⁰ Los reajustes llevados a cabo en la mayoría de los contratos no obedecen a lo previsto en el artículo 96 del RGLCAP en donde el “reajuste” es consecuencia de otro evento como pueda ser un modificado o una prórroga del contrato. Lo que se ha venido haciendo

mayores costes ligados al factor tiempo. Lo más frecuente no son las situaciones de suspensión (formalizada o tácita) sino el “alargamiento” en la duración de los contratos que, en los últimos años ha sido debido fundamentalmente a los mal llamados “reajustes de anualidades”²⁰. Como consecuencia de esto (y de otros motivos similares, todos ellos imputables a la Administración) contratos de obra con duración prevista de 2 o 3 años se han ido hasta los 5 o 6 años, causando enormes perjuicios económicos a los contratistas.

En general me refiero a lo que genéricamente puede ser denominado como dilación en la ejecución del contrato en donde las “triquiñuelas” utilizadas por la Administración tienen un amplio reflejo en casos tales como:

- Evitar la expedición de certificaciones de obra a “cero” (lo cual equivaldría a una suspensión de facto) y emitir certificaciones por cuantías muy escasas.
- Alargar la duración de los trabajos alterando la forma inicialmente prevista de realizarlos sin que exista motivo técnico alguno para ello. La excavación de buena parte de los túneles en contratos del ADIF prevista a sección completa, cambiando este sistema por el conocido como “avance y destroza” es un ejemplo claro de esta mal praxis.²¹
- Alargar de forma absolutamente injustificada e injustificable la tramitación y aprobación de Modificados que alteran, además, el ritmo de la obra por incidir en el “camino crítico” de la misma.
- Órdenes de alteración en el orden de ejecución de los trabajos que incide en la

(especialmente en materia de obras ferroviarias) han sido acuerdos de traspaso de los importes previstos para unas anualidades a otras posteriores, sin mayor o ninguna justificación (es de suponer que con el objeto de disminuir los déficits presupuestarios a costa de los ejercicios futuros).

²¹ La excavación mediante avance y destroza consiste en excavar primero la parte superior del túnel (denominada “avance”) y luego la de la parte inferior (denominada “destroza”) con lo cual se duplica, prácticamente, el tiempo de duración de los trabajos de excavación.

programación existente, ralentizando y dilatando la ejecución de las obras.

Podrían añadirse muchas más causas de dilación indebida de las obras (como objeto del contrato), especialmente, en el caso del ADIF en donde, todo lo anterior se combina, en muchos casos con la existencia de períodos en donde resulta necesario acelerar las obras, dando lugar con ello también a mayores costes sobre lo previsto²².

En fin, todo un cúmulo de circunstancias ligadas al “tempo” de ejecución de las obras en donde, sin llegar a la suspensión total de las mismas se dilata (y luego se acelera) el tiempo de su ejecución causando unos mayores costes que sólo son imputables a la Administración y que, por eso mismo, han de serle resarcidos al contratista. Estos mayores costes no afectan únicamente a elementos de los precios ligados al factor tiempo (como puedan ser los costes indirectos, los Gastos Generales o los financieros) sino también, a veces, a costes directos, debido a la necesidad de ejecutar las obras de forma diferente a la inicialmente prevista.

En todo caso, y dentro de lo que genéricamente puede ser considerado como dilatación en el tiempo de ejecución del contrato, es muy posible que también se produzcan auténticas paralizaciones (formalizadas como tales, o no) lo cual plantea el problema del tipo de acción/reclamación a ejercitar y el momento en que ha de ser presentada. Evidentemente, el tema excede con mucho los límites de un simple post, motivo por el cual me limito a dejar apuntadas las siguientes cuestiones:

- Posiblemente resulte necesario plantear de forma diferenciada la reclamación de daños por paralización del contrato y la relativa a la dilación en la ejecución del mismo. En el primer caso, se tratará de una acción de responsabilidad patrimonial (o algo muy similar, aunque de carácter contractual) con

el plazo perentorio de un año desde la orden de reinicio. En el segundo, se tratará de una acción/reclamación puramente contractual por incumplimiento de una de las partes (la Administración en cuanto al plazo previsto) cuyo ejercicio debería hacerse una vez recibidas las obras, dado que es en dicho momento cuando se conoce el alcance de la dilación. En esta acción/reclamación deberá descontarse lo que se haya reclamado por suspensión de las obras²³.

- La reclamación por suspensión del contrato al tener fijados unos hitos muy precisos en cuanto al cómputo del plazo de suspensión (desde el Acta de formalización de la misma o solicitud de su otorgamiento) y en cuanto a su duración (hasta la orden de reinicio de los trabajos) solo puede ser utilizada para una determinada suspensión del contrato y no para todas las que se produzcan en el mismo. Eventualmente, cabría acumular en una sola reclamación los perjuicios derivados de dos o más paralizaciones siempre que no se exceda el plazo del año para su presentación (lo cual se antoja bastante improbable).
- Entiendo, por lo dicho, que los perjuicios derivados de la dilación en la ejecución del contrato no se encuentran afectados por las limitaciones (en conceptos reclamables y en plazo para su reclamación) por lo establecido en el artículo 208 de la LCSP, aunque esto requiere un análisis más detenido.
- Al fijar el plazo en un año para la reclamación de perjuicios derivados de la suspensión del contrato ¿cabe entender que nos encontramos ante una acción de responsabilidad patrimonial? Las consecuencias a la respuesta que se otorgue a esta pregunta serán importantes y me limito a dejar apuntado el tema.

Estas son, en suma, algunas de las cuestiones que suscita una primera lectura del artículo 208 de la vigente LCSP en donde no todo es lo que parece

²² El cálculo de los mayores costes por aceleración del ritmo de trabajo suele realizarse por el sistema de “pérdida de rendimiento” debido a la utilización intensiva de los diferentes elementos que componen cada precio descompuesto (especialmente la mano de obra).

²³ Como puede verse, la situación en casos de perjuicios derivados de la prolongación del contrato por causa

imputable a la Administración se complica notablemente al tener que diferenciar las suspensiones (con el plazo perentorio del año) de la mera dilatación del plazo (los mayores costes derivados de esto último se deberán reclamar al finalizar las obras, descontando o no teniendo en cuenta lo reclamado por suspensión del contrato).

y en donde tras lo que parece como beneficioso para el contratista puede traducirse, en varios aspectos en algo sumamente negativo.

IV. LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LA NUEVA LCSP

La regulación de la revisión de precios por parte de la nueva Ley de contratos no nos pilla tan de sorpresa porque buena parte de su contenido (y de sus tremendas limitaciones) venía ya anunciada por la Ley de desindexación de la economía española -Ley 2/2015, de 30 de marzo- por el Real Decreto 55/2017 (en desarrollo de la ley anterior) y por las nuevas fórmulas polinómicas aprobadas por el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre. En el Preámbulo de este último RD se indicaba ya lo siguiente:

La nueva relación de materiales básicos amplía considerablemente el repertorio de materiales incluidos en las fórmulas, respecto del recogido en las fórmulas hasta ahora vigentes, permitiendo de este modo una mejor y más precisa adecuación de las fórmulas de revisión de precios a la estructura real de costes de los distintos contratos, y reflejando la incorporación de nuevos materiales a los procesos constructivos y de fabricación. **Por otra parte, se ha procedido a excluir de la relación la mano de obra, cuyo coste no ha de incluirse en las fórmulas, tal como exige la nueva Ley en su artículo 79.**

Es decir, que se partía ya de la eliminación de la mano de obra (como elemento a tener en cuenta en las fórmulas polinómicas) tal y como establecía el artículo 79.1 de la LCSP cuyo texto no dejaba lugar a dudas y era el siguiente:

1. Las fórmulas que se establezcan reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo. **No se incluirán en ellas el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos**

generales o de estructura ni el beneficio industrial.

Todo ello dejando al margen el sentido y alcance de la Transitoria Segunda de la LCAP de 2007 cuyo sentido y alcance está siendo cuestionado, en la actualidad, ante los Tribunales, aunque para mí su texto es claro:

1. Hasta que se aprueben las nuevas fórmulas de revisión por el Consejo de Ministros adaptadas a lo dispuesto en el artículo 79, seguirán aplicándose las aprobadas por el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre; por el Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, por el que se complementa el anterior, y por el Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, para contratos de fabricación del Ministerio de Defensa.

2. En todo caso, **transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley sin que se hayan aprobado las nuevas fórmulas, la aplicación de las actualmente vigentes se efectuará con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra.**

Es decir (y por mucho que la Administración se empeñe en sostener otra cosa) el régimen transitorio consiste, única y exclusivamente, en no tener en cuenta la variación de precios en la mano de obra cuando resultasen de aplicación las viejas fórmulas del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, y del Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto²⁴. Dicho más claramente, el texto de esta Transitoria en ningún momento deja pie para sostener –con un mínimo de rigor– que pueda alterarse el “*dies a quo*” previsto en la norma sustantiva (artículo 79.3) que era el de la “*fecha de adjudicación del contrato*”.

Pero dejemos ya el antiguo sistema de revisión de precios (aunque se sigue aplicando a todos los contratos aún vigentes y adjudicados conforme a

²⁴ Así como por el Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, por el que se establecen las fórmulas polinómicas tipo que habrán de figurar en los contratos de fabricación de suministros y bienes de equipo del Ministerio del Ejército cuando dichos contratos incluyan cláusulas de revisión de precios, y por la Orden 78/1994, del

Ministerio de Defensa, de 26 de julio, por la que se establecen las fórmulas polinómicas de revisión de precios que se aplicarán al contrato de adquisición del equipo individual del soldado.

la legislación anterior, que son muchos) y entremos ya en la regulación de la nueva LCSP de 2017. Así y para comenzar con los aspectos que resultan claros, el artículo 103.5 marca los “umbrales” de revisión en el 20% y **los dos primeros años de contrato** (en lugar del primer año, como venía siendo hasta ahora). El texto de este apartado dice lo que sigue:²⁵

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

No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato **no será exigible** a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada **en los contratos de concesión de servicios.**

Es decir que los contratos de concesión de servicios el “umbral” del 20% no resulta aplicable pero sí el relativo a los dos primeros años (no se entiende el motivo para mantener el

²⁵ Esto ya venía impuesto por el Real Decreto 55/2017 dictado en desarrollo de la Ley de desindexación (en la propia Ley de desindexación no se contempla este límite de los dos primeros años exentos de revisión)

²⁶ El artículo 7 del Real Decreto 55/2017 (en desarrollo de la Ley de desindexación) fija las reglas a seguir para aprobación de fórmulas polinómicas (que denomina como fórmulas en las revisiones periódicas y predeterminadas) en los siguientes términos:

“1. El órgano de contratación o la autoridad competente para la fijación de los valores monetarios descritos en el artículo anterior podrá establecer una fórmula de revisión periódica y predeterminada, en la que se incluirán los costes de la actividad de acuerdo con los principios expuestos en el capítulo II de este real decreto.

2. Los costes que conforme a los artículos 3 y 4 del este real decreto puedan ser incluidos en la fórmula de revisión periódica y predeterminada deberán ser, además, significativos.

Se entenderá que un coste es significativo cuando represente al menos el 1 por ciento del valor íntegro de la actividad.

3. Las revisiones periódicas y predeterminadas no incluirán las variaciones de los costes financieros, amortizaciones, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Las

umbral temporal ni se explica en la Exposición de Motivos de la Ley). Comienzan ya, por tanto, las zonas de penumbra del nuevo régimen de revisión de precios que se irán extendiendo conforme avancemos en la materia. Esto es lo que sucede con la determinación del “dies a quo” que se establece ahora en la fecha de formalización del contrato, conforme a lo establecido en el apartado 4 del mismo precepto:

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha **respecto a la fecha de formalización del contrato**, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad.

Pero la claridad puede tornarse en oscuridad si “retorcemos” la dicción de la Ley al ponerla en conexión con el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas²⁶. El artículo 2 de

revisiones periódicas y predeterminadas podrán incluir, con los límites establecidos en este real decreto, los costes de mano de obra siempre y cuando sean un coste significativo, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4 del artículo 8.

4. Cada componente de coste incluido en la fórmula de revisión periódica y predeterminada será aproximado por un precio individual o índice específico de precios, que deberá tener la mayor desagregación posible a efectos de reflejar de manera precisa la evolución de dicho componente. Los índices específicos no incorporarán, en la medida de lo posible, elementos ajenos al coste que se pretende reflejar. Los índices utilizados deben estar disponibles al público y no ser modificables unilateralmente por el operador económico al que resulten de aplicación.

5. Se utilizarán preferiblemente los precios individuales o índices específicos de precios que excluyan el efecto de las variaciones impositivas, cuando los mismos estén disponibles al público.

6. En el caso de que la normativa aplicable a la actividad de que se trate imponga la obligación de realizar una contabilidad de costes y esta haya sido aprobada conforme a dicha normativa, el órgano de contratación o la autoridad competente para la revisión de los valores monetarios podrá establecer una fórmula basada en la información contenida en dicha contabilidad.

7. El órgano de contratación o la autoridad competente para la determinación de la fórmula podrán tener en cuenta las

dicho RD establece lo siguiente respecto al significado de los subíndices “t” y “0”:

Artículo 2. Aprobación de las fórmulas para la revisión de precios en los contratos de obras y de suministro de fabricación de armamento y equipamiento. De conformidad con lo previsto en el artículo 78.1 de la Ley 30/2007, las fórmulas aplicables para la revisión de precios en los contratos de obras y de suministro de fabricación serán las establecidas en el anexo II. En las fórmulas de revisión de precios se representan con el subíndice t los valores de los índices de precios de cada material en el mes que corresponde al periodo de ejecución del contrato cuyo importe es objeto de revisión, así como el coeficiente Kt de revisión obtenido de la fórmula, y **se representan con el subíndice 0 los valores de los índices de precios de cada material en la fecha a la que se refiere el apartado 3 del artículo 79 de la Ley 30/2007.**

La pregunta que podría hacerse al respecto es, entonces, la siguiente ¿podría entenderse que el significado del índice “subíndice cero” de las fórmulas polinómicas queda congelado en lo que disponía el apartado 3 del artículo 79 de la Ley 30/2007? O bien, ¿hay que entender sustituido este “subíndice cero” con la fecha que ahora se establece como tal en la Ley 9/2017? De mantener lo primero, el “*dies a quo*” seguiría siendo la fecha de adjudicación del contrato mientras que con la segunda interpretación pasaríamos a la fecha de formalización del mismo (alterando el sentido de las fórmulas en cuanto al significado del “subíndice cero”). El tema, no es en absoluto baladí puesto que viene a plantearse en unos términos muy similares a como ahora pretende la Administración respecto de la LCSP y su Transitoria Segunda,

posibilidades existentes en el mercado de cobertura del riesgo de variación de los costes de una actividad, con el fin de decidir la exclusión o inclusión en la misma de un determinado componente de coste.

8. Las fórmulas de revisión podrán incluir mecanismos que incentiven el comportamiento eficiente, tales como:

- Un componente que module las revisiones en función de la eficiencia, la productividad o la calidad del producto o servicio.
- Un límite a la traslación de la variación de un determinado componente de coste susceptible de revisión, que puede ser concretado como un porcentaje máximo a aplicar sobre la variación de éste.
- Un límite a la variación del valor monetario objeto de revisión periódica. Tal límite podrá definirse bien como un valor monetario o índice en términos absolutos o bien como una tasa de crecimiento máxima”.

con la agravante, de que en la nueva ley no hay Transitoria alguna dedicada a la revisión de precios.

Adelanto ya que la repuesta más coherente a la cuestión planteada consistiría en sostener que el artículo 2 del Real Decreto 1359/2011 y la remisión que se hace en el mismo al artículo 79.3 de la LCAP (Ley 30/2007) ha de entenderse sustituida por lo dispuesto en el artículo 103.4 de la nueva ley, debido a lo cual el “subíndice cero” de las fórmulas polinómicas contempladas en el citado RD se corresponde con la fecha de formalización del contrato. Y si traigo a colación un problema que podría tacharse de absurdo o artificial es porque **la propia Administración está sosteniendo lo contrario**, al tratar de alterar el “subíndice cero” previsto en los Pliegos (por remisión al artículo 79.3 de la LCAP) por el significado previsto en los Decretos por los que se aprobaron las viejas fórmulas. Muestra evidente de que no son siempre los contratistas quienes crean los problemas sino, las más de las veces, las propias Administraciones para pagar menos de lo que deben²⁷.

Pues bien, dicho todo lo anterior pretendo entrar ahora a lo que podríamos denominar como “zona oscura” de la revisión de precios en la nueva Ley a diferencia de lo ya tratado que es una simple “zona de penumbra”. Y es que el legislador de la Ley 9/2017 no ha sido precisamente cuidadoso ni en lo que regula, ni en cómo lo regula, ni en la redacción de aquello que pretende regular. O sea, todo un premio a la mala calidad del legislador, como habrá ocasión de comprobar, porque no llego a entender que en el seno de una misma norma se encuentren tantos despropósitos juntos.

²⁷ En los Decretos de fijación de las viejas fórmulas, el significado que se le da al índice Subcero es la “fecha de licitación” lo cual ha provocado (y sigue provocando) numerosos problemas ya que las Administraciones se niegan a identificar esa fecha con la de adjudicación del contrato que establece expresamente el artículo 79.3 de la LCAP. Y ello porque de este modo los saldos y adicionales de las certificaciones finales (o liquidaciones) resultan más favorables para la Administración, muestra clara de que no se respeta la legalidad con tal de abonar menos de lo que se debe. Los Tribunales tienen, no obstante, la última palabra sobre esto.

La crítica anterior viene a cuento de los primeros apartados del artículo 103 en donde se regula la procedencia y límites de la revisión de precios y cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

Salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 19, no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

2. Previa justificación en el expediente y **de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española**, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo **en los contratos de obra**, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y **en aquellos otros contratos** en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los **costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial**. Los costes de **mano de obra** de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto.

Lo primero que llama la atención es la remisión (haciendo uso de una autodegradación

normativa) a los artículos 4 y 5 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero –dictado en desarrollo de la Ley de desindexación- aunque habría resultado lo mismo si se hubiese hecho referencia a una futura disposición reglamentaria sobre la materia, incluyendo una Transitoria en virtud de la cual se dijese que mientras no fuese dictada esa disposición se aplicará el citado Real Decreto.

En todo caso, resulta importante destacar que en el artículo 5 del Real Decreto se establece que cuando resulten aplicables los costes de la mano de obra (entre los factores a tener en cuenta en la revisión de precios) *“el incremento repercutible de los mismos no podrá ser superior al incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”*. Grave limitación por cuanto se aleja de la realidad al equiparar artificialmente los salarios de aplicación al personal adscrito a un contrato a la remuneración de los funcionarios de la AGE (lo cual es un auténtico despropósito).

Por otra parte, el párrafo antes señalado, lo que se viene a decir es que la revisión de precios no es predicable de cualquier contrato otorgado por los Poderes Públicos sino, únicamente, de los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y **en aquellos otros contratos** en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años²⁸. Y para la determinación de lo que deba entenderse por “período de recuperación de la inversión” el precepto se remite a lo establecido en el Real Decreto anteriormente citado (podría haberse hecho alusión a un futuro desarrollo reglamentario completado con una Transitoria en el sentido antes indicado). En todo caso, se trata de cuestiones menores y no de crítica sustantiva a la nueva regulación de la revisión de precios.

La zona oscura comienza realmente con el siguiente párrafo que pone fin al apartado 2 del precepto, y que vuelvo a reproducir para poder analizarlo detenidamente ya que hay varias

²⁸ Podrían servir de guía interpretativa al respecto los artículos 8 y 9 del Real Decreto 55/2017 dictado en desarrollo de la ley de desindexación (los contratos incluidos en este último precepto no tienen prohibición

de incluir el coste de la mano de obra). Más adelante se reproduce el texto de ambos artículos en nota a pie de página.

formas de entender su alcance y sentido: “*Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto*”²⁹. Lo que parece más obvio, en una primera lectura, es entender que la inclusión de la mano de obra **tan solo es admisible en los contratos concesionales** y ello cuando lo que se denomina como “*período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa*”.

Dicho de forma más corta, **la mano de obra sólo puede ser considerada en la revisión relativa a los contratos concesionales** y ello, únicamente, cuando estos contratos cumplan determinadas condiciones³⁰.

Sin embargo, cabe otra lectura del precepto, como es la de considerar que lo que se está diciendo es que los requisitos de recuperación de la inversión en un determinado plazo no son aplicables a los contratos “*distintos*” de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas. O lo que sería lo mismo; el coste de la mano de obra puede incluirse en la revisión de los contratos de obra o suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, sin tener en cuenta el período de recuperación de la inversión (en la forma que se indica en el precepto, con remisión

al Real Decreto 55/2017). Justamente lo contrario a lo que resulta de la interpretación anterior debido a la redacción del precepto, con lo cual puede quedar en el aire a qué contratos, exactamente, no se puede aplicar el coste de la mano de obra en su revisión.

Es más, también cabría una tercera posibilidad que consistiría en entender que los costes de la mano de obra únicamente se excluyen para los contratos de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas (que son lo que se citan de forma expresa por su nombre) pero no para cualesquiera otros contratos –sean o no concesionales- en donde pueda llegar a cumplirse el requisito de la recuperación de la inversión en plazo igual o superior a los cinco años. Esto podría suceder, al menos teóricamente, con los contratos mixtos o con los de servicios y suministros distintos de los de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

Así las cosas, la pregunta resulta obvia porque si caben varias interpretaciones posibles en un tema de bulto (como es la consideración del coste de la mano de obra en la revisión de precios) ¿por qué motivo el legislador no ha sido más claro al redactar este precepto? Si su intención era la de permitir tal cosa únicamente en los contratos concesionales con más de cinco años para la recuperación de la inversión ¿por qué no haberlo dicho así de claro? ¿Qué sentido y alcance tiene la mención únicamente a los dos tipos de contratos que se hace al comienzo de la frase? ¿Qué sucede con el resto de los contratos de suministro y con todos los de servicios?

²⁹ La redacción de este precepto viene del artículo 8 del Real Decreto 55/2017 aunque aquí la dicción parece menos confusa: “*Cuando así esté previsto en los pliegos de los contratos de obras y en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se podrá llevar a cabo la revisión periódica y predeterminada de los precios, aplicando a las fórmulas-tipo generales vigentes, los índices mensuales de precios de los materiales básicos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y publicados trimestralmente mediante orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe favorable del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.*” Aquí queda claro que el legislador se está refiriendo a los contratos de obra y de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, y no a otra clase de contrato. A mayor abundamiento, el artículo siguiente (el 9) se

refiere a la revisión periódica y predeterminada de precios **en los contratos del sector público distintos a los contratos de obras y a los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.** De este modo se deja clara la diferenciación de ambos grupos de contratos, que es lo que no se desprende con claridad del artículo 103.2 de la actual LCSP y la cuestión es si puede utilizarse el RD 55/2017 como elemento interpretativo del citado precepto.

³⁰ Cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero

El legislador tiene la obligación de ser claro (además de competente) y cada vez resulta más evidente que el de nuestros días ni es claro – pudiendo serlo- ni es conocedor de la materia sobre la cual legisla. La nueva Ley de Contratos del Sector Público es un claro ejemplo de ello porque tan sólo llevo analizados y publicados dos aspectos muy concretos de la misma (el régimen de los modificados y el que ahora nos ocupa) y en ambos he encontrado lo mismo: confusión, y ausencia de claridad por parte del legislador.

No gustará a los contratistas (es evidente que no) pero al menos la norma es clara cuando – como ya se ha dicho- el apartado 5 del artículo 103 impone, como umbrales exentos de revisión, **el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años** transcurridos desde la formalización³¹. Se dobla así el margen de un año existente hasta ahora, con lo cual la revisión de precios pierde prácticamente su sentido, si a ello se suman, además, los siguientes factores (también desfavorables y ya tratados):

- El subíndice cero se lleva hasta la formalización del contrato, lo cual es un desplazamiento considerable respecto a otros sistemas anteriores (fecha final de presentación de ofertas o adjudicación del contrato).
- Solo se revisan los materiales empleados y ello conforme a índices oficiales aprobados por el Gobierno.
- No se incluye en las fórmulas polinómicas de revisión las variaciones en el coste de la mano de obra (salvo las excepciones ya vistas)
- Manteniendo el umbral del 20% no revisable se dobla el tiempo extendiéndolo hasta los dos años.
- El coeficiente fijo llega a alcanzar valores muy altos (como pueda ser el 0,69 en la fórmula 231, relativa al Montaje de vía sobre balasto sin aportación de materiales por el contratista).

³¹ Se exceptúan los contratos de suministro de energía de esta limitación, pero no se indica si están sometidos a otra menor o a ninguna de ellas (ni en la cuantía ni en el tiempo). Igualmente, se dice al final del precepto que *“no obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios”*.

Evidentemente, tanto la Ley como el propio artículo 103 que ahora comentamos dicen y tratan de más aspectos de la revisión de precios, pero creo que lo fundamental son los aspectos comentados, sin perjuicio de concluir con algo que para mí siempre ha tenido un trasfondo complejo como es la convivencia entre la revisión de precios y el restablecimiento del equilibrio en los contratos de tipo concesional. A este efecto, el apartado 10 del artículo 103 dice lo siguiente:

10. Lo establecido en este artículo y en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, se entenderá, en todo caso, **sin perjuicio de la posibilidad de mantener el equilibrio económico en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290.**

Y es que, para comenzar, se pone en relación el precepto (artículo 103) con la ley 2/2015 de desindexación, con lo cual se pone de manifiesto la voluntad del legislador de dar un fuerte recorte a los derechos del contratista en materia de revisión de precios (en línea con la propia ley de desindexación). En este sentido cabe traer a colación, nuevamente, el artículo 5 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero en donde se imponen los siguientes límites a los costes de mano de obra:³²

Cuando, conforme a lo dispuesto en este real decreto, puedan trasladarse al valor revisado los costes de mano de obra, el incremento repercutible de los mismos no podrá ser superior al incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Por otra parte, en el artículo 8 del mismo se contienen previsiones para la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos de obras y contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas³³ y en el artículo 9

³² Y ello como simple muestra de lo absurdo que resultan determinadas limitaciones provenientes de la ley de desindexación y el Real Decreto 55/2017.

³³ En este artículo se establece lo siguiente:

1. Cuando así esté previsto en los pliegos de los contratos de obras y en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se podrá llevar a cabo la revisión periódica y predeterminada de los precios, aplicando a las fórmulas-tipo generales

para los contratos distintos a los contratos de obras y a los contratos de suministro de

vigentes, los índices mensuales de precios de los materiales básicos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y publicados trimestralmente mediante orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe favorable del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

Los pliegos del contrato deberán detallar la fórmula de revisión aplicable.

Dicha revisión sólo podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe.

2. La relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales aplicables a estos contratos serán las recogidas, respectivamente, en los anexos I y II del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas. Estos anexos podrán ser modificados por acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

3. Las nuevas fórmulas-tipo generales que puedan establecerse para los contratos referidos, o las modificaciones sobre las ya existentes, reflejarán la ponderación en el precio del contrato del coste de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo, conforme a lo previsto en el artículo 89 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Los productos o grupos de productos que han de considerarse en el cálculo del índice de precios de cada material básico son los recogidos en el anexo único de la Orden HAP/1292/2013, de 28 de junio, por la que se establecen las reglas de determinación de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios de los contratos públicos, o cualquiera que venga a sustituirla.

4. Las fórmulas tipo citadas en el apartado anterior **no incluirán el coste de la mano de obra.**

³⁴ El texto de este precepto es el siguiente:

1. Los precios contenidos en los contratos del sector público a los que es de aplicación el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, distintos a los contratos de obras y a los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, sólo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada.

2. Procederá la revisión periódica y predeterminada de dichos precios, transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, cuando concurren acumulativamente las siguientes circunstancias:

a) Que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años, justificado conforme al criterio establecido en el artículo 10.

b) Que así esté previsto en los pliegos, que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable.

A tales efectos, en la memoria que acompañe al expediente de contratación, el órgano de contratación deberá justificar el

fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas³⁴. El problema radica,

carácter recurrente de la variación de los distintos componentes de coste a considerar en la fórmula de revisión de precios, el cumplimiento de los principios y límites contenidos en los artículos 3, 4, 5 y 7, así como el período de recuperación de la inversión del contrato. Deberá justificarse asimismo que los índices elegidos son aquellos que, con la mayor desagregación posible de entre los disponibles al público, mejor reflejen la evolución del componente de coste susceptible de revisión en cuestión.

Cuando se utilice una fórmula tipo aprobada por Consejo de Ministros, sólo se exigirá la justificación del período de recuperación de la inversión.

3. En los contratos de gestión de servicios públicos, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada.

4. Para que pueda producirse la revisión periódica y predeterminada, los pliegos deberán especificar, al menos:

a) Un desglose de los componentes de coste de la actividad objeto del contrato, y la ponderación de cada uno de ellos sobre el precio del contrato.

b) Los precios individuales o índices de precios específicos asociados a cada componente de coste susceptible de revisión.

c) El mecanismo de incentivo de eficiencia, en su caso, contemplado en el artículo 7, de este real decreto.

No será exigible la especificación de las cuestiones contenidas en las letras a), b) y c) anteriores, en el supuesto de que se utilice una fórmula tipo aprobada por Consejo de Ministros.

5. La revisión no podrá tener lugar transcurrido el período de recuperación de la inversión del contrato.

6. Cuando para un determinado tipo de contrato exista una fórmula tipo de revisión, aprobada por Consejo de Ministros, el órgano de contratación deberá incluir dicha fórmula en los pliegos.

En caso de que no exista fórmula tipo, el órgano de contratación justificará el cumplimiento del principio de eficiencia y buena gestión empresarial mencionado en el artículo 4, según lo dispuesto en los apartados 7 y 8.

7. Para los contratos con un precio igual o superior a cinco millones de euros, el órgano de contratación incluirá en el expediente de contratación un informe preceptivo valorativo de la estructura de costes, emitido por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

A tales efectos, el órgano de contratación deberá:

a) Solicitar a cinco operadores económicos del sector la remisión de su estructura de costes.

b) Elaborar una propuesta de estructura de costes de la actividad. Para ello utilizará, siempre que sea posible, la información de las respuestas que reciba de los operadores económicos mencionados en la letra anterior.

c) Someter su propuesta de estructura de costes a un trámite de información pública por un plazo de 20 días. En caso de que se presenten alegaciones en dicho trámite, el órgano de contratación deberá valorar su aceptación o rechazo de forma motivada en la memoria.

En el caso de los contratos de concesión de obra pública, el órgano de contratación podrá optar por incluir este trámite de información como parte del previsto en el apartado 3 del

entonces, en determinar hasta qué punto podría prevalecer el Real Decreto 55/2017 sobre la propia LCSP actual, teniendo en cuenta que en la remisión que realiza el artículo 103.10 de la misma tan sólo se cita la Ley de desindexación y no esta disposición meramente reglamentaria (dictada al amparo de la citada Ley y también del artículo 89 del derogado TRLCSP).

Habida cuenta de las posibles divergencias entre ambos textos en materia de revisión de precios, la pregunta que debe hacerse al respecto es si la ley de desindexación y el Real Decreto 55/2017 forman un “grupo normativo” a efectos de la remisión que se hace o, si por el contrario, esa remisión debe entenderse realizada únicamente a la Ley³⁵. Dejo apuntado, a los efectos pertinentes, que cuando este mismo precepto ha querido citar y dar carta de naturaleza al citado Real Decreto así lo ha hecho de forma expresa (sin llegar a mencionar la ley de desindexación). Lejos de mi intención dar repuesta ahora a semejante cuestión, pero me atrevo a aventurar que la tiene como también la tiene la diferencia, no explicitada por el legislador, entre la revisión de precios y el restablecimiento del equilibrio financiero en los contratos concesionales. Y es que, en términos muy básicos y generales, la revisión de precios se encuentra sometida a unas

muy severas limitaciones que no se dan en el restablecimiento del equilibrio pese a que también aquí se han producido importantes limitaciones (como la eliminación del “*factum principis*”).

La revisión de precios (como se viene a confesar en las primeras disposiciones sobre la materia, aunque utilizando otras expresiones) tiene como finalidad **adecuar el texto de un contrato al contexto económico en el que se desenvuelve**, intentando paliar los efectos negativos que pueda tener el incremento de los precios y salarios sobre la economía del contrato. Debido a ello, el sistema de revisión tiende a ser más amplio y generoso con el contratista en épocas de inflación y más severo cuando sucede todo lo contrario (se supone que esto es lo que sucede ahora). **El mantenimiento del equilibrio contractual también tiene que ver con la adecuación entre el texto y el contexto en el que se desenvuelven los contratos, pero desde una perspectiva diferente**. Aquí se presupone e impone que las condiciones tenidas en cuenta en el momento de contratar han sido alteradas por una circunstancia ajena al contrato (el contexto del mismo) y tan solo se contempla, como tal, en los

artículo 128 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

d) Remitir su propuesta de estructura de costes al Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

El Comité Superior de Precios de Contratos del Estado deberá evacuar el informe preceptivo en un plazo no superior a veinte días, a contar desde el día siguiente a la recepción de la propuesta de estructura de costes mencionada en la letra d) anterior. En caso de que el Comité considere que la información remitida no es suficiente o requiera alguna aclaración, podrá solicitar al órgano proponente información adicional. Este requerimiento suspenderá el plazo de evacuación del informe en tanto no haya respuesta del órgano de contratación.

En el caso de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, así como de los organismos y entidades de ellas dependientes, este informe podrá ser recabado del órgano autonómico consultivo en materia de contratación pública, si existiera. En caso contrario, deberá ser recabado del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

En todo caso, el órgano de contratación deberá comunicar a efectos informativos al Comité Superior de Precios de Contratos del Estado y, en su caso, al órgano autonómico consultivo correspondiente, la estructura de costes incluida en el pliego.

8. Para los contratos con un precio inferior a cinco millones de euros, el órgano de contratación solicitará a cinco operadores

económicos del sector la remisión de su estructura de costes. El órgano de contratación elaborará una propuesta de estructura de costes de la actividad. Para ello utilizará, siempre que sea posible, la información de las respuestas que reciba. La propuesta de estructura de costes será sometida a un trámite de información pública por un plazo de 20 días, con carácter previo a la aprobación de los pliegos.

En caso de que se presenten alegaciones en dicho trámite, el órgano de contratación deberá valorar su aceptación o rechazo de forma motivada en la memoria.

En el caso de los contratos de concesión de obra pública, el órgano de contratación podrá optar por incluir este trámite de información como parte del previsto en el apartado 3 del artículo 128 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El órgano de contratación deberá comunicar a efectos informativos al Comité Superior de Precios de Contratos del Estado y, en su caso, al órgano autonómico consultivo correspondiente, la estructura de costes incluida en el pliego.

³⁵ Sobre el concepto de “grupo normativo” y remisiones entre normas me remito “in toto” a Villar Palasí “*Derecho Administrativo: Introducción y teoría de la norma*”; Madrid, 1968.

contratos de actividad (no de resultado) como son los concesionales³⁶.

¿Cuál es, entonces, la diferencia entre revisión de precios y restablecimiento del equilibrio, cuando en ambos casos se trata de adecuar el texto del contrato al contexto económico en el que se desenvuelve? Tengo para mí –repasando los antecedentes históricos de ambas instituciones- que hay dos elementos diferenciales muy significativos entre ambas instituciones como son los siguientes:

- El mantenimiento/restablecimiento del equilibrio económico tan sólo es predicable, como tal, de los contratos concesionales o de actividad prolongada en el tiempo (y no de los contratos de resultado en donde lo correcto es hablar de un equivalente económico, pero no de equilibrio económico)³⁷.
- Y sobre todo, la revisión de precios tiene como finalidad **mitigar** el desfase entre el precio del contrato y el contexto económico en el que se desenvuelve, debido a lo cual siempre se imponen límites o umbrales para corregir este desfase. Nunca se ha llegado a reconocer la revisión de precios como un remedio completo frente a la inflación (la primera legislación al respecto es buena prueba de ello). Cosa que no ocurre (o no debe ocurrir) en el restablecimiento del equilibrio económico, en donde **se tiende a**

volver a la situación inicialmente contemplada en el momento de contratar.

Dicho más claramente, en la revisión no se tiende a acomodar texto y contexto del contrato más que parcialmente, mientras que en el restablecimiento del equilibrio la finalidad consiste en volver a acomodar el texto y el contexto del contrato de forma casi íntegra (al menos teóricamente).

Desde luego que hay más diferencias entre una y otra institución, como pueda ser el hecho de que el restablecimiento del equilibrio puede adicionarse a una revisión de precios (en el caso de las concesiones, tarifas)³⁸, por lo que son técnicas complementarias y no excluyentes. O que en los contratos concesionales (en donde opera el mantenimiento del equilibrio) se conoce la expectativa de ganancias y los gastos al venir reflejados en un Plan Económico financiero, cosa que no sucede con los contratos de resultado en donde solo el contratista (y aun así no siempre) puede conocer cuál es su ganancia prevista. De ahí que el análisis de la revisión de precios resulte una buena antesala para abordar el del equilibrio económico en la nueva ley, en donde también se minoran los medios para acomodar el texto y el contexto de los contratos concesionales, ya lo anticipo (entre otras cosas, al suprimir prácticamente el “*factum principis*” y minorar lo que conocemos como RPA) pero... como solía decir R. Kipling, **esa es otra historia.**

V. APUNTES CRITICOS SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA NUEVA LCSP

El mantenimiento del equilibrio económico es propio de los contratos concesionales, cuyo precio o tarifa también puede ser objeto de la correspondiente revisión, aunque estos dos aspectos no deben ser confundidos. En los contratos concesionales (como contratos de actividad) el contenido económico tenido en

cuenta en el momento de contratar puede verse alterado por diversas circunstancias, debido a lo cual el legislador prevé el restablecimiento de esa situación de equilibrio –al menos teórica- que presidió la oferta del contratista y, en definitiva, el contrato³⁹.

³⁶ No obstante, el mantenimiento del equilibrio en los contratos concesionales **también se encuentra ligado a las alteraciones en el seno de contrato** (lo que hemos denominado como el texto) porque entra en juego en los casos de **modificaciones acordadas por la Administración contratante.** Sobre esto me remito a lo que analizaré al tratar del equilibrio en las concesiones en otro artículo.

³⁷ Sobre esto me remito al libro de Gaspar Ariño “El equivalente económico en los contratos

administrativos”; Madrid, Primera ed. Instituto de Estudios Administrativos: 1968.

³⁸ Lo contrario no tiene sentido (añadir a una revisión de precios un restablecimiento del equilibrio puesto que una de las técnicas de restablecimiento del equilibrio puede consistir en un incremento –no revisión- de las tarifas).

³⁹ El fundamento de la revisión de precios es otro y básicamente se encuentra en la necesidad de acomodar

Desde luego que no es mi intención tratar aquí sobre el equilibrio económico en general (o las técnicas para su restablecimiento) sino, tan solo, de la regulación que se establece al respecto en la nueva LCSP, lo cual es reconducible a los artículos 270 y 290 relativos a los contratos de concesión de obra pública y de servicios, respectivamente⁴⁰.

La regulación en ambos supuestos es prácticamente la misma, lo cual permite el análisis conjunto de ambos preceptos haciendo, no obstante, las correspondientes advertencias cuando exista alguna divergencia en su regulación. Para ello se tomará como modelo de partida la regulación del mantenimiento del equilibrio económico en las concesiones de obra que, como se ha dicho, se encuentra en el artículo 270 y en cuyo primer apartado se dice lo siguiente:⁴¹

1. El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

Por tanto, el mantenimiento del equilibrio concesional sigue siendo la forma habitual de respetar los parámetros económicos que fueron tenidos en cuenta para la adjudicación del contrato, lo cual significa una remisión al Plan Económico Financiero de la oferta (que, a su vez, fue aprobado por la Administración al adjudicar el contrato). Ninguna novedad, por tanto, en el concepto mismo de la finalidad del equilibrio económico que comienza a variar en el apartado siguiente:

2. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

el precio de los contratos a los desajustes producidos por la inflación.

⁴⁰ Me remito a mis artículos anteriores. Vid “Algunas precisiones sobre el restablecimiento del equilibrio en las concesiones de obra pública” Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7722, 2011 y “El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas” en Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, ISSN 0034-8619, Nº. Extra 3425, 2002.

a) Cuando **la Administración realice una modificación** de las señaladas en el artículo 262.

b) Cuando **actuaciones de la Administración Pública concedente**, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando **causas de fuerza mayor** determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por **incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario**.

La alteración aquí resulta evidente por cuanto, en el apartado b) se alude a actuaciones de la Administración Pública concedente “*por su carácter obligatorio para el concesionario*”, con lo cual se elimina de un “*plumazo*” el “*factum principis*” como causa del restablecimiento del equilibrio concesional. Recordemos que en el texto anterior, el artículo 258.2 del TRLCSP permitía el restablecimiento del equilibrio en los supuestos en los que “*actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión*”. Estas “*actuaciones de la Administración*” podían consistir en un simple hecho (que no es ninguna actuación obligatoria para el concesionario) del que se derivase un perjuicio para el concesionario, pudiendo ser imputable, además, este hecho tanto a la Administración concedente como a otra

⁴¹ Para las concesiones de servicios el artículo 290.2 viene a decir lo mismo pero de la siguiente forma:

“2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente **de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato**”.

Administración (en cuyo caso se hablaba de “*factum principis impropio*”)⁴².

El caso más frecuente de esto se encontraba en la construcción de vías alternativas, por parte de la Administración, respecto de las autopistas en régimen de concesión, lo cual mermaba muy considerablemente sus ingresos por demanda. Igualmente se consideraba incluida en esta figura la imposición por vía normativa de obras o actuaciones adicionales que agravan la situación económica del concesionario (bajo la cobertura de la denominada “*cláusula de progreso*”)⁴³.

Esta novedad es sumamente importante por cuanto dejará fuera de los casos que confieren derecho al mantenimiento del equilibrio a buena parte de supuestos alterando notablemente el alcance de esta institución.

Igualmente es importante (y es de suponer que se debe a la lamentable experiencia de las autopistas de peaje) la eliminación del denominado “*riesgo de demanda*” que está en línea con lo establecido en el apartado 4 del artículo 14 en donde se define el contrato de concesión de obra y que dice así:

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar **la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda** o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

⁴² Por mera curiosidad aclaro que la denominación de “*factum principis*” era el equivalente al “*fait du prince*” (hecho del príncipe) en el Derecho francés. Sin embargo, cuando nuestro Consejo de Estado tuvo que enfrentarse a uno de estos supuestos, y habida cuenta del entorno político existente (corría el año 1948), en lugar de acudir a la traducción directa del francés (que habría dado lugar al “hecho del príncipe”) se optó por transformar en latín la expresión dando lugar al “*factum principis*” que no tiene origen alguno en la glosa ni en ninguna otra parte de nuestro Derecho histórico.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Y por si cupiera alguna clase de duda, en el último párrafo del artículo 270.2 se afirma que “*en todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario*”.⁴⁴ Sin necesidad de profundizar mucho en la cuestión, cabe anticipar ya que, i) el legislador fomenta la elaboración deficiente de los estudios previos que tiene que realizar y, ii) no responde de su propia torpeza, lo cual resulta de todo punto criticable y atentatorio contra dos principios consagrado por la propia jurisprudencia del TJUE como son la confianza legítima y la prohibición de alegar los propios vicios.

Lo mismo volvemos a encontrar en las concesiones de servicio ya que en el artículo 290.4 “*in fine*” se dice que “*en todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario*”. Lo cual responde, también, a la propia definición de esta

⁴³ Estos casos han sido frecuentes en las concesiones de autopistas (vías alternativas que merman el tráfico de la autopista). También cabría incluir aquí lo que se conoce como “*cláusula de progreso*” aunque de esto se tratará más adelante de forma más específica.

⁴⁴ Sobre esto volveremos a insistir más adelante pero avanzamos ya que la Directiva 2014/24/UE tan sólo impone la transferencia de los riesgos correspondientes a las “*incertidumbres del mercado*” no a los que pueden derivarse de la alteración de la demanda por actuaciones imputables a la propia Administración.

clase de contratos, a cuyo efecto el apartado 2 del artículo 15 establece que “El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”. Esto es consecuencia de la Directiva 2014/23/UE (que se traspone en la nueva LCSP) en cuyo artículo 5 se dice lo siguiente:

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios **implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos**. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. **La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado** que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable;

Anticipo ya que lo que, en modo alguno elimina la Directiva es la transferencia del riesgo operacional cuando el daño económico proviene, no del mercado sino de la actuación imputable a una Administración pública (que es lo que se ha denominado como “*factum principis*” impropio) por lo que entiendo que en tales casos **el legislador español ha ido bastante más lejos que la Directiva que dice trasponer**. Dejo las cosas así ya que de otro modo este artículo – que solo pretende ser ilustrativo- se alargaría demasiado.

Siguiendo, por tanto, con la regulación prevista en la nueva LCSP, el apartado 3 del artículo 270 establece lo que sigue:⁴⁵

⁴⁵ El apartado 5 del artículo 290 viene a decir prácticamente lo mismo:

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la

3.- En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la **modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico** incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado 2 anterior, y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial.

Aquí es donde pueden llegar a confluir las modificaciones del contrato, la revisión de precios –temas ya tratados con anterioridad- y el mantenimiento del equilibrio, pero la peculiaridad ahora es que no se trata de una revisión ordinaria de la tarifa o la retribución (si se acude a este remedio) sino a una alteración extraordinaria de las mismas, cuya finalidad se encuentra en adecuar el contenido del contrato al contexto económico que le rodea. Una adecuación que, al eliminar el riesgo de demanda –porque tiene que asumirlo el concesionario- deja en el aire las posibles situaciones de alteración del equilibrio concesional. Y ello porque bajo el contexto normativo anterior (en donde la disminución significativa de la demanda sí confería derecho al restablecimiento del equilibrio concesional), la posible elevación de tarifas carecía de sentido ya que podía provocar un descenso aún mayor de la demanda.

Dejando aparte, no obstante, las situaciones ligadas al descenso de la demanda, es claro que lo que aquí se aborda son básicamente las **modificaciones acordadas por la Administración**

concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

contratante (esto resulta claro en las concesiones de servicios en donde el equilibrio se regula conjuntamente con la modificación del contrato) que pueden consistir en una alteración del sustrato material sobre el que se explota una obra o se presta un servicio. En tales casos, el restablecimiento del equilibrio adopta un enfoque diferente al de los contratos no concesionales.

En estos contratos (los no concesionales) la alteración del mismo puede producir un mayor coste que se evalúa en un momento determinado del tiempo, como si fuese un fotograma. En el equilibrio concesional las cosas no suceden así ya que la propia concesión no es un fotograma sino una sucesión de fotogramas (o sea, una película que discurre en el tiempo) y tras la cual hay un Programa Económico Financiero (**PEF**). Es ese PEF lo que va dando, en cada momento, la situación económica de la concesión conforme va transcurriendo el tiempo y en función de unos parámetros de partida, que son los tenidos en cuenta a la hora de contratar.

Hay una TIR y unos costes previstos a lo largo del tiempo, que pueden cumplirse, o no, pero que, si se incumplen por alguna de las causas que dan lugar al restablecimiento del equilibrio, deben ser compensados por la Administración. En eso consiste el restablecimiento del equilibrio esencialmente, y lo que se expone en este apartado 3 (que se corresponde con el apartado 5 del artículo 290) son los remedios o compensaciones que se prevén a tal fin. Unas compensaciones que se dejan abiertas a cualesquiera otros elementos (cláusulas) de naturaleza económica que formen parte del contrato como puedan ser, por ejemplo, los cánones a abonar a la Administración (en el caso de que existan los mismos).

Volviendo a la concesión como sucesión de fotogramas, es importante tener en cuenta que el restablecimiento del equilibrio no tiene por qué poner fin a un eventual desequilibrio concesional. Una determinada alteración (o modificación) del contrato concesional puede ser objeto de compensación (reequilibrio) en un momento determinado, pero puede suceder que la compensación resulte insuficiente trascurrido el tiempo, lo cual permitirá al concesionario volver a solicitar el restablecimiento del equilibrio concesional. Esto –que no es en absoluto inusual– deja ver la diferencia que

existe entre la modificación de cualquier otro tipo de contrato y el surgimiento de una causa de desequilibrio en los contratos concesionales. Como la sucesión de fotogramas el restablecimiento del equilibrio debe tener en cuenta el factor tiempo y su incidencia en el indicador económico de la concesión que significa el PEF.

Desde luego, es muy rica la problemática que surge a raíz de todo esto, pero me limitaré a suscitar **dos cuestiones muy concretas** y que suelen plantearse con relativa frecuencia. La primera de ellas atañe al punto hasta el cual ha de ser restablecido el equilibrio, porque si la premisa de partida consiste en el mantenimiento de las condiciones económicas tenidas en cuenta a la hora de contratar, la cuestión surge de forma espontánea: ¿puede reclamarse la TIR prevista en el PEF? Entiendo que sí, ya que, de otro modo, quedaría frustrado el planteamiento de partida del mantenimiento del equilibrio concesional, aunque lo cierto es que la jurisprudencia consultada al respecto no está muy conforme con esto. Veremos, no obstante, porque el mundo concesional tiene demasiados recovecos como para aceptar soluciones idénticas para todos los supuestos.

La segunda cuestión viene referida al punto hasta el cual debe entenderse eliminado el “*riesgo concesional*” porque el precepto tan solo habla de la disminución de la demanda conforme a los estudios realizados por la Administración concedente. Como ya se ha visto, la Directiva 2014/23/UE se refiere a una “*exposición real a las incertidumbres del mercado*”, de lo cual se infiere que **si la disminución de demanda o el incremento de costes es consecuencia de una decisión de la Administración, no debería negarse el derecho al restablecimiento del equilibrio**. Eso es tanto más evidente cuando el incremento de costes es imputable a una modificación ordenada por la Administración, que puede repercutir en una bajada de la TIR por el mantenimiento (y no el incremento) de la demanda. Aquí deberían aplicarse los supuestos previstos en los apartados a) y b) del punto 2 del artículo 270 (equivalentes a los del punto 4 del artículo 290) y el restablecimiento del equilibrio debería ser reconocido sin problemas.

Sigo, no obstante, con el análisis de los artículos 270 y 290 de la nueva LCSP que, en ambos casos, se ocupan de los supuestos en donde el contrato

resulte extraordinariamente oneroso para el concesionario. Circunstancia que el apartado 4 del artículo 270 trata de la siguiente forma para las concesiones de obra:⁴⁶

4. El contratista tendrá **derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él**, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

a) La **aprobación de una disposición general** por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación **avances técnicos** que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un **incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión** por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

⁴⁶ El apartado 6 del artículo 290 establece una regulación prácticamente idéntica para las concesiones de servicio:

6. El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución **no dará derecho a indemnización alguna** para ninguna de las partes.

Son varios los aspectos a comentar y analizar del apartado transcrito. Para comenzar, que el desistimiento tan sólo se prevé para determinados supuestos que hagan "extraordinariamente oneroso" el contrato concesional, por lo que al no recoger la disminución de la demanda tal supuesto debería entenderse excluido. Algo realmente llamativo de la nueva regulación, sobre lo cual se tratará más adelante, porque ahora nos vamos a ocupar de los supuestos específicamente previstos para el desistimiento del contrato. Supuestos que quedan circunscritos a los siguientes:

- **Aprobación de una disposición general** por Administración distinta de la concedente. Ojo; porque a estos efectos entiendo que la Administración General del Estado (**AGE**) funciona como Administración contratante única. No importa, en consecuencia, que se trate de una concesión de un determinado Ministerio y que la disposición general provenga de otro porque ambos forman parte de la AGE.
- **Obligación del concesionario de aplicar avances técnicos**, lo cual es reconducible a lo que se conoce como "cláusula de progreso"⁴⁷.

Aquí el legislador se ha quedado sumamente corto en sus previsiones puesto que, si bien se impone al concesionario la asunción de los

concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

⁴⁷ Vid. La "cláusula de progreso" en los servicios públicos" José Luis Meilán Gil; José Luis Villar Palasí; Editorial [Madrid] Instituto de Estudios Administrativos [1968].

riesgos de demanda, tal supuesto no se reconduce a los casos en los que puede desistir del contrato (cuando como consecuencia de esta disminución, la concesión devenga inviable). Ignoro si esto es un error más del legislador –rogaría que fuese así y se remediase- porque la situación a la que se puede llegar es, simplemente, “*kafkiana*”, habida cuenta de lo que más adelante se avanzará para los supuestos de extinción de la concesión por causa no imputable a la Administración. Porque existen otras situaciones que parecen olvidadas por el legislador, ya que únicamente se contemplan los casos en que procede el restablecimiento del equilibrio y el desistimiento del contrato, reconduciendo el resto al cajón de sastre denominado “*resolución del contrato por causas no imputables a la Administración*”.

En cuanto a las causas (tasadas parece ser) de desistimiento del contrato se podría decir bastante, pero me limito a dejar constancia de que contemplan supuestos realmente anómalos y nada frecuentes. Me cuesta esfuerzo pensar en la incidencia de una disposición general en el contrato que haga éste excesivamente oneroso, por la sencilla razón de que los contratos son, por esencia (y raras excepciones) inmunes a los cambios legislativos. La normativa aplicable a los mismos queda “*congelada*” en el momento de su adjudicación (salvo la de carácter procedimental), de tal modo que las normas posteriores –salvo que así lo indiquen expresamente- no tienen incidencia en los contratos ya celebrados. La excepción a lo dicho tiene lugar cuando en el propio contrato (en su PCAP) se obliga al concesionario a cumplir con normas futuras, lo cual suele limitarse a lo que se conoce como “*cláusula de progreso*”. Pero como quiera que esto último es objeto del apartado b) a mi juicio la norma es redundante en este caso.

Queda por ver, además de lo expuesto, lo que la nueva Ley considera como cumplimiento del contrato “*extraordinariamente oneroso*”, para lo cual acude a un criterio cuya justificación confieso no comprender. El precepto dice que se entenderá que el contrato deviene extraordinariamente oneroso cuando la incidencia de las causas antes indicadas “*supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma*”. Ignoro lo que pretende decir el

legislador con esto, pero se presupone que ese incremento de los costes debe conducir, poco menos, que a la ruina de la concesión ya que, de otro modo, no es comprensible que el concesionario reclame el desistimiento del contrato que no le confiere derecho a indemnización alguna. Evidentemente, las cosas no son siempre así y una elevación de costes del 5 % puede ser muy onerosa en algunos casos y en otros no, con lo cual queda en manos del contratista acudir al desistimiento del contrato. Algo que, habida cuenta de las consecuencias que tiene (ahora las veremos sumariamente) hará que solamente se acuda al desistimiento en casos en los que realmente la ruina sea clara.

Este apartado del precepto (artículo 270.4) concluye con la **negación de cualquier derecho a indemnización por daños y perjuicios** cuando el concesionario ejercite su derecho a desistir del contrato, lo cual conduce al último de los aspectos que quiero tratar ahora como es los efectos de la resolución de los contratos concesionales. Y es que aunque la resolución de las concesiones no forme parte del restablecimiento del equilibrio (tema que ahora se aborda) se encuentra estrechamente ligado al mismo teniendo en cuenta los dos siguientes factores:

- Las enormes restricciones que se imponen al restablecimiento del equilibrio concesional, lo cual cercena de raíz las posibilidades de acudir a esta técnica.
- El hecho de que si no resulta posible el restablecimiento del equilibrio y la concesión deviene sumamente onerosa, la única salida consiste en resolver el contrato.

Así las cosas, conviene realizar algunos apuntes (solo eso) acerca de los efectos de la resolución de los contratos concesionales en la nueva Ley que se encuentran en los artículos 280, 281 y 282 para las concesiones de obra y en el artículo 295 para las concesiones de servicios. Anticipo ya que, al igual que en el resto de aspectos, las dos regulaciones son prácticamente idénticas y, de hecho, el artículo 295 se remite al 281 para determinar el importe que debe ser satisfecho al concesionario cuando se resuelve su contrato por causas no imputables a la Administración. Pues bien, básicamente el sistema previsto consiste en lo siguiente:

- Solo se reconoce derecho a recuperar el importe de la inversión no amortizada en los

casos de resolución del contrato concesional por causas imputables a la Administración (artículo 280.1).

- En los supuestos de resolución por causa imputable al concesionario se procede a la incautación de la garantía y se le impone la obligación de indemnizar por los posibles daños causados a la Administración (artículo 280.2).

A partir de estas premisas (que parecen razonables) la nueva ley parece entrar en un sistema absurdo e irrazonable –no impuesto por la Directiva 2014/24/EU que traspone- porque contempla un tercer supuesto consistente en la resolución del contrato por causas no imputables a la Administración (y se supone que tampoco al contratista). Aquí se produce una de las mayores aberraciones de la nueva Ley por cuanto se suprime la RPA –al menos en apariencia- y se deja al concesionario a los “pies de los caballos” al remitir la liquidación de su contrato al resultado de una segunda o posteriores licitaciones del mismo contrato. Es decir, la experiencia de las autopistas en concurso de acreedores ha pasado factura a la Administración y ahora no quiere saber nada de posibles pagos al concesionario por las inversiones realizadas y no amortizadas.

Para conseguir esta finalidad (que la Administración no tenga que hacer frente a la RPA) el artículo 281 establece que el valor de las inversiones no amortizadas (que es, en definitiva, la RPA) queda reducido al valor de adjudicación del mismo contrato en una segunda licitación cuyo tipo queda determinado en el artículo 282 en la siguiente forma:

a) El tipo se determinará **en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos.**

Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

b) El instrumento de deuda que sirve de base al cálculo de la rentabilidad razonable y el diferencial citados podrán ser modificados

por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación, para adaptarlo a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.

c) **Los flujos netos de caja futuros se cuantificarán en la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la entidad durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación.** En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. No se incorporará ninguna actualización de precios en función de la inflación futura estimada.

d) El valor de los flujos de caja será el que el Plan General de Contabilidad establece en el Estado de Flujos de Efectivo como Flujos de Efectivo de las Actividades de Explotación sin computar en ningún caso los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos y los cobros o pagos por impuesto sobre beneficios.

e) Si la resolución del contrato se produjera **antes de la terminación de la construcción de la infraestructura, el tipo de la licitación será el 70 por cien del importe equivalente a la inversión ejecutada.** A estos efectos se entenderá por inversión ejecutada el importe que figure en las últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones cursadas desde el cierre del ejercicio de las últimas cuentas aprobadas hasta el momento de la resolución. De dicho importe se deducirá el correspondiente a las subvenciones de capital percibidas por el beneficiario, cuya finalidad no se haya cumplido.

Si esa subasta quedase desierta el tipo de la siguiente (que deberá celebrarse en el plazo de un mes) ha de ser el 50 por ciento de la primera. Y si la segunda licitación quedase desierta **“el valor de la concesión será el tipo de ésta, sin perjuicio de la posibilidad de presentar por el concesionario originario o acreedores titulares al menos de un 5 por ciento del pasivo exigible de la concesionaria, en el plazo máximo de tres meses a contar desde que quedó desierta, un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación, en cuyo caso el valor de la concesión será el importe abonado por el nuevo comprador”.** Eso es a lo que queda reducida la RPA del concesionario, lo cual equivale, casi, a dar al

traste con el sistema concesional, porque un contrato en el que ni siquiera se puede recuperar la inversión realizada y no amortizada no resulta ciertamente atractivo. No digamos si no llega a adjudicarse nuevo contrato en cuyo caso debería entenderse reducida a nada lo que equivale a perder todo el valor de la inversión no amortizada.

Queda no obstante una esperanza que me limito a dejar apuntada (para bien de los futuros concesionarios y también de las Administraciones públicas): el legislador ha dejado un “portillo” abierto porque no está nada claro el significado y alcance de los casos de resolución del contrato por causas imputables a la Administración. Una cosa es que el concesionario asuma el riesgo de demanda (a pesar de los estudios realizados por la Administración) y otra que esa demanda se vea alterada como consecuencia, precisamente, de una alteración provocada por la propia Administración. Es decir, si la concesión deviene inviable por un hecho imputable a la Administración, entiendo que puede defenderse que estamos en presencia de una resolución del contrato por causa imputable a la misma, en cuyo caso el concesionario tendría derecho al valor de las inversiones no amortizadas (esto es, a la RPA).

El que quiera entender que entienda...