

Opinión

Materias primas: más incertidumbre para los contratistas públicos



José Vicente Morote

Están aún abiertas las heridas provocadas a los contratistas del sector público por los daños generados por la pandemia y ya se avecina una nueva tormenta jurídica derivada del incremento desmesurado de los precios de las materias primas y la energía.

Un sistema de contratación eficiente debería permitir a las partes conocer, a ciencia cierta y antes de comprometerse, quién responde por las vicisitudes, más probables cuanto mayor es el plazo de ejecución, que pueden presentarse durante la ejecución del contrato. Pero como se ha puesto de manifiesto recientemente por los expertos, ni la ley vigente da una respuesta clara a la cuestión, ni la jurisprudencia, que ha venido haciendo de legislador positivo corrigiendo aquello en que la ley le parece inadecuada, permite extraer reglas unívocas.

En principio, la variación de precios forma parte del riesgo y ventura del contratista, de manera que debe tenerlo en cuenta a la hora de hacer su oferta, por lo que se verá perjudicado por un incremento de precios superior al previsto, pero también beneficiado en el caso menos probable de que los precios bajen. La ley permite, sin embargo, que se establezca un reparto distinto de los riesgos generados por esta causa, incluyendo en el pliego de condiciones una cláusula de revisión de precios que contemple la actualización periódica conforme a índices que tienen en cuenta la evolución de los precios de los principales componentes que inciden en el coste de la prestación.

Por supuesto, la variación de precios de los componentes esenciales de la prestación cuando se debe al funcionamiento del mercado no constituye una causa de fuerza mayor que obligue a la Administración a responder por los daños, pero ni siquiera cumple los requisitos que la Ley exige para que el concesionario pueda desistir del contrato que ha devenido excesivamente oneroso. En consecuencia, si por la ley fuera, ni siquiera recurriendo a la analogía, el contratista tendría derecho a ser compensado por la subida extraordinaria de los precios que ha generado la reactivación de la actividad económica tras la pandemia y tampoco podría desistir libremente del contrato.

Pero no es esto lo que han venido afirmando algunos de nuestros tribunales, que han recurrido a la aplicación de varios principios generales para afirmar el derecho del contratista a ser compensado por el riesgo imprevisible, esto es, un hecho sobrevenido y ajeno al comportamiento de

las partes que modifica radicalmente el equilibrio contractual y convierte el contrato en excesivamente oneroso o desproporcionado para el contratista.

Carácter imprevisible

Lo cierto es que, a pesar de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen en abstracto esta posibilidad, la jurisprudencia se resiste a reconocer, en general, el carácter imprevisible a las subidas del precio de materias primas o de la energía provocadas por las oscilaciones del mercado, basándose en la idea de que en un mercado liberalizado las variaciones de precios, por muy fuertes que sean, deben estar previstas por el contratista. Esta idea se mantiene en la actualidad. Pero, quizás, la conclusión sería diferente si la variación de los precios en lugar de alcanzar el 3,14% del total del contrato, que es el porcentaje de variación que el Tribunal Supremo ha considerado que no es suficiente para romper el equilibrio, fuera de un 10%, por ejemplo.

La solución de controversias con la aplicación de principios generales que no tienen base legal genera el problema de que son los tribunales los que van creando las soluciones caso a caso. Por ejemplo, el propio Tribunal Supremo ha reconocido que la línea para separar el riesgo y ventura de la ruptura del equilibrio, a falta de una base legal, viene determinada por la “razonabilidad”, que es un concepto absolutamente indeterminado. Ha establecido, también, que lo que deba entenderse por irracional, es necesario analizarlo partiendo de las circunstancias concretas, pues la valoración ha de hacerse atendiendo a cada supuesto, poniendo en relación el incremento de los precios con el precio total y la duración del contrato. Tampoco están tasadas las consecuencias de reconocer que se ha roto el equilibrio económico del contrato, por lo que podrían admitirse todo tipo de soluciones, de la modificación de los precios hasta recuperar el equilibrio inicial, la compensación parcial o, incluso, simplemente la posibilidad de que el contratista desista del contrato sin compensación ni penalización.

En este contexto de inflación galopante, a falta de reacción del legislador, una vez más los tribunales asumirán el papel de legisladores positivos y tendrán que determinar, conforme al principio de equidad, quién debe soportar los sobrecostes de la inflación. Lo cual no parece razonable, en absoluto. Sería altamente recomendable que el legislador clarificase de manera general y abstracta el régimen jurídico aplicable a esta situación para dotar de seguridad jurídica al desarrollo de la actividad de uno de los sectores más relevantes de nuestra economía.

Socio director de Andersen en España y coordinador legal europeo de la firma