

NOTA SOBRE LA REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: FIN DE TRAYECTO. LA DOCTRINA DEL RIESGO IMPREVISIBLE¹

Belén NOGUERA DE LA MUELA²
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

I

El desorbitado encarecimiento de determinadas materias primas y los problemas de desabastecimiento acontecidos estos dos últimos años, agravado por el conflicto bélico en Ucrania, han provocado un incremento notable de los costes vinculados a la ejecución de muchos contratos públicos, así como paralizaciones de proyectos e incluso cancelaciones puntuales de contratos, pudiendo poner en riesgo, también, la viabilidad de los contratos financiados por los Fondos Next Generation. Por tanto, se hacía necesario una nueva regulación que facilitara la revisión de precios y reequilibrara la balanza en una situación tan excepcional, puesto que el art. 103 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, se presenta insuficiente.

De ahí que todo ello llevara a que se promulgara a nivel estatal, el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por

¹ Para citar este artículo: Belén NOGUERA DE LA MUELA (2023), «Breve nota sobre la revisión excepcional de precios en la contratación pública y la doctrina del riesgo imprevisible», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, enero–junio 2023, Madrid, Marcial Pons.

² Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación PID2019–109128RB–C21: *La contratación pública como estrategia para la impletemtación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza*. Este trabajo, remitido en mayo de 2023 (cuyo origen esta en las jornadas celebradas en el Colegio de Abogados de Sevilla, en septiembre de 2022), recoge de forma abreviada algunas de las ideas contenidas en el artículo más amplio, «El mecanismo excepcional de revisión de precios y la doctrina del riesgo imprevisible», en GIMENO FELIU, J.M. (dir.) y DE GUERRO, C. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2022*, Aranzadi, Cizur Menos, 2023, pp. 217–242.

el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, objeto de sucesivas modificaciones a través del Real Decreto–ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, el Real Decreto–ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural, y la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre.

Y asimismo, por parte de las Comunidades Autónomas cabe tener presente que antes de la aprobación del Real Decreto–ley 3/2022, dos CCAA, Galicia y Extremadura, ya legislaron sobre la materia para tratar de dar respuesta ante el incremento extraordinario de precios en materias primas, combustibles y energía: así, la Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, de Galicia, en concreto, su disposición adicional segunda; y la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022, en su disposición adicional decimoquinta. Y, con posterioridad, estando ya vigente el Real Decreto–ley 3/2022, se aprobaron nuevas normas autonómicas; a saber, por ejemplo, en Islas Baleares, el Decreto–ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania, así como el Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, de 30 de marzo de 2022, por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación; en Andalucía, 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, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, y se crea la marca Corazón Andalúz y se regula el procedimiento para su uso; y, en Aragón, el Decreto–ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón. El resto de CCAA se limitaron a adherirse al Real Decreto–ley 3/2022.

En definitiva, un cúmulo de normas que, en modo alguno, han generado la seguridad jurídica que sería deseable ni hacen más sencilla su intelección.

Ante tal regulación autonómica con el fin de mitigar el impacto del alza extraordinaria de precios en los contratos públicos, se produjo, además, una reacción in-

mediata por parte del Estado por entender que es competencia básica estatal (así, STC 68/2021, de 18 de marzo, en relación a la regulación de la revisión de precios), considerándose que debían de respetarse, por tanto, las previsiones del Real Decreto–ley 3/2022 si las Comunidades Autónomas decidían regular tal cuestión añadiendo —en base al Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado (expediente 27/2022)—, que no cabían más excepciones al principio de riesgo y ventura que las recogidas en la norma básica estatal.

Conflicto que, finalmente, se ha resuelto en algunos casos por la vía extraprocesal, concretamente en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las correspondientes CCAA, en el caso de Andalucía, Extremadura, Galicia e Islas Baleares, que se han adherido al sistema de revisión excepcional de precios del Real Decreto–ley 3/2022, así como también lo han hecho las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, continuando vigente la normativa aragonesa: Decreto–ley 3/2022, de 6 de abril, cuyos arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad núm. 26/2003 por parte del Estado, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional por providencia de 24 de enero de 2023. Y, por tanto, desde la fecha de interposición del recurso (5 de enero de 2023) tales preceptos fueron suspendidos de vigencia y aplicación, presentándose tal suspensión de los arts. 2, 3 y 4, el 31 de mayo de 2023, habida cuenta que se aplicación no causa perjuicios irreparables, pero manteniéndose para el art. 5 en el que se preve la modificación de los materiales en los contratos de obra pública a iniciativa del contratista (auto del Tribunal Constitucional 265/2023, del 23 de mayo).

Asimismo, cabe reseñar que también algunas entidades locales se adherieron al sistema de revisión excepcional de precios estatal, aunque según interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 27/2022, no era necesaria tal adhesión por cuanto la decisión que adoptara cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del Real Decreto–ley 3/2022 vincula a las corporaciones locales de su propio ámbito de competencia, sin que éstas tengan capacidad de decisión autonómica. Criterio éste que no han compartido bastantes Comunidades Autónomas al aprobar sus correspondientes acuerdos.

II

En todo caso, estos conflictos competenciales que de alguna forma ha generado la regulación de la revisión excepcional de precios en materia de contratos (focalizada en los de obras) nos ha llevado a abrir un paréntesis sobre la interpretación de la competencia exclusiva del Estado en materia de «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas» (art. 149.1.18 CE), sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al señalar que estamos ante un «título competencial específico», de carácter autónomo, que guarda conexión con otros títulos competenciales estatales, entre los que destacan la organización administrativa —bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas— y el procedimiento administrativo co-

mún, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las CCAA y que prevalece sobre el genérico sin que se le pueda atribuir un valor absoluto [STC 68/2021, de 18 de marzo, JF 5B; STC 56/2014, 10 de abril, FJ 3a]): establecer la legislación básica en materia de contratación con el objetivo primordial de proporcionar la garantía de los principios generales que rigen la contratación en el sector público.

Así, el Tribunal Constitucional, en el FJ 5D de la Sentencia 68/2021, ha estimado que el Estado, al amparo de sus competencias sobre legislación básica en materia de contratación «puede establecer trámites o procedimientos específicos que permitan satisfacer las finalidades que a través de la atribución de esta competencia se pretende garantizar», finalidades como la publicidad, la igualdad, la libre concurrencia y la seguridad jurídica. Y, así, en concordancia con ello, las normas de carácter procedimental en materia de contratación pública presentan un doble encaje. Por un lado, normas procedimentales que tienen como objetivo dotar de efectividad los principios generales de la contratación pública. Por otro, otras normas procedimentales que, sin dejar de conectar con los tres fines públicos específicos de la contratación, también lo hacen con la función institucional propia del procedimiento administrativo como un todo considerado.

En línea con ello, la delimitación positiva y negativa de lo básico en materia de contratación pública, se hace por parte del Tribunal Constitucional (STC 68/2021), partiendo de la consolidada doctrina constitucional, acudiendo a dos criterios teleológicos según que el objetivo principal sea garantizar los principios generales de la contratación pública o, por el contrario, sea meramente accesorio. En este último supuesto, no tendrán carácter básico, y cabe, por tanto, otra regulación (autonómica) que no suponga una quiebra de los principios generales de la contratación pública.

De ahí se estima por el Alto Tribunal, que son normas materialmente básicas las que tienen por objeto principal proporcionar las garantías de publicidad, de transparencia, de igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de las Administraciones públicas, y también, aquéllas que favorecen la integridad y eficiente utilización de fondos públicos en relación con los objetivos de estabilidad presupuestaria y control de gasto.

De manera que, partiendo de los criterios teleológicos señalados, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 68/2021, establece, haciendo un análisis casuístico, otros criterios materiales específicos, y respecto de la materia que nos ocupa en este análisis, considera que son materialmente básicas por su conexión con el principio de estabilidad presupuestaria, las reglas que regulan el régimen de precios y, en concreto, las relativas a la determinación de fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada de los precios del sector público (art. 103.6 LCSP) [FJ 6Hc)].

Luego, el espacio de que disponen las CCAA vendrá tanto de las remisiones expresas de la LCSP, así como por aplicación de su potestad de autoorganización, si-

tuándose la legislación autonómica entre la normativa básica estatal y el órgano de contratación.

En suma, es cierto que la STC 68/2021 arroja bastante luz en la delimitación de lo básico en materia de contratos públicos, pero no lo es menos que el contexto de la materia que analizamos y en el del Real Decreto-ley 3/2022 y normas posteriores de modificación, y en el marco de estas situaciones de crisis, no son pocas las dudas que se pueden plantear que exceden de los límites de este trabajo.

III

A la vista del escenario descrito, detengámonos ahora en algunos aspectos de la regulación prevista en el Real Decreto-ley 3/2022, y normas posteriores de reforma del mismo, no sin antes dejar de destacar la deficiente técnica normativa empleada en la regulación de toda esta cuestión.

En primer término, cabe resaltar el limitado alcance objetivo del Real Decreto-ley 3/2022 que solo preveía la revisión excepcional de precios para los contratos de obras (administrativos o privados) —extendiéndose también para los contratos de obras que tengan lugar en sectores especiales o excluidos (art. 6.2)— que justificaba en su preámbulo en que «el alza extraordinaria del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas unidades de obra, ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras». No afectaba, por tanto, a contratos de suministros o servicios, aunque el incremento extraordinario de precios estuviese dificultando, también, su ejecución, lo cual resulta criticable. Y añadía «la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentado en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensable 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 aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 por ciento de su importe», esto es, según se disponía en el art. 103 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, que ha sido modificado en los apartados 2 y 5 por la Ley 11/2023, de 8 de mayo. Hoy, en la nueva redacción aunque se amplía los supuestos en que cabe la revisión de precios, continua siendo potestativa y el alcance sigue siendo limitado a determinados supuestos, además, se reduce de dos a un año el plazo a contar desde la formalización del contrato al efecto de poder revisar los precios, no solucionándose el problema de los contratos de suministros y servicios que se encontraban en ejecución cuando entró en vigor.

Las previsiones de los arts. 6, 7, 8 y 9 del Real Decreto-ley 3/2022 fueron modificadas por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, cuya entrada en vigor tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el *BOE*, esto es, el 31 de marzo de 2022, disponiéndose, de forma sintética, los siguientes cambios:

a) Cabía también la posibilidad de revisión excepcional de precios de los contratos de obras cuyos anuncios de licitación, anuncio de adjudicación o formaliza-

ción se publique en la Plataforma de Contratación del Sector Público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de este Real Decreto–ley (2 de marzo de 2022) (art. 6.1), esto es las publicadas hasta el 2 de marzo de 2023, que inicialmente estaba limitada a los contratos en ejecución. Luego, transcurrido ese plazo de un año y no habiendo sido objeto de prórroga a los contratos de obras cuyos anuncios de licitación se publicasen a partir del 2 de marzo de 2023, el sistema de revisión excepcional de precios, no les ha sido aplicable.

b) Cabía la revisión de precios cuando el incremento del coste de los materiales empleados en la ejecución hubiera tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización; por tanto, una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.

Y, a este respecto, tiene lugar un impacto directo y relevante en la economía del contrato cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el periodo, siempre posterior al 1 de enero de 2021, que determine el contratista en su solicitud y que no podrá ser inferior a doce ni superior a veinticinco meses, 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 (art. 7.1 párrafo 2ª RD–ley 3/2022).

Fórmula de revisión de precios que, como vemos, se ha aplicado durante un periodo determinado que no podrá ser inferior a un ejercicio anual ni superior a dos ejercicios anuales (desaparece la referencia a «durante el ejercicio 2021»). Además, por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, se podían establecer otros materiales (distintos, por tanto, de los materiales siderúrgicos, bituminosos, aluminio o cobre), cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta a los efectos anteriores (art. 7), y así ha tenido lugar con la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, donde establecía, a efectos de aplicar la revisión excepcional de precios, tener en cuenta el incremento de coste de cemento, materiales cerámicos, maderas, plásticos, productos químicos y vidrio.

Asimismo, el Real Decreto–ley 3/2022, en sus arts. 6 y 7 fue modificado por el Real Decreto–ley 14/2022, previendo la aplicación de la revisión excepcional de precios a los contratos de obras de duración inferior a 12 meses, indicando que, en tal caso, «el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados». Y se limitó el alcance de la medida al señalar que «el periodo mínimo de duración del contrato para que pueda ser aplicable esta revisión excepcional de precios será de cuatro meses, por debajo del cual no existirá este derecho». Además, el importe de la revisión excepcional de precios no podría ser superior al 20 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

c) En cuanto a los criterios de cálculo de la revisión, se establecía que si los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato de obras establecen una

fórmula de revisión, dicha cuantía se calculará «a las certificaciones de lo ejecutado durante el periodo desde el 1 de enero de 2021, o desde la primera certificación si ésta fuera posterior» [art. 8.a)].

Si el pliego de cláusulas administrativas particulares no establecía la fórmula de revisión de precios, a lo señalado *supra* se añadía que se calculará aplicando la fórmula que aparezca en el proyecto de construcción que sirvió de base para la licitación del mismo o, en su defecto, la que hubiera correspondido al contrato [art. 8.b)].

d) Además, la revisión excepcional de precios debía aprobarse, en su caso, por el órgano de contratación previa solicitud del contratista, que debía presentarla con la documentación justificativa de la excepcionalidad durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación por el órgano de contratación de la certificación final de obras (art. 9). Desapareció, por tanto, la exigencia de presentar tal solicitud en el plazo de dos meses a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2022 (que tuvo lugar el mismo día de su publicación en el *BOE*, que fue el 2 de marzo de 2022), o bien desde la publicación de los índices mensuales de los precios de los componentes básicos, relativos al último trimestre del 2021, si dicha publicación fuera posterior.

Recibida la documentación, el órgano de contratación debía analizar la solicitud utilizando los datos procedentes del Instituto Nacional de Estadística, y dictar una propuesta provisional sobre si procede a reconocer la revisión excepcional de precios y, de ser así, la fórmula aplicable al contrato. Tal propuesta se notificaba al contratista para que en diez días hábiles formulase sus posibles alegaciones, y transcurrido el mismo, el órgano de contratación resolvería 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 finalización del plazo máximo para resolver sin haber tenido resolución expresa, tendría efecto desestimatorio de la solicitud por silencio administrativo.

El pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios quedaba condicionado al desistimiento de reclamaciones o recursos en vía administrativa o cualquier acción judicial que el solicitante hubiera presentado por causa del incremento del coste de los materiales. La cuantía, además, se aplicaba a la certificación final de la obra como partida adicional y, de reconocerse la revisión excepcional, deberá aprobarse un nuevo programa de trabajo.

Finalmente, de otra parte, llama la atención la previsión contenida en la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, cuya disposición adicional segunda establece un sistema de revisión excepcional de precios en los contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento destinados o afectos a contratos con obligaciones de servicio público (OSP), ya sean contratos administrativos o privados, que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de esta Ley (el 21 de diciembre de 2022), o cuyo anuncio de licitación, adjudicación o formalización se publique en

la plataforma de contratación pública en el periodo de un año, desde su entrada en vigor, y se le reconoce tal posibilidad de revisión al suministrador o proveedor. Por tanto, una posibilidad de revisión excepcional de precios para una tipología concreta de contratos de suministro y de servicios.

Para este supuesto específico de revisión excepcional de precios, se establece también que se habilita a los órganos de contratación correspondientes para la determinación de las propuestas de fórmulas de revisión atendiendo a los principios regulados por el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

En todo caso, se excluyen de la revisión de precios conceptos tales como energía y salarios, y la cuantía máxima de revisión excepcional no podrá exceder del 20 por ciento del precio total licitado.

Finalmente, se prevé que esta revisión de precios tendrá la consideración de causa ajena a la gestión del operador ferroviario, a los efectos previstos en las cláusulas de imputación de evolución de costes de los contratos que regulen las obligaciones de servicio público. Previsión ésta que parece responder a lo contemplado en la cláusula undécima del contrato entre la Administración General del Estado y RENFE Viajeros, S.A. para la prestación de los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril de Cercanías, Media Distancia Convencional, Alta Velocidad Media Distancia (AVANT) y Ancho Métrico, competencia de la Administración General del Estado, sujetos a obligaciones de servicio público en el periodo 2018–2027, donde señala que si las variaciones sobre las previsiones de los costes, tanto positivas como negativas, obedecieran a causas ajenas a la gestión de RENFE Viajeros, S.A., sus efectos serán repercutidos a la Administración General del Estado. Y se consideran causas ajenas a RENFE Viajeros, S.A. las variaciones de costes derivados de modificaciones sobre los cánones ferroviarios, el precio de la energía de tracción, las variaciones en las cantidades destinadas a dotaciones de amortización que se deriven de posibles modificaciones normativas, y de los gastos financieros sobrevenidos por incumplimiento de las obligaciones económicas contraídas por la Administración General del Estado con la empresa como consecuencia de la firma de este contrato.

IV

En suma, a la vista de todo lo expuesto hasta aquí —el contexto de incremento imprevisible de precios de determinadas materias primas y la respuesta regulatoria dada— cabe plantearse ahora si a este desequilibrio económico no podría darse respuesta acudiendo a la doctrina del riesgo imprevisible, máxime cuando la revisión de precios (ordinaria o excepcional) no parece dar respuesta adecuada como técnica de equilibrio financiero que es. Máxime si tenemos presente, además, que parecen cumplirse los requisitos exigidos para el «riesgo imprevisible» (imprevisible, irresistible y excesivamente oneroso), según, asimismo, se desprende de la letra de los preámbulos tanto del Real Decreto-ley 3/2022 al señalar: «(...) *las excepcionales circunstan-*

cias sociales y económicas que ha producido la pandemia desencadenada por el virus SARS-CoV-2 *han repercutido de una manera directa e imprevisible en la ejecución de determinados contratos públicos, sobre todo, los de obras*, debido al alza extraordinaria e inesperada del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas obras» (el subrayado es nuestro). Y añade «*Dicha circunstancia extraordinaria, excepcional e imprevisible* ha generado que la ejecución de un número significativo de contratos públicos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente y de forma imprevista la economía de estos contratos por causa de un incremento extraordinario de ciertos costes, *incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público*» (la cursiva es nuestra), como del Real Decreto-ley 6/2022, donde también se hace referencia a cómo la invasión de Ucrania por Rusia está generando importantes consecuencias en todos los órdenes, haciéndose expresa mención a que «(...) ha agravado el choque de oferta que viene sufriendo la economía europea desde verano de 2021 a causa de la escalada de precio del gas natural y ha añadido, además, una elevada incertidumbre respecto a su duración e intensidad (...) que determina, en gran medida, el precio de la electricidad (...). El petróleo casi ha doblado su precio durante el último año (...). Se ha producido, así, un aumento abrupto y generalizado de costes de las materias primas y los bienes intermedios (...). Las consecuencias económicas de esta evolución son un aumento de la tasa de inflación y una ralentización del ritmo de crecimiento» (la cursiva es nuestra).

Luego, esta declaración de la existencia de un contexto de incremento imprevisible, inevitable y de carácter extraordinario de los precios —esto es una situación de riesgo imprevisible— se debe a acontecimientos imprevistos o imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes (y de la Administración también) es reconocido por unas normas; esto es, los mencionados reales decretos leyes, que tienen valor de ley. Y, en definitiva, una grave alteración del equilibrio económico del contrato, que afecta por completo la relación contractual, produce una «subversión de la economía de la concesión» (Dictamen del Consejo de Estado de 14 de marzo de 1998), y repercute substancialmente en el contratista al hacer el contrato más oneroso y, por ello, posiblemente a no poder ejecutarlo correctamente.

De ahí que esa quiebra sobrevenida de la economía del contrato deba trastocar completamente la relación contractual (*bouleversement*, en palabras del Consejo de Estado francés en su Arrêt de 27 de junio de 1919) y que deba examinarse sobre la globalidad del contrato (STS de 25 de abril de 2008), para dar pie a la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión. Tratándose de garantizar, en el supuesto de desequilibrio por causa excepcional ajena a la conducta de las partes, la «equivalencia honesta y mantenimiento aproximado de una cierta equivalencia entre las cargas y beneficios del concesionario» como afirmó el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 1985.

Así, teniendo en cuenta la actual realidad, de evidente imprevisibilidad no imputable a la debida diligencia empresarial, y debiéndose, en todo caso, garantizar el in-

terés público, si resulta necesario adaptar lo pactado, entendemos que la adaptación es obligada. Adaptación (que no modificación ni revisión) de lo pactado para una correcta aplicación del principio de honesta equivalencia, como ha afirmado GIMENO FELIU, que preserve el equilibrio de las prestaciones de ambas partes. Esta obligación de reequilibrio para adaptar el contenido de los contratos públicos se fundamenta, entre otros principios generales del Derecho administrativo, en la interdicción del enriquecimiento injusto, la buena fe, la seguridad jurídica, el derecho a la buena administración, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por ello, para adaptar los costes y retribuciones de lo pactado y ante la realidad del momento, el Estado, como garante del correcto funcionamiento de la actividad económica, debería habilitar una línea presupuestaria para tal fin, para lo que bien podrían derivarse los mayores ingresos derivados de la actual situación de inflación (GIMENO FELIU).

En cualquier caso, puesto que la finalidad primera que persigue la Administración pública a través de un contrato administrativo es satisfacer el interés público que, en todo caso, debe tutelar, siempre que la repercusión de la situación o acto imprevisible sea ajena a la conducta de las partes, la doctrina de riesgo imprevisible impone que la Administración Pública deba compartir con el contratista los riesgos que han surgido de forma imprevisible, y siempre que la técnica de la revisión de precios no sea suficiente para conseguir el restablecimiento, como ha tenido lugar ahora con la regulación excepcional de la revisión de precios prevista en el Real Decreto-ley 3/2022 y sucesivas reformas, la doctrina del riesgo imprevisible debería poder entrar en juego y aplicarse, siempre que se cumplan sus presupuestos (STS de 27 de octubre de 2009, es muy esclarecedora).

Tales presupuestos que la doctrina y jurisprudencia han ido perfilando, son:

a) En primer término, *la imprevisibilidad del hecho es un elemento necesario* en la doctrina del riesgo imprevisible [se habla de «(...) condición *sine qua non* de que la alteración sea imprevisible, pues de lo contrario, ha de entenderse asumido el riesgo de contratar (...)», STS de 22 de septiembre de 1982]. *Imprevisibilidad, tanto para la Administración contratante como para el contratista, y que contemple sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario.*

b) Esto es, que como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, *se alteran sustancialmente, de forma muy notable, el equilibrio económico y contractual* existente en el momento del contrato, *sobrepasando los límites razonables de aleatoriedad* que comporta la licitación (Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1990).

c) Luego, *debe comportar una excesiva onerosidad* en el cumplimiento de las prestaciones del contratista, que se rompa, por tanto, el equilibrio de las prestaciones *y se trastoque por completo la relación contractual, provocando un bouleversement (vuelco) en la economía del contrato. Se superan los límites normales de aleatoriedad de toda licitación.*

d) Esa quiebra de la economía del contrato sobrevenida que debe darse para poder aplicar la doctrina del riesgo imprevisible, *debe examinarse caso por caso* [«(...) atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual (...)»], *y sobre la globalidad del contrato*, pues «un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo (...)», y requiere la necesidad de prueba adecuada normalmente conseguida a través del informe pericial, dado el carácter eminentemente técnico de la materia (STS de 9 de diciembre de 2003). Remarcando, también el Tribunal Supremo, que «en el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio de riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como sí fijaba el Decreto Ley 5/1964, de 4 de febrero, al cifrarlo en el 2,5 por ciento del contrato (...)» (STS 27 de octubre de 2009).

Este 2,5 por ciento era el límite marcado para aplicar la revisión de precios, límite que hoy no se recoge en la LCSP017, pero que sí prevén las exposiciones de motivos de los Reales Decretos—ley 3/2022 y 6/2022 sobre revisión excepcional de precios, al cifrar en el 5 por ciento del precio del contrato (porcentaje al que aluden también los arts. 270 y 290 LCSP017, relativos a las concesiones de obras y de servicios).

Asimismo, la aplicación de la revisión de precios no excluye las otras formas de garantizar el equilibrio financiero reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, sería compatible aplicar ambas figuras —revisión de precios y compensación por riesgo imprevisible— puesto que la primera puede resultar ineficaz o puede que todavía no pueda aplicarse por no cumplir con lo previsto en el art. 103 LCSP017 (que el contrato no haya ejecutado el 20 por ciento de su importe y que no hayan transcurrido dos años desde su formalización).

En todo caso, la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible debe considerarse de manera excepcional, «como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la “revisión de precios” es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes» (ST 27 de octubre de 2009).

Por consiguiente, las posibles compensaciones económicas al contratista deben interpretarse y atemperarse, de manera que «la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión, ni sea tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración concedente, imponiendo a ésta en favor del concesionario, un

auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos (...)» (STS de 14 de marzo de 1985).

Finalmente, destacar también que el riesgo imprevisible da lugar a una compensación parcial del daño causado, excluyéndose el lucro cesante, cubriendo tan solo, el daño emergente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G. (1968), *La teoría del equivalente económico en los contratos públicos administrativos*, IEA.
- BERNAL BLAY, M.Á. (2021), «La gestión contractual de los fondos del mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Ideas para diseñar y controlar mejor la ejecución de los contratos», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, extra núm. 20.
- BOUSO DARRIBA, G. (2022), «Incremento extraordinario de precios y contratos públicos (2021-2022). Un intento de recapitulación y algunas reflexiones», en *Revista de la Escuela Jacobea de Postgrado*, núm. 23.
- CANO CAMPOS, T. (2023), «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el iusvariandi y el riesgo imprevisible», *REALA*, núm. 19.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2022), *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. (2018), *El nuevo régimen de contratación pública. Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del sector público*, Bosch.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2021), «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *RAP*, núm. 216.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F. (2014), «Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos», *REDA*, núm. 163.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2016), «Los riesgos imprevistos en el contrato de obras», *RAP*, núm. 216.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1950), «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *RAP*, núm. 2.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2011), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas.
- GARCÍA MOLINERO, Á. (2022), «El Gobierno aprueba nuevas medidas, quizás insuficientes, para compensar a los contratistas de obras por el alza del coste de ciertas materias primas», *Contratación administrativa práctica*, núm. 178.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2022), «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», en GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y GUERRERO MANSO, M. C., *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*, Aranzadi.
- GORDO CANO, D. (2022), «Ampliación del ámbito objetivo de revisión excepcional de precios en los contratos de obras», accesible en: <https://www.javiervazquezmatilla.com/04/04/2022>.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2021), *Derecho administrativo económico*, Civitas.
- MORENO MOLINA, J. A. (2023), «Las numerosas reformas de la Ley 9/2017 desde su aprobación y la inseguridad jurídica resultante», en PINTOS SANTIAGO, J. (dir.), *Cinco años de la Ley de contratos del sector público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Aranzadi.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. (2021), «La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)», *RAP*, núm. 216.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2021), «Relación conclusiva», *RAP*, núm. 216.
- «¿Riesgo sin ventura? Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 y 19 de febrero de 2020», *RAP*, núm. 214.

- VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2022), «Ampliación del ámbito objetivo de revisión excepcional de precios en los contratos de obras», disponible en: <https://www.javiervazquezmatilla.com> (consultado el 04/04/2022).
- (2022), «Análisis de la afección del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, en contratación pública: compensaciones por incremento de materias primas y exoneración cumplimiento LCSP en la compra de determinados medicamentos covid», disponible en: <https://www.javiervazquezmatilla.com> (consultado el 02/03/2022).
- (2022), «Revisión excepcional de precios en material ferroviario», disponible en: <https://www.javiervazquezmatilla.com> (consultado el 20/12/2022).
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J. y GORDO CANO, D. (2022), «Impacto del Real Decreto-ley 3/2022 en la contratación pública», *Actualidad administrativa*, núm. 3.
- VILLAR EZCURRA, J. L. (2023), «Excepciones al principio de riesgo y ventura de provenientes del contexto del contrato», disponible en: www.hayderecho.com (consultado el 23/02/2023).
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (2004), «El principio de riesgo y ventura», en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Civitas.

