

LA INCIDENCIA DEL COVID–19 Y DEL INCREMENTO DE LOS PRECIOS DE LOS MATERIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EXPERIENCIAS EN EL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA¹

Luis Enrique FLORES DOMÍNGUEZ
Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Los efectos de la covid–19 sobre los contratos del Ayuntamiento de Sevilla.—3. El incremento de los precios de los materiales y su impacto en los contratos públicos del Ayuntamiento de Sevilla.—4. Reflexión final.

1. PLANTEAMIENTO

En los últimos tres años hemos sufrido dos procesos con graves repercusiones para la economía española, además de las nefastas consecuencias para la salud. De una parte, la pandemia provocada por la COVID–19 que supuso una paralización prácticamente total de la actividad económica. De otra parte, un incremento desmesurado de los precios de las materias primas, acentuado por la guerra en Ucrania, que, además de generar un proceso inflacionario, ha impactado duramente en la economía de los contratos públicos.

Ante estas situaciones excepcionales el legislador ha reaccionado con una serie de medidas también excepcionales, evidenciando con ello que la legislación de contratos no contemplaba una respuesta adecuada. Y este es un dato que ponemos de manifiesto desde el primer momento. Frente a quienes sostienen la posibilidad de encontrar técnicas en la Ley de Contratos para paliar el impacto económico negativo de estas

¹ Para citar este artículo: Luis Enrique FLORES DOMÍNGUEZ (2023), «La incidencia del COVID–19 y del incremento de los precios de los materiales en la contratación pública. Experiencias en el ayuntamiento de Sevilla», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, Vol. 1, 2023, Madrid, Marcial Pons.

circunstancias en los contratos públicos se alza la evidente realidad de la legislación de crisis dictada para mitigarlos.

Una vez declarado el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, fueron aprobándose sucesivos Decretos–leyes para abordar normativamente la situación planteada. En el ámbito de la contratación pública fue el Real Decreto ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid–19 (con modificaciones posteriores por los Reales Decretos–Leyes 11/2020, de 31 de marzo, y 17/2020, de 5 de mayo), el que articuló los distintos mecanismos adecuados, en función del tipo de contrato, para evitar un daño singular al contratista público. Así se contemplaba la posibilidad de suspender los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva y las medidas indemnizatorias correspondientes, la posibilidad de ampliar el plazo de estos contratos de servicios y suministros que no fueran de prestación sucesiva, las indemnizaciones procedentes por la suspensión de los contratos de obra y el derecho al reequilibrio del contratista en los contratos de concesión de obras y servicios.

La recuperación económica tras la pandemia provocó un incremento exponencial de los precios de las materias primas. Esta situación que afectaba al equilibrio de los contratos públicos, aumentada por el estallido de la guerra de Ucrania, pretendió corregirse con el Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo, de medias excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, entre otras materias (modificado por los Reales Decretos–Leyes 6/2022, de 29 de marzo, y 14/2022, de 1 de agosto). Su exposición de motivos también se pronuncia sobre la insuficiencia de la legislación de contratos para abordar la situación, afirmando:

[L]a magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras no es posible afrontarla con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 por ciento de su importe.

En las siguientes líneas pretendemos exponer cómo han sido interpretadas estas normas en el Ayuntamiento de Sevilla, desde los criterios que hemos seguido para dar respuesta a las reivindicaciones de los contratistas, que a veces superaban los planteamientos de las normas de aplicación, hasta las respuestas jurisprudenciales que ya hemos ido obteniendo.

2. LOS EFECTOS DEL COVID–19 SOBRE LOS CONTRATOS DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

La situación en los meses de marzo a junio de 2020 resultó absolutamente excepcional y desconocida. La dificultad para la movilidad, unida a unos recursos técnicos escasos para la puesta en funcionamiento del teletrabajo, originó un gran desconcierto en los distintos servicios municipales. A ello se unía una normativa de crisis, con

las características propias de esta legislación: apresurada, con defectuosa redacción y no midiendo el impacto de su entrada en vigor sobre otras normas vigentes.

Para homogeneizar posturas y tratar de dar alguna seguridad jurídica, la Secretaría General utilizó la técnica de las «circulares interpretativas», que ofrecían criterios a seguir por los distintos servicios a la hora de aplicar esta legislación de crisis.

En el ámbito de la contratación se emitió la *Circular núm. 1: (medidas en materia de contratación pública) de la secretaría general sobre criterios para interpretar el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de 22 de marzo; la Circular nº 4: modificaciones normativas y reanudación de plazos, de 29 de abril; y la circular sobre gastos con tramitación de emergencia por necesidades vinculadas a la COVID-19, de 26 de octubre.*

Exponemos a continuación la aplicación que se realizó de los criterios contenidos en la normativa, fundamentalmente el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, y en su interpretación conforme a las circulares expuestas.

2.1. Contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva

La aplicación del art. 34 exigía que el contrato fuese de ejecución imposible como consecuencia de la covid-19 o de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas y Administración Local. Es decir se exigía una imposibilidad total de ejecutar el contrato, sin posibilidad de adaptar su prestación a las medidas impuestas para prevenir el contagio, y que esa imposibilidad devenga de cualquier tipo de medida adoptada por las administraciones para combatir la pandemia. La suspensión se produce *ministerio legis*, con la consecuencia jurídica de la suspensión automática del contrato y sin que esta fuese causa de resolución.

A pesar de que el precepto exigía la solicitud del contratista, opinamos que si se producía el supuesto de hecho había derecho a la indemnización, y así la *Circular núm. 1* se expresaba en los siguientes términos: «No compartimos otras respetables opiniones que exigen la actividad del contratista para que se produzcan los efectos de la suspensión. Lo contrario iría en perjuicio del contratista, ¿qué sucede con aquellos que no han presentado esta solicitud?, ¿no se producen los efectos de la suspensión? Por ejemplo, no tendrían derecho a ser resarcidos de los gastos salariales ya que se tiene derecho “durante el período de suspensión”».

Otro factor de confusión fue la exigencia de formalizar el acta de la suspensión, decíamos en la *Circular núm. 1* al respecto: «Dispone (la norma) que no es de aplicación el art. 220 TRLCSP2011 en su totalidad (que contiene la obligación de levantar acta y los efectos económicos de la suspensión), y que no es de aplicación el apartado 2.a) del art. 208 LCSP2017 (efectos económicos). Ello implica que sí es de aplicación el apartado primero que establece la obligación de formalizar acta. El sentido de la norma es que según la fecha de formalización del contrato será exigible o no el acta, lo cual pugna con la razón.

Nuestro criterio es que el contrato está suspendido automáticamente, sin que se requiera un acta para producir los efectos de la suspensión. No obstante, para mayor seguridad jurídica puede suscribirse acta con el contratista para establecer los términos en que se procede a la suspensión.

El plazo de duración de la suspensión se extendía hasta que la prestación pueda reanudarse y así lo notifique al contratista el órgano de contratación. La norma introduce un requisito material (cese del hecho determinante de la suspensión) y un requisito formal: notificación al contratista del fin de la suspensión. Para ello proponíamos que «los responsables de los contratos deben estar atentos a la finalización de las circunstancias que motivaron la suspensión para que, por el órgano de contratación, se notifique su fin (en caso contrario, podrían continuar los efectos de la suspensión)».

No obstante, como criterio general proponíamos que «aquellos contratos que no hayan comenzado su ejecución o que, habiendo comenzado, devengan inejecutables transcurrido el plazo del estado de alarma, deberá procederse a su resolución y no a la suspensión».

Al contratista le corresponde una indemnización por la suspensión consistente en los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante este periodo. Aunque la norma precisaba que el contratista únicamente podrá ser indemnizado por los daños y perjuicios enumerados en la norma, sin que resulte de aplicación el art. 208.2.a) LCSP.

Lo que en ningún caso admitimos es que el contrato se prolongara por un período de tiempo igual al que hubiera estado suspendido, no existía un derecho a recuperar «el tiempo perdido».

2.2. Contratos de servicios y suministros que no sean de prestación sucesiva

El art. 34.2 contemplaba la posibilidad de que el contratista incurriera en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia de la covid-19 o de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo.

El incumplimiento del contratista en el cumplimiento de los plazos imputable a estas causas tenía como consecuencia jurídica la posibilidad de ampliar el plazo del contrato, con una excepción: si el contrato había perdido su finalidad (servicios que ya no se pueden prestar o suministros que ya no son necesarios), debía procederse a su resolución.

El procedimiento se inicia con la solicitud del contratista, justificando que la demora obedece a los motivos previstos en el presupuesto de hecho y, en su caso, justificando la cuantía de la indemnización solicitada —realidad, efectividad y cuantía—. A nuestro juicio «la norma no prohíbe que el contratista solicite la ampliación

del plazo y en un momento posterior la indemnización, por lo que se tramitarán dos procedimientos a tal fin» (*Circular núm 1*).

Formulada la solicitud se somete a Informe del Responsable del contrato («director de obra del contrato» dice el apartado 2, figura novedosa en esta creación de «Derecho de emergencia»), que constata que el incumplimiento se debe a causa no imputable al contratista sino como consecuencia de las medidas adoptadas con ocasión de la covid-19.

Por último, la resolución del órgano de contratación, acordando la ampliación del plazo y, en su caso, la indemnización que proceda. Esta se establece en el abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente se haya incurrido como consecuencia del tiempo perdido, hasta un máximo del diez por ciento del precio inicial del contrato.

2.3. Contratos de obras

Para este tipo de contratos cuya ejecución se viera afectada por la covid-19 o las medidas adoptadas por el Estado (en este caso no se hacía referencia a las medidas autonómicas o locales) se contemplaba la posibilidad de suspender el contrato o ampliar el plazo de ejecución.

Esta medida se contemplaba para dos supuestos: 1) contratos que no hubieran perdido su finalidad y que existiere una imposibilidad de continuar la ejecución por la situación creada; 2) contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por la covid-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra.

En estos supuestos se exceptúa la aplicación del art. 208.2.a) LCSP relativo a los conceptos indemnizatorios en caso de suspensión del contrato, ni el art. 220 LCSP relativo a la fuerza mayor (así como los correspondientes artículos del TRLCSP para aquellos contratos firmados bajo su vigencia). Los conceptos indemnizables como consecuencia de la suspensión o ampliación del plazo de ejecución de contienen en el propio art. 34.

En este supuesto consideramos que la suspensión no era automática, debiendo instarla el contratista acreditando la concurrencia del presupuesto de hecho y formalizarse la correspondiente acta. Una prueba de que este procedimiento se inicia a instancias del contratista son los efectos desestimatorios que se anudan a la falta de resolución en plazo.

La efectividad del reconocimiento al derecho indemnizatorio exigía la previa acreditación por el contratista de los siguientes extremos: 1) Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la

ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020; 2) Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores a fecha 14 de marzo de 2020.

2.4. Contratos de concesión de obras y servicios

2.4.1. *Planteamiento general*

El mantenimiento del equilibrio financiero del contrato es uno de los derechos del concesionario de obra pública (art. 257.2 LCSP), siguiendo el régimen previsto en el art. 270. En el contrato de concesión de servicios se reconoce también el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando concurren las circunstancias del art. 290 LCSP, entre ellas la fuerza mayor, calificación que expresamente se descarta para la situación provocada por la covid-19.

El art. 34 que analizamos establece un régimen singular de reequilibrio financiero de estos contratos si le afecta la situación de hecho creada por la covid-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la administración local para combatirlo.

Las reglas que se disponen para este reequilibrio son las siguientes:

1.^a Se compensará al concesionario por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante el período de duración de la situación de hecho creada por la covid-19. En relación con los gastos salariales dos precisiones:

- a) Incluyen las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondan (art. 34.8).
- b) La STS, Sala de lo Social, núm. 4876/2021, de 16 de diciembre, reiterando doctrina, reconoce el derecho de los concesionarios públicos para presentar un ERTE por fuerza mayor sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener el restablecimiento económico del contrato. A la vista de esta doctrina, y para evitar un posible enriquecimiento injusto, en los expedientes de reequilibrio financiero tramitados por el Ayuntamiento de Sevilla se exigió acreditación de no haber solicitado ERTE o, en su caso, de las ayudas recibidas para descontarlas de la indemnización a recibir.

2.^a Podrá tener llevarse a efecto mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por ciento o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

El reconocimiento del reequilibrio exige que el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato

como consecuencia de la situación provocada y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.

Para la aplicación de estas medidas en el Ayuntamiento de Sevilla se establecieron tres criterios:

- a) El objeto del expediente de reequilibrio. Dado el distinto fundamento, presupuesto y requisitos de este mecanismo de reequilibrio se fijó el criterio de tramitar los expedientes de reequilibrio exclusivamente por los supuestos contemplados en el Real Decreto–Ley 8/2020, remitiendo a otro expediente separado cualquier otra pretensión de reequilibrio que no tuviera encuadre en el anterior. El expediente covid debe limitarse a los desequilibrios producidos como consecuencia directa de las medidas acordadas por las Administraciones públicas.
- b) La determinación del *quantum* indemnizatorio. Para objetivar la indemnización se estableció el criterio de utilizar los datos contemplados en el Plan Económico Financiero o Estudio de Viabilidad Económica de la concesión. Pareció razonable que si el concesionario obtuvo la concesión y se determinó el canon en función de unas previsiones incorporadas a su oferta, fueran esas previsiones para la anualidad correspondiente las que determinarían los ingresos previstos.

Consideramos que el derecho del concesionario «al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras» que reconoce el art. 34, no puede entenderse sino como un supuesto específico o *ad hoc* de reequilibrio económico del contrato. Y por tanto, con arreglo a la dicción literal del propio precepto y a la naturaleza jurídica del derecho de reequilibrio, la expresión «los [ingresos y gastos] previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión» debía interpretarse como los ingresos y gastos tenidos en cuenta en el momento de adjudicación del contrato de concesión y con arreglo a la oferta económica presentada por el concesionario a la licitación, más en concreto, con arreglo al plan económico–financiero aportado.

El plan económico–financiero aportado por el concesionario funciona como referencia para determinar el *quantum*. De un lado, se acredita la pérdida de ingresos y el incremento de gastos soportados por el concesionario en el período a considerar. De otro lado, se determinan los ingresos y gastos previstos en la ejecución normal del contrato en ese período (con arreglo al plan financiero aportado con la licitación). Y, por diferencia entre ellos, se obtiene el *quantum* de la compensación a realizar.

3.º El cálculo del plazo a ampliar como medida compensatoria. El art. 34.4 permitía «la ampliación de su duración inicial [del contrato] hasta un máximo de un 15 por ciento». Sin embargo, no aclara cómo se valora económicamente el tiempo de ampliación de la duración inicial del contrato, con la conclusión de que podemos saber el importe de la pérdida de ingresos e incremento de gastos, pero desconocemos cómo valorar esa ampliación de plazo.

Parece descartable la compensación de día de imposibilidad de explotación por día de ampliación de plazo, porque la fórmula del art. 34.4 es la de compensar una

cantidad con un plazo, no un plazo con otro plazo igual. También hay que descartar proponer una ampliación sin cálculo alguno, porque iría contra la letra del precepto. Por ello el Servicio tramitador propuso los siguientes criterios, que fueron aceptados por la Secretaría:

- a) El valor de cada año de ampliación de la duración inicial (prórroga) es valor del beneficio neto contemplado en el Estudio de Viabilidad Económico Financiera para el último año de la concesión, debidamente actualizado con el IPC contemplado en el propio Estudio de Viabilidad.
- b) Como quiera que esa ampliación de la duración inicial se produce ahora, el valor de ese beneficio neto actual actualizado se ha de calcular en términos Valor Actual Neto (VAN).

4º El procedimiento a seguir. Ante la ausencia en el Real Decreto-ley 8/2020 de reglas procedimentales consideramos adecuado la utilización de las reglas dispuestas en el art. 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, para la resolución de las incidencias que surjan en la ejecución de los contratos.

2.5. Experiencias concretas

- A) Concesión de servicio público de complejo deportivo San Bernardo. Gerencia de Urbanismo. JCA núm.6 de Sevilla, Sentencia 143/2022, de 4 de julio. Pendiente de sentencia de apelación.

La concesión incorpora la explotación de un complejo deportivo, con quioscos y aparcamiento. La pretensión de reequilibrio planteada por el contratista no fue resuelta en vía administrativa, lo que indudablemente debilitó, como suele ser habitual, la posición procesal de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla.

La Sentencia reconoce íntegramente la pretensión del demandante avalada por un informe pericial, que asumió en su integridad.

Frente a la alegación municipal de que parte de la explotación no era de imposible explotación, la sentencia admite que cuando la norma expresa «únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad» está admitiendo una posibilidad de indemnización por la parte no explotada, que, según ratificó el perito, era la que había tenido en cuenta en su informe.

De la argumentación de la sentencia para estimar las pretensiones nos llama la atención la interpretación que hace del supuesto de hecho del art. 34. No solo imputa el daño a las medidas acordadas por las Administraciones, sino que admite como causa del desequilibrio del contrato a compensar por esta vía *«la situación de hecho creada por el COVID-19»*. Esta motivó una disminución de clientes *«porque la propia situación de covid-19 ha provocado precaución y miedo en muchos ciudadanos que han dejado de realizar actividades que con anterioridad al Covid-19 realizaban (acudir a*

centros deportivos, tomar tapas, salir de cenas...»)», con una incidencia económica en los negocios que da derecho a indemnización.

El método de cálculo de la indemnización también se aparta del criterio municipal que hemos expuesto, entiende esta juzgadora que la pericial aportada por la parte actora se ajusta a lo dispuesto en la norma en tanto hace el cálculo sobre la contabilidad real y efectiva de la empresa. Como bien aclaró el perito el Estudio de Viabilidad Financiera no deja de ser un plan económico financiero que se propone en el momento de la contratación, pero que no contempla datos reales.

Lo realmente sorprendente de la sentencia es el reconocimiento total de la pretensión de conceder una ampliación del plazo de seis años, que superaba con creces el límite del quince por ciento que impone la norma. Y la única justificación la encontramos en el siguiente texto: «Aclaró (el perito), así mismo, a preguntas del letrado de la Administración que para proponer la prórroga de seis años se limitó a hacer un ejercicio sobre la base de las cantidades reclamadas comprobando en qué plazo se podría recuperar».

B) Concesión de servicio público de equipamiento deportivo. Instituto Municipal de Deportes. JCA núm. 13 de Sevilla, Sentencia núm. 20/2023, de 6 de febrero. Pendiente de sentencia de apelación.

Nuevamente una solicitud de reequilibrio financiero de un contrato de concesión de servicios que llega a la jurisdicción ante la desestimación presunta en vía administrativa.

En este caso, y conforme con la norma de aplicación, la indemnización pretende un resarcimiento por el desequilibrio provocado por el cierre de las instalaciones acordado por el Ayuntamiento en un determinado período, lo que determina la imposibilidad de ejecución del contrato. Es decir, no se tiene en cuenta la pérdida de clientes u otras circunstancias más allá del cierre absoluto de la instalación.

La cuestión clave del litigio es la determinación del *quantum* indemnizatorio que el demandante fija a tanto alzado, dado que el art. 34.4 garantiza que el reequilibrio compense «la pérdida de los ingresos y el incremento de los costes soportados». En esta previsión entiende la demandante que encuentra cobertura la indemnización de una cantidad a tanto alzado. La sentencia considera que la norma solo contempla como medida indemnizatoria la ampliación del plazo del contrato o la modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato, entendiendo que la compensación prevista «viene referida al marco de las dos medidas que prevé el precepto, no es al modo de ver de este juzgador, una tercera vía para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero».

A pesar de esta afirmación, la propia sentencia da cuenta de la del TSJ de Extremadura de 16 de noviembre de 2021 que admite esta posibilidad pero no la aplica al supuesto que analiza, afirmando «es decir que la indemnización solicitada, solamente sería factible en los casos en que el menoscabo no pudiese compensarse mediante la

ampliación de los plazos o el reajuste de las cláusulas económicas, que determinarían una imposibilidad de ejecución, y en éste caso, sobre la base de lo expuesto en éste caso, la aplicación de tales elementos, tampoco es necesaria». También da cuenta de un Auto del TS de 6 de octubre de 2022 que, en relación con este tema, admite una cuestión de interés casacional relativa a la posibilidad de que *el menoscabo no pudiese compensarse mediante la ampliación de los plazos, o mediante el reajuste de las cláusulas económicas*.

En definitiva se desestima la demanda al no admitirse una compensación determinada a tanto alzado.

- C) Concesión de obra pública para la explotación del complejo METROPOL-PARASOL (Setas de Sevilla). Resolución indemnizatoria no impugnada.

Este singular contrato tiene por objeto la construcción de un edificio-mirador (Setas de Sevilla), y su explotación mediante las visitas y locales comerciales resultantes, así como la entrega de un edificio en la zona para su explotación como hotel. En el complejo se aloja también un mercado de abastos municipal.

El concesionario solicitó un reequilibrio por la incidencia negativa en el contrato de la covid-19 y unos gastos que le suponía la conservación del mercado. La primera medida fue diseccionar la petición y tramitar al amparo del art. 34.4 la que tenía su encuadre en las medidas adoptadas tras la covid-19, remitiendo las otras pretensiones a un expediente de reequilibrio ordinario.

En primer lugar se constató la imposibilidad de ejecutar el contrato por las medidas de limitación a la movilidad y al ejercicio de distintas actividades establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y que estuvieron vigentes, tras sucesivas prórrogas, hasta el 21 de junio, que impedían el acceso de visitantes al mirador del complejo y la explotación de los locales comerciales.

A partir de esta constatación surge la necesidad de cuantificar la indemnización. Para comprobar la pérdida de ingresos y el aumento o reducción de gastos se tomó como referencia lo previsto en el Plan Económico Financiero que presentó la concesionaria para la adjudicación del contrato. Ello determinó, por ejemplo, que se excluyeran «las obras del hotel porque de acuerdo con el PEF deberían haberse ejecutado en el año 3 de la concesión, por lo que al no ser un ingreso previsto en el PEF en el año en el que se declara el estado de alarma, no sería compensable». Así se propuso reconocer el derecho de la concesionaria a ser compensada por ello en la cantidad de 478 892,55€, que resultan de la suma de 338 459,55€ en concepto de pérdida de ingresos por las subidas al mirador más 140 433,00€ en concepto de pérdida de ingresos por la explotación de los locales.

La Intervención municipal formuló una observación a la pérdida de ingresos por explotación de los locales, considerando que la decisión del concesionario de eximir del pago de las rentas a los alquileres durante el período de alarma no debía asumirla

el Ayuntamiento. Finalmente, el Servicio informó favorablemente a este reconocimiento, ya que situaba al concesionario y sus arrendatarios en la misma posición del resto de concesionarios y arrendatarios de locales municipales a los que, como veremos, se les eximió del pago de cánones y rentas durante el período de alarma. Con este informe el Consejo de Gobierno de la Gerencia de Urbanismo aprobó la indemnización con fecha 14 de abril de 2021.

Para calcular el período de ampliación del plazo de concesional se utilizó el siguiente método (aprobado por el Consejo de Gobierno de la Gerencia):

a) Considerar como cantidad a compensar la cantidad reconocida en el expediente del reequilibrio COVID (478 893,00€).

b) Considerar como valor de referencia de cada año de prórroga el importe del beneficio neto (después de impuestos considerados en el PEF que presentó la concesionaria con su oferta) correspondiente al último año de la concesión, año 40 (2051) ascendente a 1 098 350,00€ actualizado con el IPC constante previsto en el mencionado PEF (2,5 por ciento) para las anualidades de 2052 a 2056, ambas inclusive.

$$VA = \frac{VF}{(1 + r)^n}$$

c) Esos importes de beneficio neto de las anualidades de 2052 a 2056, ambas inclusive, se han traído a 2021 mediante la siguiente fórmula de matemáticas financieras:

Donde VA es el valor actual a 2021; VF es el valor resultante de actualización; *r*, la tasa de descuento que se ha establecido en el 7,28 por ciento que es la prevista en el PEF y *n*, la diferencia de años.

d) Sumados los valores a 2021 del beneficio neto indexado de los ejercicios de 2052 a 2056, ambos inclusive, resulta que para compensar el importe de 478 893,00€ es necesario prorrogar la concesión 4 años y 7,27499724 días.»

D) Una situación polémica. La desestimación de la solicitud de reequilibrio de los concesionarios de aparcamientos públicos.
Pendiente de sentencia en vía contencioso-administrativa.

Para exponer adecuadamente este supuesto hay que recordar que el Real Decreto 463/2020 no contiene ninguna medida dirigida a impedir la actividad de aparcamientos, ni existió ninguna medida municipal que acordara el cierre de los mismos. También recordamos que el art. 34.4 exigía como presupuesto que el órgano de contratación apreciara la imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcialmente.

Por ello se desestimó la petición de reequilibrio en base a las siguientes consideraciones:

a) El art. 34.4 del Real Decreto 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19, regula las «medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19»

b) Del tenor literal del referido art. 34.4 se infiere que la imposibilidad de ejecución es una cuestión objetiva que corresponde apreciar al Ayuntamiento de Sevilla y que la misma debe suponer la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato. En este caso concreto, ello no se produjo puesto que los aparcamientos no se incluyeron dentro de la enumeración de los servicios suspendidos del anexo I del Real Decreto 463/2020, por lo que, no se ha podido producir una imposibilidad en la ejecución de la concesión, sin que, además el Ayuntamiento en ningún momento adoptara medida alguna que conllevara el cierre de los mismos.

c) Que las medidas incluidas en el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma eran medidas imprescindibles para hacer frente a la situación de pandemia mundial que además de ser proporcionadas a la gravedad de la misma, tal y como, se advierte en la redacción de este instrumento normativo no pueden, siguiendo las palabras de la Abogacía del Estado en su informe de fecha 1 de abril de 2020, invocarse para su resarcimiento.

En la hipótesis derivada, *a contrario sensu*, del art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020 de que la ejecución no sea «imposible», la ejecución del contrato sigue siendo obligatoria para el contratista, sin que las medidas generales adoptadas en el estado de alarma puedan invocarse como perjuicios resarcibles por la Administración pues el Real Decreto-ley 8/2020 no prevé su resarcimiento y se trata, además, de inconvenientes o perjuicios derivados de medidas generales adoptadas por el Gobierno en una situación excepcional que, como tales, todos tienen el deber jurídico de soportar.

d) Que la aplicación de este Real Decreto atiende a hechos excepcionales lo que conlleva que la causa del reequilibrio únicamente pueda consistir en la imposibilidad de la ejecución del contrato como consecuencia de la crisis sanitaria, extremos que no concurren en este supuesto puesto que el aparcamiento en ningún momento, durante el plazo de duración del estado de alarma, fue objeto de cierre.

En caso similar se ha pronunciado la STSJ del País Vasco núm. 348/2021, de 30 de septiembre. La primera proclamación de la sentencia, a estos efectos, es que «ni el RDL 8/2020 (y normas posteriores que establecieron medidas para hacer frente al impacto social y económico causado por la covid-19) pueden aplicarse a supuestos distintos de los previstos por las mismas, ni la aplicación de esas medidas del legislador extraordinario puede ser sustituida, desplazada o complementada por la aplicación de los mecanismos de compensación previstos por la legislación de contratos a la misma situación regulada por las precitadas normas “especiales”». La consecuencia a la que llega es que no resulta la aplicación, al existir una norma «particular», la aplicación de la legislación de contratos reguladora de las alteraciones del equilibrio económico de la concesión, produciéndose el consiguiente desplazamiento *ratione materiae* de la legislación de contratos del sector público.

Dicho lo cual analiza el concepto de imposibilidad de ejecución, que debe referirse la imposibilidad de ejecutarlo y no a la imposibilidad de ejecutarlo en las condiciones económicas estipuladas. Considera que en este caso *no se ha producido esa paralización, ni total ni parcial, ya que la explotación del aparcamiento se ha mantenido en funcionamiento durante el estado de alarma, no en vano las medidas restrictivas de la*

movilidad y otras no han incidido en dicho objeto o afectado a la oferta (prestaciones) de la contratista, sino repercutido en la demanda y, por tanto, en el resultado de la explotación económica en que consiste la concesión. Por ello desestima la petición de reequilibrio sin perjuicio del recurso de la concesionaria al régimen de resolución contractual (en la misma línea STSJ Asturias núm. 276/2022, de 25 de marzo).

E) Contrato de concesión de servicios de cafetería del Real Alcázar.
Pendiente de sentencia en vía contencioso-administrativa.

El Real Alcázar de Sevilla cerró sus puertas como consecuencia de las medidas adoptadas, suspendiéndose las concesiones de servicios de cafetería, audioguías y tienda hasta que el día 7 de mayo de 2021 la Comisión Ejecutiva del Patronato acordó levantar la suspensión y continuar la prestación de los servicios.

Los concesionarios propusieron ampliar el contrato por plazo idéntico al suspendido, con la siguiente respuesta de la Secretaría: «considera que no procede la medida propuesta relativa al incremento del plazo de duración de la concesión en un periodo igual al que ha estado suspendido, puesto que el contrato se reanuda, una vez levantada la suspensión continuando su ejecución en los términos iniciales y la compensación por ese periodo en el que el contrato ha estado suspendido se lleva a cabo en este contrato mediante el incremento del plazo en un 15 por ciento del periodo inicial. De admitirse el aumento del plazo de duración en un periodo igual al que ha estado suspendido, se estaría reequilibrando el contrato doblemente».

Señalaron entonces que la única posibilidad existente para restablecer el equilibrio económico-financiero era la modificación de las cláusulas económicas del contrato. Proponen una modificación de estas cláusulas únicamente referida al canon, manteniendo inalteradas el resto, esto es la inversión y el porcentaje de descuento del precio de venta al público para los trabajadores del Patronato. Finalmente se acordó: «aprobar como medida de reequilibrio la opción prevista en el art. 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, de modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, mediante la suspensión del canon durante el periodo que se ha encontrado suspendido el contrato, desde el 13 de marzo de 2020 al 7 de mayo de 2021».

También solicitaron una modificación del contrato por las pérdidas sufridas desde el levantamiento de la suspensión hasta la finalización del contrato, dado el descenso considerable de visitantes. Esta pretensión fue rechazada con el siguiente informe de Secretaría:

Al respecto, tanto la Junta Consultiva de contratación administrativa del estado en su informe 38/2020 como en el emitido por la Abogacía General del Estado de 1 de abril de 2020 sostienen la falta de equiparación de la situación de hecho por la covid-19 al concepto de «fuerza mayor» o de «circunstancia imprevisible» a los efectos de, respectivamente, amparar una modificación del contrato de obras con base en el anterior art. 107 del anterior TRLCSP o del 205 vigente de la LCSP; y que se justifican en el borrador por las siguientes razones: Porque el art. 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por la covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que

expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor. Porque la aplicación preferente del art. 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales de la covid-19 no permite que, por la vía de la modificación del contrato, se acaben renegociando los contratos de obra y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el art. 34 del RDL 8/2020.

Noveno: A todo ello hay que añadir que el art. 290 LCSP dispone que, en todo caso, no existe 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 asunción del riesgo operacional es consustancial tanto al contrato de concesión de obras como al de servicios, así lo disponen los arts. 14 y 15 de la LCSP. El concesionario asume el riesgo de demanda en la gestión de la concesión, esto es, debe arbitrar los medios necesarios para que los potenciales usuarios del servicio deseen utilizarlo, riesgo característico de las concesiones de servicios.

Conclusión: No procede, a juicio de esta Secretaria, la modificación propuesta del contrato concesión de servicios de audio guías, radioguías y otros dispositivos que sirvan como complemento y apoyo a las visitas al Real Alcázar.

2.6. Un supuesto al margen del Real Decreto–Ley 8/2020: los negocios patrimoniales.

El ámbito de aplicación del art. 34 Real Decreto–Ley 8/2020 se concreta en su apartado 8 al definir el concepto del «contrato público», en el que no se contemplan los contratos patrimoniales que celebren las Administraciones públicas (el art. 9 LCSP enumera las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial).

El problema lo plantearon los titulares de concesiones demaniales y arrendamientos de locales de negocios cuyas actividades se vieron directamente afectadas por las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, prevista en el art. 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y sus sucesivas prórrogas.

El Ayuntamiento de Sevilla fue consciente de la dificultad que suponía para estos titulares hacer frente al pago de un canon o renta sin poder explotar los negocios que constituían su fuente de ingreso. Ante la inviabilidad de aplicar en estos contratos las técnicas del reequilibrio financiero, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 30 de julio de 2020, adoptó el siguiente acuerdo:

«Con el fin de paliar la crisis ocasionada por la pandemia sufrida, se concede a los titulares de los contratos de arrendamiento y de las concesiones administrativas formalizadas por esta Delegación la posibilidad de elegir entre una de las siguientes opciones:

a) Eximir del pago del recibo del mes de abril completo y respecto al del mes de mayo en la parte proporcional que el estado de alarma les ha obligado a cerrar el negocio, conforme a la Orden de 9 de mayo de 2020 y Orden SDN/414/2020 de 16 de mayo, que permitan abrir desde el 11 o 18 mayo, según los casos, circunstancia que deberán acreditar con una declaración responsable.

b) Ampliar la fecha fin de los contratos de arrendamiento y de las concesiones administrativas de tales locales, de manera que al término del plazo de los mismos, continúen explotando sus negocios, por el tiempo que el estado de alarma les ha obligado a cerrarlos, eximiéndolos del pago en ese periodo de ampliación».

3. EL INCREMENTO DE LOS PRECIOS DE LOS MATERIALES Y SU IMPACTO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.

3.1. Consideración general: ¿es posible resolver el problema mediante una modificación del contrato?

La legislación de contratos públicos ha contemplado tradicionalmente un mecanismo para prever en el propio contrato medidas que palien el efecto de la subida de los precios: la técnica de la revisión de precios. No obstante, señala la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, «la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras no es posible afrontarla con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 por ciento de su importe».

Para remediar esta situación una de las opciones que se ha contemplado es la prevista en el art. 205.2.b) de la LCSP, la posibilidad de acordar la modificación del contrato cuando tal necesidad se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre que se cumplan las tres condiciones siguientes:

- «1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.»

A nuestro juicio esta opción es descartable por las siguientes razones:

1.^a) Por la doctrina que sientan tanto la Junta Consultiva de Contratación Pública como el propio Tribunal Supremo. Así la Recomendación JCCP de 10 de diciembre de 2018, explica que «desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado». Coincide con esta visión, la

STS núm. 1823/2017, de 27 de noviembre, cuando dice que «las “modificaciones no previstas” a las que se refiere el art. 107 reseñado, se ciñen a las “prestaciones” o “actuaciones” objeto del proyecto modificado, y no al precio o coste de tales prestaciones o actuaciones, o en otras palabras, que lo que regula el precepto son modificaciones de las prestaciones que tiene que llevar a cabo el contratista para la Administración y no otra cosa, sin que quepa incluir en este concepto el precio o coste de determinada actuación o prestación prevista no en el proyecto modificado, sino en el proyecto original previo al proyecto modificado».

2.º) Por el entendimiento que en materia de contratos públicos se hace del principio de riesgo y ventura, que como señala la STSJ Asturias 276/2022, de 25 de marzo, «implica que, si por circunstancias sobrevenidas, se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato sobre aquellos inicialmente calculados la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado, o incluso producen pérdidas, serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización». Añade que «más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

3.º) Por el propio hecho de que el legislador se haya visto obligado a dictar una serie de disposiciones extraordinarias para prever las compensaciones necesarias para corregir el eventual desequilibrio provocado por el incremento de los precios, que resultarían innecesarias si tuvieran encuadre en la legislación vigente. El legislador de 2022 es consciente que ese tipo de situaciones no encuentran respuesta en la normativa vigente, y afirma en la exposición de motivos del Real Decreto–Ley 3/2022 que «ante esta circunstancia, notablemente perjudicial para el interés público subyacente en cualquier contrato del sector público y que también afecta severamente a los operadores económicos del sector de la obra civil, se ha considerado oportuno adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional para, únicamente en estos supuestos, permitir una revisión excepcional de los precios del contrato».

Es cierto que la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 4711/2022, de 10 de octubre, admite la aplicación del art. 205.2.b) LCAP a una modificación a la baja del precio del contrato. Pero no creemos que dicha posición sea extrapolable con carácter general, dadas las concretas circunstancias que plantea la cuestión sujeta a enjuiciamiento. Se trata de un sistema de contratación singular —Tramitación de emergencia y Acuerdo marco—, para el suministro de mascarillas en una situación de pandemia, y en el que son varias las empresas adjudicatarias las que solicitaron la modificación del precio aprobado por la Administración. La solución que adopta la sentencia se justifica en que «la Administración tenía la potestad y el deber de ajustar los precios a la baja, en observancia del principio de integridad y de una eficiente utilización de los fondos, que se recoge en el art. 1 de la LCSP. Resultando palmario el interés público que preside la minoración de precios unitarios del material sanitario que se hubo de adquirir mediante tramitación de emergencia».

A nuestro juicio lo que hace la sentencia es encontrar una fórmula, incluso forzada, para evitar que la Administración pagara unos precios desproporcionados por las mascarillas, que se fijaron en pleno auge por la demanda inicial tras declararse la pandemia, pero que difícilmente podrá sostener una petición de un contratista de modificación de los precios, por su incremento, utilizando el procedimiento de modificación no prevista de los contratos.

3.2. Las medidas normativas y su aplicación en el Ayuntamiento de Sevilla.

3.2.1. En el ámbito estatal.

Mediante el citado Real Decreto–Ley 3/2022, de 1 de marzo, se dictaron medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, modificado posteriormente por los Reales Decretos–Leyes 6/2022, de 28 de marzo, y 14/2022, de 1 de agosto.

El mecanismo extraordinario de revisión de precios se aplica a los contratos públicos de obra en los casos previstos en el art. 6 y siempre que el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, esto es, una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.

El impacto existe cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el ejercicio 2021 su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en el ejercicio 2021. El cálculo de dicho incremento se efectuará suprimiendo de la fórmula aplicable al contrato los términos que representan los elementos de coste distintos de los antes citados, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor de los coeficientes de los términos suprimidos, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad.

El art. 7.1 permite que por orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, se pueda establecer otros materiales cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta a los efectos anteriores. La ampliación de materiales se llevó a efecto por la orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, incluyendo el cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos y vidrio.

Como límite se establece que la cuantía de la revisión excepcional, calculada según los criterios previstos en el art. 8, no podrá ser superior al 20 por 100 del precio de adjudicación del contrato.

El art. 9 regula el procedimiento para la revisión excepcional de precios, que se inicia con la solicitud del contratista presentada durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación, por el órgano de contratación de la certificación final de obras. Corresponde al contratista aportar la documentación justificativa del incremento y al órgano de contratación le compete formular un doble pronunciamiento: 1.º) apreciar el cumplimiento de la circunstancia de excepcionalidad, para lo que utilizará, siempre que sea posible, datos procedentes del Instituto Nacional de Estadística; 2.º) si procede reconocer la revisión excepcional de precios y, de ser así, la fórmula aplicable al contrato. Formulará una propuesta provisional, dando audiencia al contratista por plazo de diez días. Transcurrido el citado plazo, el órgano de contratación resolverá motivadamente lo que proceda en el plazo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo para su presentación. La concesión de la revisión excepcional de precios no requerirá el reajuste de la garantía definitiva.

La finalización del plazo máximo para resolver sin haber tenido resolución expresa, faculta al solicitante para entender desestimada su solicitud por silencio administrativo.

El pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios, regulado en el art. 10, presenta las siguientes singularidades: *a)* se condiciona a que el contratista no haya ejercitado ninguna acción, o acredite el desestimiento, por causa del incremento de costes; *b)* la cuantía se aplica a la certificación final de obras, sin perjuicio de realizar pagos a cuenta; *c)* el contratista repercutirá la parte proporcional al subcontratista, que no tendrá acción directa contra la Administración; *d)* debe aprobarse un nuevo programa de trabajo adaptado a las nuevas circunstancias, con graves consecuencias para el contratista que lo incumpla una vez percibida en todo o en parte la cuantía de la revisión.

Este régimen era de aplicación directa a todos los entes del sector público estatal, y el art. 6.3 permitía su aplicación a las Comunidades Autónomas, y a las ciudades de Ceuta y Melilla, que así lo acuerden.

Llamamos la atención sobre el título competencial invocado por el Estado en la disposición final primera, apartado tercero. Los arts. 6 al 10 se dictan al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, con excepción de aquellos aspectos que conforme a la disposición final primera LCSP hayan sido declarado no básicos. Analizando esta disposición constatamos que el art. 103 LCSP —procedencia y límites de la revisión de precios de los contratos— tiene carácter básico.

3.2.2. *En el ámbito autonómico de Andalucía.*

Al igual que las otras Comunidades Autónomas, Andalucía adoptó las medidas normativas procedentes para incorporar esta revisión excepcional de precios dictando

el Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras en desarrollo de las medidas previstas en el título II del Real Decreto-ley 3/2022.

La norma es de aplicación al sector público autonómico, pudiendo aplicarse también a las entidades locales del ámbito territorial de Andalucía, así como a las Universidades Públicas de Andalucía, siempre que así lo acuerde el órgano competente de dichas entidades conforme a lo establecido en la legislación que en cada caso les sea de aplicación (art. 2).

Las novedades más relevantes que presenta esta norma son las siguientes: 1.^a) extiende la revisión a los contratos de servicios necesarios para la ejecución de obras públicas, entendiéndose por estos los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, y conservación y mantenimiento de edificios públicos (art. 4.2); 2.^a) amplía su ámbito de aplicación a los contratos con certificación en 2021, siempre que no se encuentren liquidados a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2022 (art. 4.1); 3.^a) el impacto económico que determina el derecho a la revisión excepcional de precios deviene del incremento del coste de «todos» los materiales, excepto la energía (arts. 5 y 6); 4.^a) declara la improcedencia de imponer penalidades al contratista por retraso en los plazos establecidos debido a la falta de suministros por escasez en el mercado, debidamente justificada (art. 8); 5.^a) habilita para un cambio de los materiales previstos en el proyecto, a petición de la empresa adjudicataria y «siempre que la modificación no implique una merma en la funcionalidad y seguridad de la obra en ejecución» (art. 9); 6.^a) establece la obligatoriedad de incluir en los pliegos de contratación de obra pública, que se tramiten por procedimiento abierto, la revisión periódica y predeterminada de precios y la fórmula de revisión (art. 10).

La regulación autonómica excedía con creces las previsiones de la norma dictada con carácter básico, y la doctrina constitucional que atribuye al Estado la competencia en materia de revisión de precios (para justificar la competencia básica estatal, la STC 56/2014, FJ 4, calificó el régimen de los precios como «una cuestión esencial de la contratación pública»). Por ello, el Estado anunció la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-Ley 4/2022, aunque con amparo en el art. 33.2 LOTC se suspendió el plazo al reunirse la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía para intentar alcanzar un acuerdo que resolviera las discrepancias.

Por Resolución de 12 de julio de 2022 (*BOJA* núm. 150, de 5 de agosto) se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, por el que se inician negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con los arts. 4, 5 y 9 del Decreto-Ley 4/2022, de 12 de abril.

Finalmente, por Resolución de 12 de enero de 2023 (*BOE* 27 de enero), de la Secretaría General de Coordinación Territorial, se ordena publicar el acuerdo, de 30

de diciembre de 2022, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado–Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto–Ley 4/2022, de 12 de abril.

El acuerdo puso fin a la controversia, y en virtud del mismo la comunidad autónoma se compromete a modificar los siguientes aspectos del Decreto–Ley: 1.º) suprimir del art. 4 el derecho a la revisión excepcional de precios de los contratos de conservación de carreteras ni de mantenimiento de edificios públicos (se mantiene únicamente «cuando así lo establezca la normativa básica en materia de contratación»); 2.º) reducir, en el art. 5, a diez los materiales cuyo incrementos de coste determinada la revisión de precios del contrato; 3.º) imposibilidad de revisar los precios de las obras de 2021 terminadas antes de marzo de 2022, ni aquellas de duración inferior a cuatro meses; 4.º) la posibilidad prevista en el art. 9 de modificar los materiales se sujeta a los límites previstos en los artículos 203 y 205 LCSP.

En la fecha actual, mayo 2023, no se ha llevado a efecto la modificación del citado Decreto–Ley 4/2022.

3.2.3. *La aplicación al Ayuntamiento de Sevilla*

La primera cuestión que se suscitó a la vista del contenido del art. 2.2 Decreto–ley 4/2022 era determinar si el ámbito de la autonomía local se constreñía a la decisión de aplicar o no las medidas previstas en la norma, o si podía entenderse en un sentido más amplio, de modo que alcanzara también a determinar qué tipo de medidas dentro de las previstas serían de aplicación en el concreto municipio.

Dado que el art. 2 se refería a la «aplicación del Decreto–ley» y no a la aplicación de las medidas previstas en el Decreto–Ley entendimos que no había margen para la posibilidad de discriminar las que resultaban aplicables en el Ayuntamiento de Sevilla.

La segunda cuestión a resolver era la determinación del órgano competente. Dado que la revisión de precios, por muy excepcional que sea, entra dentro del ámbito de la contratación, consideramos que la competencia correspondía a la Junta de Gobierno Local al amparo de lo previsto para los municipios de gran población en la disposición adicional segunda, apartado cuarto, LCSP.

La tercera y última cuestión era establecer si la Junta de Gobierno Local era la competente para establecer el régimen solo para el propio Ayuntamiento, o su competencia se extendía a los organismos autónomos y empresas municipales. En otros términos, si cada ente instrumental del Ayuntamiento tenía capacidad para adoptar por sí solo la decisión de aplicar o no la revisión excepcional.

Tres razones nos inclinaron por la solución de atribuir toda la decisión a la Junta de Gobierno Local. De una parte, la necesaria unificación de todo el régimen jurídico de la contratación del Ayuntamiento de Sevilla. De otra parte, la competencia

municipal para asegurar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del sector público local. En tercer lugar, el tenor literal del art. 2.2 que se refiere a la Entidad local para adoptar el acuerdo de aplicación, y no a cada uno de sus entes.

Con estas premisas la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 13 de mayo de 2022 acordó: Disponer la aplicación al Ayuntamiento de Sevilla, a sus organismos autónomos y al resto de entidades que componen el sector público municipal las medidas que en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos contiene el Real Decreto-Ley 3/2022, y el Decreto-Ley 4/2022.

La obligatoriedad de esa decisión municipal para que pueda aplicarse el régimen excepcional de revisión de precios la aprecia la Sentencia núm. 211/2022, de 30 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4, de Sevilla, que desestima un recurso contencioso-administrativo contra la denegación de una solicitud de revisión de precios de contratos de obras, porque el Decreto 4/2022 de 12 de abril «viene a dejar a cada Entidad local la decisión de aplicar o no la revisión de precios», y el Ayuntamiento en cuestión no había adoptado decisión al respecto.

3.2.4. *Algunas cuestiones prácticas*

- A) El contrato de conservación de vías públicas «Servicio de inspección, mantenimiento, reparación y reposición del viario y espacios públicos del municipio de Sevilla»

La ciudad de Sevilla tiene dos grandes contratos de servicios de conservación de las vías públicas, y los contratistas plantearon la posibilidad de una revisión excepcional de precios al amparo del art. 4.2. Decreto-ley 4/2022, considerando que la figura tenía encuadre en los contratos de servicios de conservación de carreteras.

Ciertamente la finalidad de la vía pública, al igual que la carretera, también da servicio al tránsito de vehículos de motor, pero no consideramos que puedan encuadrarse dentro del concepto «vías de dominio y uso público proyectadas, construidas y señalizadas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles» (definición de carretera del art. 2.2 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras). Además la vía urbana no tiene encuadre en la clasificación de carreteras que hace el art. 2.3 (autopistas, autovías, carreteras multicarril y carreteras convencionales). Admitimos que «si bien es cierto que toda carretera debe tener en términos generales la consideración de viario en los términos recogidos en el Plan General, no puede admitirse que todo viario deba tener la consideración de carretera, siendo estas, únicamente las que, incluyéndose en los artículos correspondientes de la normativa sectorial, (Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras y Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía), están recogidas en sus redes y anexos».

Además, «de los requisitos de admisión a la licitación a través de la exigencia de solvencia, no tampoco puede relacionarse, la sustitución del objeto del contrato a la ejecución del servicio de mantenimiento sobre carreteras».

En consecuencia, y dada la interpretación restrictiva que debe darse a toda norma excepcional se descartó la viabilidad de revisión de precios de estos contratos.

B) El procedimiento seguido

El procedimiento para la revisión excepcional de precios es idéntico en la norma estatal y la autonómica (salvo el plazo de presentación de la solicitud que ésta lo extiende hasta dos meses después de la publicación de los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de los costes que afecten al contrato —art. 7.1—).

En relación con el procedimiento para la resolución de incidencias previsto en el art. 97 Reglamento General de Contratos encontramos las siguientes diferencias:

1.^a) el procedimiento de revisión de precios exige dos acuerdos del órgano de contratación: una propuesta provisional, que aprecie el cumplimiento de los requisitos que determinan la revisión y, en su caso, la fórmula aplicable al contrato; y, tras un período de alegaciones, la resolución definitiva (que debe dictarse en el plazo de un mes desde la presentación de las alegaciones o de la finalización del plazo). La falta de resolución en plazo tiene efectos desestimatorios.

2.^a) el procedimiento de revisión de precios no hace referencia alguna a informes preceptivos. Hemos entendido en el Ayuntamiento de Sevilla que era de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional tercera, apartado 8, que exige informe jurídico del Secretario en la revisión de precios, y el apartado tercero que atribuye la competencia al interventor para los actos de aplicación.

C) Exigencia del plazo mínimo de cuatro meses de duración del contrato.

En contrato de obras (Expte. 2021/733, Área de Economía) la reclamación inicial del contratista se desestima provisionalmente por no alcanzar el importe del incremento del coste un impacto del cinco por ciento, por lo que «no queda acreditado la existencia de un impacto directo y relevante en la economía del contrato y no resulta de aplicación la revisión extraordinaria de precios». A ello se añade que el contrato tenía un período de ejecución previsto de 3 meses y se amplió por 28 días, no alcanzando la duración mínima de cuatro meses exigida por el art. 7.1 Real Decreto-Ley /2022, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 14/2022.

El contratista formuló alegaciones sobre los índices aplicados, pero no se pronunció sobre la duración del contrato. En concreto no invocó que la norma autonómica no contenía esa limitación del plazo de cuatro meses. En consecuencia, se desestimó la revisión aplicando la normativa estatal y no la autonómica.

D) Balance general.

Como regla general, y con algunas excepciones porque no se ha alcanzado el cinco por ciento del impacto, se ha reconocido revisiones extraordinarias de precios en los contratos de obras del Ayuntamiento y sus entes instrumentales, si bien las estimaciones han sido generalmente parciales ya que se han corregido a la baja los cálculos presentados por los contratistas.

4. REFLEXIÓN FINAL

La legislación de contratos no podía prever un cúmulo de circunstancias como las que se han concatenado en los años 2020–2022. No podemos afirmar que nuestra normativa era insuficiente o incompleta, simplemente que la realidad habría desbordado al legislador más previsor y diligente. Por ello ha habido que reaccionar con mecanismos coyunturales, poco madurados, pero que en líneas generales han dado respuesta adecuada a la problemática planteada.

De cara al futuro, y dado que las perspectivas no auguran una situación de calma y estabilidad económica, hemos de reflexionar sobre los mecanismos que deben introducirse en la legislación de contratos para dar respuesta al impacto que pueda repercutir en los contratos públicos a consecuencia de los avatares económicos.

Parece evidente que el mecanismo de la revisión de precios, corregido con las técnicas de desindexación, no es suficiente garantía del equilibrio económico de los contratos cuando el impacto que reciben es de cierta magnitud. También es cierto que no puede trasladarse a la Administración cualquier incremento de los elementos de coste de los contratos, eliminando el riesgo y ventura del contratista y poniendo en peligro la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Con estas dos premisas sería necesaria incorporar unos mecanismos o umbrales a partir de los cuales juegue una suerte de revisión de precios excepcional, e incluso establecer unas reglas generales de modificación del precio de los contratos, en más o en menos, cuando concurren circunstancias extraordinarias que lo aconsejen para garantizar el interés público que supone la buena ejecución de los contratos.

