



## **Informe sobre la posibilidad de indemnización de los daños y perjuicios que la demora en la formalización de un contrato no imputable a la empresa contratista, le ocasione como consecuencia del incremento de costes de materias primas, producido desde la fecha en que el contrato se hubiera debido formalizar y empezado a ejecutar, hasta la fecha en que efectivamente se hace**

---

### **ANTECEDENTES**

Desde Infraestructuras de la Generalitat de Catalunya se ha solicitado informe de esta Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en relación con el “posible reconocimiento de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la demora en la formalización del contrato no imputables al adjudicatario -art. 153.5 LCSP- que incluya los daños por el incremento de los precios del contrato referenciados estrictamente al plazo previsto para la formalización del contrato y la fecha efectiva de formalización”.

En el escrito de petición de informe se hace referencia al incremento del precio de las materias primas producido en los últimos meses, el cual “afecta a la contratación pública en un desajuste de las condiciones económicas existentes en el momento de realizar la oferta respecto de las existentes a la formalización del contrato y durante su ejecución, cuando en ambos casos ha transcurrido cierto tiempo”, si bien se especifica que la consulta se circunscribe en “contratos adjudicados pero pendientes de formalizar por demora no imputable al adjudicatario”, respecto de los cuales se plantea “ante una eventual reclamación del adjudicatario con carácter previo a la formalización del contrato, el posible reconocimiento de una indemnización por los daños y perjuicios que la demora en la formalización del contrato le haya causado referenciados únicamente al periodo comprendido entre la fecha prevista de formalización del contrato y la fecha real de formalización” y que “se excluye, por tanto, el plazo transcurrido en la licitación -en ocasiones excesivo- entre la apertura de las proposiciones y la adjudicación dado que, (y) por un lado el licitador tiene el compromiso de mantener su oferta durante el plazo de validez previsto en el pliego de cláusulas administrativas, que en el caso de Infraestructuras.cat se prevé de 4 meses desde la apertura de las proposiciones (en procedimientos simplificados) o desde la fecha de apertura de las proposiciones del sobre nº 2 sujetos a criterios de juicio de valor valoración subjetiva (en procedimientos abiertos con varios criterios de adjudicación) y (ii) que una vez transcurrido el plazo de validez de la oferta, el licitador tiene derecho a retirar su proposición, y por tanto, en caso de no retirarla el licitador adquiere el compromiso de su oferta con la adjudicación del contrato”.

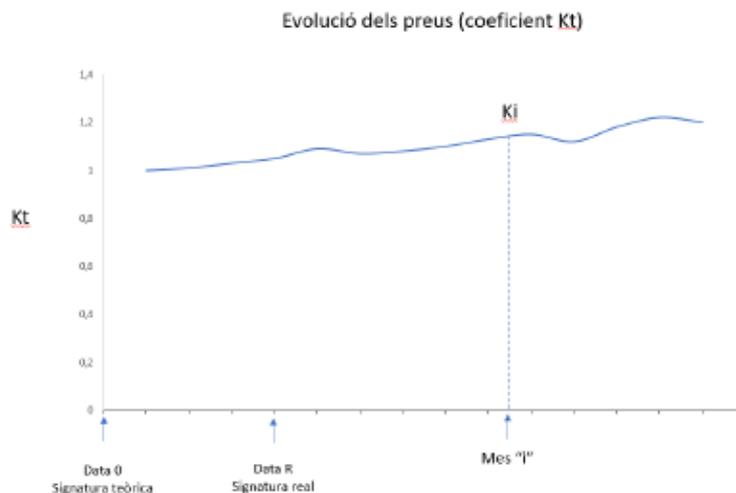
Por otra parte, en el escrito de petición de informe se señala que “la situación actual de inestabilidad de los precios hace pensar que la reclamación por parte de adjudicatarios por esta circunstancia puede llegar a ser frecuente, y habría que establecer un método y/o criterio riguroso y homogéneo para este tipo de casuística” y se propone una metodología de cálculo “para la determinación del perjuicio económico generado por incremento de precios del contrato”, indicándose que “como criterio previo inspirador se tiene como referencia la metodología utilizada para la revisión de precios de los contratos, basada en fórmulas polinómicas e índices que se publican mensualmente”. Así, de acuerdo con esta propuesta “en función de las características de la obra, se asignaría una de las fórmulas polinómicas definidas al 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”, precisándose que “en ningún caso este mecanismo supone una actualización del precio del contrato como tampoco una revisión de precios del contrato del artículo 103 y ss LCSP”, sino determinar “la diferencia entre el coste de la obra que ha asumido el contratista por efecto del retraso del inicio de obra y el coste teórico que hubiera asumido en caso de ejecutar la obra sin este retraso”; en los siguientes términos:

## PROPOSTA



Suposem que l'obra s'ha executat al llarg de “n” mesos a partir de la data de formalització del contracte (data R). La evolució dels preus en aquest període la podem representar a partir dels coeficients  $K_t$  obtinguts amb la fórmula polinòmica assignada.



Si l'obra s'hagués executat a partir de la data de formalització teòrica (data 0), el contractista hagués hagut d'assumir el risc i ventura provocat per la volatilitat de preus entre aquesta data 0 i els n mesos posteriors.



Per tal de calcular el cost de l'obra en aquest supòsit, situem les certificacions en els mesos consecutius a la data 0, és a dir, les avancem en (data R – data 0). Per tant, el cost total de l'obra que hagués suportat el contractista hauria d'haver estat:

$$\text{IMPORT 0} = K01 * C1 + \dots + K0i * Ci + \dots + K0n * Cn$$

Ci són les certificacions reals traslladades als mesos següents a la data 0, i els factors K0i es calculen prenent com a referència la Data 0 i considerant els mesos traslladats.

En realitat, per l'efecte de l'endarreriment de la signatura del contracte, el contractista ha suportat una evolució de preus diferent, ja que les certificacions es van realitzar a partir de la data R i no de la data 0. El cost de l'obra, en realitat, es pot valorar en:

$$\text{IMPORT R} = KR1 * C1 + \dots + KRi * Ci + \dots + KRn * Cn$$

En aquest cas, els coeficients KRi també es calculen prenent com a referència la data 0, però situant les certificacions en el moment en que realment s'han produït.

La indemnització a reconèixer al contractista seria:

$$\text{IMPORT R} - \text{IMPORT 0}$$

En definitiva, se concluye que "interesa a Infraestructures.cat el análisis por parte de la Secretaría Técnica de la Junta de esta solución indemnizatoria propuesta a efectos de determinar la viabilidad de su aplicación".

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Ciertamente, tal como se señala en el escrito de petición de informe, el incremento en los últimos meses de los precios de la energía y de los combustibles, que a su vez está

provocando el aumento de los precios de las materias primas, más que exorbitante en algunos casos, está teniendo gran repercusión e impacto en la contratación pública, principalmente en los contratos que fueron objeto de licitación y, consiguientemente, de ofertas por parte de las empresas, tomando en consideración unos costes sustancialmente diferentes –inferiores– a aquellos a los que efectivamente están debiendo hacer frente dichas empresas para su ejecución en los términos pactados.

En relación con esta afectación hay que tener presente en primer lugar que, como es sabido y como dispone la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), a los contratos del sector público les es de aplicación tanto el principio de *pacta sunt servanda*<sup>1</sup>, como el de riesgo y ventura<sup>2</sup>, de manera que, con carácter general, un eventual aumento de costes de las materias primas producido durante la ejecución de los contratos tendría que ser asumido por las empresas contratistas, si bien la propia normativa de contratación pública prevé y regula varias instituciones que permiten ajustar los términos de los contratos a determinadas evoluciones, como son la revisión de precios, la modificación de los contratos o la posibilidad de reequilibrio económico de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.

La posibilidad de aplicar alguna de estas figuras a los supuestos de afectación del incremento de los precios de las materias primas a los contratos del sector público ha sido analizada muy recientemente por la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha en el [Informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021](#), sobre “la subida de precios de las materias primas en los contratos de obras y su repercusión en la ejecución del contrato. El principio de riesgo y ventura del contratista”, en el que concluye que “el principio de riesgo y ventura resulta exonerado en los casos de revisión de precios del contrato, ‘ius variandi’, ‘factum principis’, fuerza mayor y riesgo imprevisible”, que “únicamente cabría como posibilidad acudir a la teoría del riesgo imprevisible para hacer frente a la subida de precios de estos contratos” y que “respecto del riesgo imprevisible, esta Junta Central no puede pronunciarse, con carácter general y para todos los contratos de obra (...) sobre si la subida de precios de las materias primas en los citados contratos entra dentro, o no, del concepto del citado riesgo”.<sup>3</sup>

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronunció sobre la cuestión de cómo hacer frente al sobre coste de la importación de materiales producido con ocasión del cierre de la frontera terrestre con Marruecos, en el [Informe 38/2020, de 11 de febrero de 2021](#), sobre “efectos del COVID-19 sobre un contrato de obras celebrado en

---

<sup>1</sup> Tal como dispone el artículo 189 de la LCSP “los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas”.

<sup>2</sup> De acuerdo con el artículo 197 de la LCSP la ejecución de los contratos públicos se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio del derecho a indemnización por los daños y perjuicios en la ejecución de los contratos de obras producidos a la empresa contratista en casos de “fuerza mayor” –delimitados en el artículo 239 de la LCSP y relacionados con catástrofes naturales y alteraciones graves del orden público–, siempre que no exista una actuación imprudente por su parte.

<sup>3</sup> En este sentido, señala que “será preciso que el órgano de contratación analice caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en cada uno de ellos y debiendo referirlo a la globalidad del contrato. Si el órgano entiende que existen causas imprevisibles que gravan el contrato de tal forma que se considere que suponen una alteración del equilibrio económico del mismo, la posible compensación económica deberá relacionarse con el principio de ‘riesgo y ventura’, de manera que en ningún caso puedan convertirse en una garantía de los beneficios de la empresa”.

Melilla". Concretamente, analizó la posibilidad de considerar la pandemia como caso de fuerza mayor, de establecer un precio nuevo contradictoriamente o de modificar el contrato a causa de una circunstancia sobrevenida e imprevisible, y descartó la primera de las alternativas planteadas y consideró viables las otras dos, siempre que el órgano de contratación respectivo acreditara el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en los artículos 242.4.ii) y 205.2.b) de la LCSP, respectivamente.

La posibilidad de aplicar la revisión de precios, la modificación o el reequilibrio económico de los contratos también ha sido analizada últimamente en varios pronunciamientos de órganos consultivos en materia de contratación pública, si bien con ocasión del incremento del salario mínimo interprofesional, en los cuales se ha puesto de manifiesto la improcedencia de su aplicación y la necesaria asunción por parte de las empresas contratistas del aumento de los costes de mano de obra derivados de aquel incremento del salario mínimo, por imperativo del principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos del sector público.<sup>4</sup>

Ante el poco margen que deja la normativa vigente para garantizar la viabilidad económica de los contratos en circunstancias tan excepcionales como las actuales y con la finalidad de preservar el interés público evitando disfunciones en la ejecución, tanto relacionadas con los niveles de calidad como con la continuidad de los contratos, han sido varias las voces y las iniciativas surgidas para el establecimiento de un régimen *ad hoc* que dé respuesta.

De entre las iniciativas a nivel normativo, la primera que ha visto la luz ha sido la enmienda parcial al [Proyecto de ley de medidas fiscales y administrativas](#) de la Comunidad Autónoma de Galicia, que propone la introducción de una disposición adicional relativa a las "medidas aplicables a los casos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en contratos de obra pública".<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Así lo señaló, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Catalunya en el [Informe 10/2019, de 28 de noviembre](#), sobre las consecuencias que deban tener en los contratos públicos los incrementos salariales derivados de la negociación colectiva; la Abogacía General del Estado en el Informe Ref.: A.G. – Economía, Industria y Competitividad 1/2019 (R- 33/19) y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en los informes [10/19](#) y [18/19](#), en los que se comparten íntegramente los razonamientos y las conclusiones de aquel Informe de la Abogacía General.

<sup>5</sup> Esta propuesta, publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 234 de 26 de noviembre de 2021, habilita a los órganos de contratación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia y su sector público autonómico para la adopción de medidas, en los casos en que se produzca una alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales tenidos en cuenta en la formalización del contrato o, si es el caso, en modificaciones posteriores. Estas medidas se prevén exclusivamente para los contratos de obras –excepto menores– cuya ejecución se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2021, que se hubieran licitado antes de la entrada en vigor de esta disposición y sólo con respecto a variaciones en el coste de los materiales que se hayan producido en el periodo comprendido desde enero de 2021 hasta la fecha de la solicitud presentada por el contratista para la adopción de cualquiera de las medidas previstas en esta disposición. Asimismo, se concreta que se entiende por alteración extraordinaria e imprevisible una variación de los gastos de materiales, individualmente considerados, superior al 20% respecto a los precios que se recogen por estos materiales en el contrato, siempre que, individual o conjuntamente, supongan una pérdida económica para la empresa contratista superior al 6% del importe de adjudicación del contrato o, en su caso, de su modificación posterior. Por otra parte, se señala que las medidas a adoptar podrían ser una compensación económica para el contratista –consistente en la diferencia entre el coste de los materiales justificado por el contratista en su solicitud y el precio de los materiales incluidos en el contrato– o una modificación de los materiales considerados para la elaboración del proyecto que sirvió

II. El impacto en la contratación pública del incremento de los precios de las materias primas no se está produciendo, sin embargo, únicamente respecto de los contratos ya formalizados, sino también respecto de los que, habiendo sido licitados tomando en consideración –tanto los órganos de contratación, como las empresas licitadoras– un análisis de costes, se encuentran pendientes de formalización en un momento posterior en el que éstos han variado sustancialmente.

Éste es el supuesto de hecho respecto del que se solicita informe, en concreto, sobre la posibilidad de indemnizar por los daños y perjuicios derivados de la demora en la formalización del contrato no imputable a la empresa adjudicataria por el incremento de costes producidos durante esta demora y sobre la viabilidad de la solución indemnizatoria que se propone.

El artículo 153 de la LCSP, relativo a la formalización de los contratos, establece que si el contrato es susceptible de un recurso especial en materia de contratación, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos; que una vez transcurrido el plazo de quince días hábiles sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización o en caso de que el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión, los servicios dependientes del órgano de contratación requerirán al adjudicatario para que formalice el contrato en un plazo no superior a cinco días a contar desde el día siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento; y que en los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos (apartado 3). Por otra parte, prevé las consecuencias que debe tener la falta de formalización de los contratos por causas imputables a la empresa adjudicataria (apartado 4); y dispone que “si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar” (apartado 5).<sup>6</sup>

---

de base para la licitación, que permita rebajar los precios y que no implique una reducción de la funcionalidad de la obra en ejecución; y también se regula el procedimiento para la adopción de las medidas.

<sup>6</sup> La misma consecuencia en caso de demora en la formalización del contrato por causas imputables a la Administración se establecía en la normativa de contratación precedente –artículos 156 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 54.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y 55.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Esta previsión ha dado lugar a pronunciamientos como, por ejemplo, la [sentencia nº 3/2004, de 2 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón \(recurso nº 986/2001\)](#), en la que se reconoce el derecho de la contratista a la indemnización equivalente al coste de mantenimiento de la garantía necesaria, así como a una indemnización del 2% del precio de adjudicación por aplicación analógica de los efectos que se preveían –y se prevén en la LCSP vigente– en caso de demora en la comprobación del replanteo “ante la similitud de situaciones entre la resolución de contrato por demora en la comprobación de replanteo y la no formalización del contrato”. Por otra parte, en el [Informe 1/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias](#) sobre “mecanismo jurídico adecuado para dejar sin efecto la adjudicación de determinados contratos plurianuales cuya formalización resulta inviable por la inexistencia del crédito presupuestario necesario para afrontar el gasto correspondiente a los ejercicios futuros”, se analiza un supuesto en el que no se produce demora en la formalización imputable a la Administración, sino imposibilidad por parte de ésta de formalizar un contrato plurianual

Así, de acuerdo con esta última previsión, efectivamente, procede la indemnización a las empresas contratistas por los daños y perjuicios que acrediten haber sufrido como consecuencia de la demora en la formalización del contrato por causas imputables a la Administración, pudiendo entender incluidos –entre otros, como los relacionados con el mantenimiento de las garantías, a los que se alude en el escrito de petición de informe–, los derivados de los incrementos de los precios de las materias primas que comporten un incremento de costes y, por tanto, una mayor onerosidad para las empresas en la ejecución de los contratos, durante el periodo comprendido entre la fecha en que se hubiera tenido que iniciar la ejecución del contrato, de haberse producido la formalización en el plazo debido de conformidad con la Ley, y la fecha en que efectivamente se produzca.

Por otra parte, presumiendo un uso preciso de los términos por parte del legislador, la referencia a empresas “contratistas” en este apartado 5 del artículo 153 como sujetos receptores de las indemnizaciones –a diferencia del apartado 4 que alude a adjudicatarias– debe tenerse en cuenta para determinar, como por otra parte es lógico, que la indemnización a que se refiere sólo procede en caso de que la empresa acceda a formalizar el contrato a pesar de la demora producida por causa imputable a la Administración y una vez producida esta formalización, sin perjuicio que, tal como se señala en el escrito de petición de informe, ésta se pueda reclamar por la empresa contratista con carácter previo a la formalización del contrato y como condición de ésta.

**III.** El sistema de cálculo que incorpora la petición de informe y sobre el que también se solicita pronunciamiento de esta Secretaría Técnica, toma como base el mecanismo de la revisión de precios para determinar el diferencial de costes existente entre el inicio de la ejecución del contrato en el momento en que hubiera debido producirse, de no haberse demorado la Administración en la formalización del contrato por causa que le sea imputable, y el inicio en el momento en que efectivamente se produce, como consecuencia de dicha demora. Así, se propone aplicar a las certificaciones el índice de revisión de precios que corresponda para cada material, de manera que la diferencia entre los importes de las certificaciones y los que hubieran procedido de haberse iniciado la ejecución en el momento que correspondía determina el importe de la indemnización que corresponde.

Efectivamente, este sistema no comporta una revisión de precios del contrato en los términos del artículo 103 de la LCSP, ni una eliminación o mitigación del riesgo y ventura de las empresas en la ejecución de los contratos, ni tampoco una medida para paliar los efectos de la alteración de los precios de los materiales, sino que constituye un sistema objetivo de cálculo de la indemnización que corresponde a las empresas contratistas en caso de retraso en la formalización de los contratos por causa imputable a la Administración y que, dada la situación actual, ciertamente excepcional, de incremento de los precios de las materias primas, lleva a tener que considerarlos para determinar el daño y perjuicio causado a las empresas derivado de aquel retraso.

---

por insuficiencia de crédito sobrevenida con posterioridad a la adjudicación y se concluye que en “(...) los efectos que se han de derivar de tal circunstancia se podrán determinar aplicando por analogía el mismo criterio que el artículo 155 del TRLCSP aplica para los supuestos en que no se concluyen los procedimientos de contratación por causa imputable a la Administración, es decir compensando al interesado mediante el abono de los gastos que su participación en el procedimiento le hubiese ocasionado”.

Sí hay que constatar que el cálculo de la indemnización queda postergado al momento futuro de certificación de la ejecución correspondiente a las mensualidades equivalentes al periodo de retraso, de manera que, posiblemente, habría que establecer un sistema de estimación que permitiera su adelanto, siempre a expensas, lógicamente, del ajuste que en su caso proceda cuando se disponga de la información real. Por otra parte, también ha de tenerse en cuenta el retraso con que se publican los índices de materiales, siendo los últimos publicados los correspondientes al cuarto trimestre de 2020.<sup>7</sup>

## **CONCLUSIÓN**

Se considera procedente para el cálculo de la indemnización que, de conformidad con el artículo 153.5 de la LCSP, corresponde a las empresas contratistas por los daños y perjuicios que acrediten haber sufrido como consecuencia de la demora en la formalización del contrato por causas imputables a la Administración, poder entender incluidos, entre otros, los derivados de los incrementos de los precios de las materias primas que comporten un incremento de costes en la ejecución de los contratos, durante el periodo comprendido entre la fecha en que hubiera tenido que iniciarse la ejecución del contrato, de haberse producido la formalización en el plazo debido de conformidad con la Ley, y la fecha en que efectivamente se produzca. Asimismo, se considera adecuado el establecimiento de un sistema de cálculo de los daños y perjuicios reales ocasionados a las empresas contratistas basado en los índices de precios de los materiales utilizados para la revisión de precios de contratos de las administraciones públicas.

Barcelona, 21 de diciembre de 2021

Gemma Enfedaque  
Secretaria Técnica de la Junta Consultiva  
de Contratación Administrativa

---

<sup>7</sup> [Orden HFP/887/2021, de 28 de julio](#), sobre los índices de precios de la mano de obra y materiales, sobre los índices de precios de los materiales específicos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento, así como sobre los índices de precios de componentes de transporte de viajeros por carretera, para el cuarto trimestre de 2020, aplicables a la revisión de precios de contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 197, de 18 de agosto de 2021).