

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE PRECIOS Y EL REEQUILIBRIO EN CONTRATOS DE SERVICIOS INTELECTUALES

ÍNDICE

- I. Antecedentes de hecho y objeto de la presente nota
- II. De la regulación de la revisión de precios ordinaria
- III. De la figura de la revisión extraordinaria de revisión de precios
 - III.1 Medidas normativas excepcionales adoptadas en el ámbito estatal: Real Decreto 3/2022, de 1 de marzo
 - III.2 Desarrollo posterior del Decreto-ley estatal
 - a) Decreto Ley andaluz 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 RDL 3/2022.
 - b) Decreto Ley aragonés 3/2022, de 6 de abril
- IV. Vías de reclamación de sobrecostes de los contratos de servicios intelectuales aplicables.
 - IV.1. La dudosa pero posible aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP
 - IV.2. La reclamación judicial del riesgo imprevisible derivado de la subida extraordinaria de precios y compensación del enriquecimiento injusto de la Administración o entidad contratante
- V. Conclusiones



I. ANTECEDENTES DE HECHO Y OBJETO DE LA PRESENTE NOTA

Según la información y documentación facilitada, la Federación de asociaciones de empresas de ingeniería “**Conocimiento e Ingeniería de España** (en adelante, “**CÍES**”), fue constituida en septiembre de 2021 como una Asociación empresarial del sector de la ingeniería, la arquitectura, los servicios tecnológicos, la consultoría y la innovación, cuyo fin principal es la representación, gestión, defensa y fomento de los derechos e intereses colectivos de sus miembros en el ámbito nacional e internacional.

CÍES se encuentra integrada por unas doscientas (200) empresas asociadas dedicadas principalmente a la ingeniería y a la consultoría. Una de las actividades principales de estas entidades deriva de los contratos públicos con las Administraciones y con el resto de entidades del sector público a los que concurren mediante su participación en los procedimientos de licitación.

Asimismo, el contexto inflacionista en el que se encuentra la economía española y, en particular, el mercado de la energía y de las materias primas, ha causado un fuerte impacto en el régimen económico-financiero de los contratistas de la Administración, también en los contratos de servicios intelectuales.

En este contexto, las empresas y CÍES se enfrentan a una subida extraordinaria e imprevisible de los precios, situación que genera una serie de dificultades y sobrecostes económicos que exceden del riesgo y ventura que deben asumir los contratistas.

Como consecuencia de lo anterior, CÍES se encuentra interesada en conocer la figura de la revisión de precios, tanto la ordinaria como la extraordinaria recogida en el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo y su posible aplicación a los contratos de servicios intelectuales, ya que, en la actualidad no existen normas que den cobertura ni garanticen los intereses de estos contratistas. Asimismo, le interesa conocer la posible existencia de otras vías legales que permitan o habiliten mecanismos de reequilibrio de estos contratos.

II. DE LA REGULACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS ORDINARIA

La revisión de precios ordinaria se regula en los **artículos 103 a 105 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público** (en lo sucesivo, “**LCSP**”), como una cláusula de estabilización del régimen económico del contrato, cuyo objetivo es la protección frente a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que permite a las partes contratantes adecuarse a las oscilaciones de precios experimentadas por los materiales y la mano de obra.

Con carácter previo al análisis de la regulación de la revisión de precios ordinaria resulta conveniente definir brevemente tres conceptos que suelen provocar confusión en la práctica: revisión, variación y actualización de los precios.

- ✓ Revisión: es la evolución de los costes del contrato que se produce durante la vigencia del mismo, en los términos que expresamente prevean los Pliegos.
- ✓ Variación: opera en función del cumplimiento o no de determinados objetivos de plazos o de rendimiento por el contratista, premiando la diligencia del contratista en el cumplimiento del contrato.
- ✓ Actualización: aunque es una figura que no se encuentra prevista expresamente por la LCSP, ha sido reconocida por la jurisprudencia (vid. **SSTS**



2864/2009, 5526/2006, 4716/2004, entre otras) como la variación de los costes, asociados al objeto del contrato, que se produce con anterioridad a la firma del mismo cuando media un largo período de tiempo entre la adjudicación y la formalización del contrato por causas imputables a la Administración o entidad contratante, existiendo una relevante diferencia en los costes del contrato entre uno y otro momento. En estos supuestos, la vigente LCSP ha introducido un derecho de compensación para el contratista (**art. 153.6 LCSP**).

Una vez deslindada la definición de la revisión de precios, hemos de resaltar que esta vía de estabilización se llevará a cabo de manera periódica y predeterminada (**art. 103.1 LCSP**), sin que quepan revisiones aisladas y no previstas en los Pliegos. Por su parte, el **art. 2 a) de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española** entiende por revisión periódica y predeterminada a:

“Cualquier modificación de valores monetarios de carácter periódico o recurrente determinada por una relación exacta con la variación de un precio o un índice de precios y que resulte de aplicar una fórmula preestablecida”.

Conforme a ello, deberá establecerse en los Pliegos (ex **art. 103.4 LCSP**):

1. La fórmula de revisión aplicable, que no podrá modificarse durante la vigencia del contrato. Asimismo, el Consejo de Ministros puede aprobar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fórmulas tipo de revisión.
2. La fecha en la que se llevará a cabo la revisión, bien respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, bien respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad.

Para que pueda operar este mecanismo de revisión de precios será necesario, además, que se cumplan los siguientes requisitos:

- Ámbito de aplicación: esta vía sólo resulta aplicable a los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión igual o superior a cinco años. Por lo tanto, en principio no es un mecanismo pensado para contratos de servicios intelectuales, sino para aquellos otros que soportan costes directos conectados a magnitudes o elementos de precio más volátil o cambiante.
- La revisión de precios ordinaria únicamente podrá emplearse en aquéllos contratos en los que se haya incluido expresamente, una cláusula que regule la revisión de acuerdo con lo previsto en el **art. 103 de la LCSP**. De lo contrario, el órgano de contratación “no podrá en ningún caso acudir a posteriori al sistema de revisión de precios” (**Informe de la Junta Consultiva de Castilla-La Mancha 10/2021, de 29 de noviembre**).
- La ejecución de, al menos, el 20% del importe del contrato.
- El transcurso de 2 años desde su formalización.

En consecuencia, quedarán excluidos de la revisión de precios ordinaria el primer 20% del contrato ejecutado y los 2 primeros años transcurridos desde la formalización de éste.

Estos últimos requisitos relativos a la ejecución del contrato no son de aplicación a los contratos de suministro de energía, sin perjuicio de que así lo establezcan en sus Pliegos.

Por último, existen conceptos contables y gastos que no serán revisables en ningún caso: costes asociados a las amortizaciones, costes financieros, gastos generales o de estructura o el beneficio industrial.

III. DE LA FIGURA DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE REVISIÓN DE PRECIOS.

El incremento descontrolado de los precios durante la segunda mitad del año 2021 hasta la actualidad es el resultado de una serie de vicisitudes macroeconómicas y geopolíticas que tienen su origen en la pandemia de Covid de comienzos del año 2020 y que, en la actualidad, siguen teniendo un impacto determinante en las economías de todo el mundo y, en particular, en la de los países de la Unión Europea.

Diversos factores están detrás de este alza de precios: el aumento de la demanda de materias primas, inicialmente en China, pero también en el resto del mundo y por la lenta recuperación de la capacidad productiva a nivel mundial tras la inactividad durante la pandemia, el incremento en los precios del transporte marítimo de mercancías y los recortes de suministro por las asimetrías en las rutas comerciales y la reducción de contenedores disponibles, el encarecimiento de la energía, un dólar más bajo e, incluso, las propias estrategias comerciales de los países productores de materias primas. Esta situación con las materias primas y la energía, se ha complicado aún más tras la invasión de Ucrania por Rusia, el 24 de marzo de 2022.

Este contexto inflacionista en el que se sitúa actualmente la economía española y, especialmente, el mercado de la energía y de las materias primas, ha causado grandes estragos en el régimen económico-financiero de los contratos de servicios intelectuales, entre tantos otros.

III.1 Medidas normativas excepcionales adoptadas en el ámbito estatal: Real Decreto 3/2022, de 1 de marzo

El **Real Decreto Ley 3/2022**, de 1 de marzo, (en lo sucesivo "RDL 3/2022") evidencia el impacto que está teniendo el incremento extraordinario de los precios en todo contrato público, sea obra, servicio o suministro, considerándolo como un riesgo imprevisible tanto para el órgano de contratación como para los operadores económicos, tal y como contempla en su **Exposición de Motivos (punto II)** –el subrayado es nuestro–:

"Todo ello ha tenido como consecuencia que la ejecución de un número significativo de contratos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente 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

¹ Vid. Informes emitidos por la Asociación Nacional de Constructores Independientes (ANCI) en el mes de noviembre de 2021 y de septiembre de 2022, sobre la "Evolución de los precios de las materias primas y su impacto en las obras": <https://www.ancisa.com/wp-content/uploads/2021/11/Nota-incremento-precios-materias-primas-ANCI-Noviembre-2021-.pdf>

incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público".

En términos similares, la **Exposición de Motivos (punto IV) de la precitada norma** afirma que –el subrayado es nuestro–

"Las excepcionales circunstancias 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.

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".

El legislador estatal reconoce el incremento de los precios como una circunstancia "extraordinaria", "excepcional" e "imprevisible" que ha alterado "fuertemente" y "de forma imprevista" la economía de los contratos hasta el punto de afirmar que dicho incremento era "imprevisible en el momento de la licitación" y que "excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura".

De acuerdo con lo anterior, el alza extraordinaria de los precios y su impacto en los contratos públicos es un riesgo imprevisible que sobrepasa del principio de riesgo y ventura que el contratista ha de soportar "en todo contrato público"; esto es, en las obras, servicios y suministros.

A continuación, expondremos los rasgos más característicos de este **RDL 3/2022**:

- Ámbito de aplicación subjetivo (art. 6): sector público estatal. También podrá comprender a las Comunidades y Ciudades autónomas que se adhieran al precitado Real Decreto a través de una decisión individualizada de sus respectivos órganos competentes².

A propósito de este particular, el **Informe 27/2022, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado** se pronunció sobre el carácter básico del **artículo 6.3** del RDL 3/2022 y su aplicación a las Entidades Locales. De esta forma, afirmaba que:

"La decisión que adopte cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo vincula a las Corporaciones Locales de su propio ámbito de competencia.

El efecto que produce la existencia de una norma básica de carácter dispositivo es que las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla pueden decidir si aplican o no el sistema de revisión excepcional de

² Todas las Comunidades Autónomas se han adherido al RDL 3/2022. Cabe hacer una mención especial a los casos de Galicia y Extremadura que habían contemplado similares medidas excepcionales con carácter previo a la normativa estatal. Así, podemos encontrarlas en la **Disposición Adicional Segunda de la Ley 18/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Galicia** y en la **Disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022**.



precios diseñado por el legislador estatal. De este modo, si una Comunidad Autónoma decide no hacerlo, la posible existencia de distorsiones en la ejecución de los contratos públicos de obras por causa del incremento del coste de determinados materiales habrá de ser resuelta a través de los mecanismos ordinarios que autoriza nuestro ordenamiento jurídico en general. Por el contrario, si una Comunidad Autónoma decide aplicar un sistema de revisión excepcional de precios, habrá de respetar las prescripciones básicas del Estado”.

- Ámbito de aplicación objetivo: contratos públicos de obras, administrativos o privados, que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de la norma (2 de marzo de 2022) o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en el periodo de 1 año desde la entrada en vigor de la norma (2 de marzo de 2022).

Igualmente, será aplicable a los contratos cuyo anuncio de licitación se publique en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor del **RDL 3/2022** y cuyos Pliegos establezcan una fórmula de revisión de precios.

- Reconocimiento de la revisión excepcional de precios (art. 7): cuando el incremento del coste de los materiales empleados para la obra haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021 durante su vigencia y hasta su finalización, esto es una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final, podrá reconocerse la revisión excepcional de precios del contrato.
- El impacto que referíamos previamente se dará cuando:
 - ✓ Haya un incremento en el coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio, cobre, cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos o vidrio³.
 - ✓ Dicho incremento se calculará⁴ aplicando la fórmula de revisión 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 12 ni superior a 24 meses⁵.
 - ✓ Dicha 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% del importe certificado del contrato en ese mismo periodo.
- Cuantía de la revisión: ésta no podrá ser superior al 20% del precio de adjudicación del contrato.

³ Por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, se podrán establecer otros materiales cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta. Lo que hizo la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre que ampliaba el listado de materiales.

⁴ El cálculo de dicho incremento se efectuará suprimiendo de la fórmula aplicable al contrato los términos que representan los elementos de coste distinto de los de 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.

⁵ En el caso de que el contrato tuviese una duración inferior a 12 meses, el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados. El periodo mínimo de duración del contrato para que pueda ser aplicable esta revisión excepcional de precios será de 4 meses, por debajo del cual no existirá este derecho.



Para su cálculo habrá que seguir los siguientes criterios (**art. 8**):

- ✓ Si el Pliego prevé la fórmula de revisión: será el incremento que resulte de la aplicación de ésta, modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementado el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que: la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad; 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, hasta el momento en el que pueda ser efectiva la revisión prevista en la cláusula (**art. 103.5 LCSP**: 20% de ejecución del contrato y más de 2 años desde la formalización).
- ✓ Si no la prevé: la cuantía será la diferencia entre el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde el 1 de enero de 2021, o desde la primera certificación si ésta fuera posterior, hasta la conclusión del contrato. En este caso, también podría incluirse aquel importe que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios 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 de entre las mencionadas en el **Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre**.

La cuantía de la revisión será modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad. Esta regla se aplicará, aunque todavía no se hubiera ejecutado el 20% del importe del contrato o no hubiesen transcurrido 2 años desde su formalización.

En ambos supuestos, la fecha a considerar como referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 en las fórmulas de revisión será la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de 3 meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de 3 meses si la formalización se produce con posterioridad. En todo caso, si la fecha de formalización es anterior al 1 de enero de 2021, se tomará como referencia el 31 de diciembre de 2020.

- Procedimiento a seguir para su solicitud (art. 9):
 - 1) Solicitud del contratista que deberá presentarla durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación de la certificación final de obras (plazo de 2 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley o desde la publicación de los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes). Deberá ir acompañada de la documentación justificativa.
 - 2) Propuesta provisional.
 - 3) Audiencia al contratista para que, en su caso, formule alegaciones en el plazo de 10 días hábiles.



4) Resolución definitiva del órgano de contratación. Plazo máximo de resolución: 1 mes desde la recepción de las alegaciones.

- Pago de la cuantía resultante de la revisión (art. 10): previamente al reconocimiento del pago de la revisión extraordinaria, los contratistas tendrán que desistirse de formular cualquier acción administrativa o judicial frente al órgano de contratación por causa del incremento del coste de los materiales.

Este importe se aplicará en la certificación final de obra, aunque también cabría la posibilidad de que el órgano de contratación realice los pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación.

- Por último, una vez se haya reconocido el derecho a la revisión extraordinaria de los precios, el órgano de contratación deberá de acordar, previa audiencia con el contratista, un nuevo programa de trabajo que contemple las circunstancias actuales de la obra.

El incumplimiento de dicho programa conllevará las siguientes penalidades:

- ✓ Retraso superior a 1 mes, multas coercitivas con un límite máximo de 10.000 euros/día.
 - ✓ Retraso superior a 2 meses, penalidad del 10% del precio de adjudicación.
 - ✓ Retraso superior a 3 meses: pérdida del derecho a la revisión excepcional de precios, devolución de todas las cantidades o resolución del contrato por culpa del contratista y posible causa de prohibición de contratar del **art. 71.2.c) de la LCSP**.
- Los acuerdos adoptados por el órgano de contratación relativos a la revisión extraordinaria de precios serán inmediatamente ejecutivos. Todas las deudas que de ellos deriven podrán hacerse efectivas mediante deducción de las cantidades pendientes de pago al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos.

Como corolario de lo expuesto, podemos llegar a la conclusión de que, si bien el Real Decreto 3/2022 pretende garantizar y aportar algún tipo de solución a aquellos contratistas que se encuentran profundamente perjudicados por el incremento extraordinario de los precios, éste no ampara a todos los tipos de contratos, sino únicamente a los de obras. No obstante, ello no es óbice para que el ámbito objetivo del RDL 3/2022 no pueda ampliarse a los contratos de servicios intelectuales.

La vía legal para la posible inclusión de los servicios intelectuales en el **RDL 3/2022** pasaría por la modificación del citado Decreto Ley, instrumentada en base al **artículo 86 de la Constitución** (en lo sucesivo, "CE"). Esta vicisitud en la que se encuentran los contratistas de servicios intelectuales podría verse solventada con la inclusión de sus contratos en el **artículo 6** del referido **RDL 3/2022**.

Dicha modificación estaría sujeta al control de constitucionalidad del que es competente el Tribunal Constitucional por tratarse de un "acto del Estado con fuerza de Ley" (**art. 27.2 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**).



III.2 Desarrollo posterior del Decreto-ley estatal:

- a) **Decreto Ley andaluz 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 RDL 3/2022⁶.**

La Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó el 12 de abril de 2022 el Decreto 4/2022 que desarrollaba las medidas previstas en el **Título II del RDL 3/2022**, estableciendo medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras y de servicios necesarios para la obra pública.

Dentro de su ámbito de aplicación objetivo (**arts. 1 y 4**) se encuentran: los contratos públicos de obras y **de servicios** necesarios para la ejecución de la obra pública (servicios de conservación y mantenimiento de carreteras⁷ y conservación y mantenimiento de edificios públicos⁸). También resulta de aplicación a aquellos contratos con certificación en 2021, aun cuando no estuvieren en ejecución a la fecha de la entrada en vigor del **RDL 3/2022** (2 de marzo de 2022), siempre que no se encuentren liquidados en esa fecha.

Por lo tanto, la norma andaluza amplía el ámbito de la revisión extraordinaria a ciertos servicios, lo que originó una controversia con el Estado⁹.

En cuanto al ámbito subjetivo de esta revisión excepcional (**arts. 2 y 3**) se recoge: al sector público autonómico, las entidades locales y las Universidades Públicas andaluzas.

Respecto del supuesto en el que tendrá lugar esta figura (**art. 5**) será cuando el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras y de servicios necesarios para la ejecución de la obra pública, haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su

⁶ Sobre la constitucionalidad del presente **Decreto 4/2022**, el propio Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía manifestó sus "dudas" por cuanto que "*albergamos dudas relativas a la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía a la hora de aprobar normas con rango de ley que puedan no respetar, o sobrepasar, la legislación básica del Estado en la materia que nos ocupa*".

⁷ Bajo esta determinación podría encajarse, asimismo, los términos "viario urbano y espacios públicos" dentro del concepto de carreteras que recoge este **RDL 4/2022**, atendiendo a lo dispuesto en la **Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía**, en la medida en que: (i) se consideran carreteras las vías de dominio y uso público proyectadas y construidas, fundamentalmente, para la circulación de vehículos automóviles (art. 8.1 de la Ley 8/2001; (ii) dentro de los tramos urbanos de carreteras, se encuentran las vías urbanas (**art. 9.3 de la precitada ley**); (iii) se consideran aceras "la franja longitudinal de la carretera" destinada al tránsito de peatones (anexo de la referida ley).

⁸ El concepto de "edificio público" deberá interpretarse en base al uso público al que se destine. De esta forma, el **art. 155 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas**, considera como edificios administrativos: "a) Los edificios destinados a oficinas y dependencias auxiliares de los órganos constitucionales del Estado y de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. b) Los destinados a otros servicios públicos que se determinen reglamentariamente. c) Los edificios del Patrimonio del Estado que fueren susceptibles de ser destinados a los fines expresados en los párrafos anteriores, independientemente del uso a que estuvieren siendo dedicados. 2. A los efectos previstos en este título, se asimilan a los edificios administrativos los terrenos adquiridos por la Administración General del Estado y sus organismos públicos para la construcción de inmuebles destinados a alguno de los fines señalados en los párrafos a) y b) anteriores".

⁹ De hecho, el pasado 7 de julio de 2022 la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía acordó *iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con los artículos 4, 5 y 9 del Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril (...); y comunicar este acuerdo al Tribunal Constitucional a los efectos previstos en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*.



finalización, esto es una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.

Se considerará que existe tal impacto cuando:

- i) El incremento del coste de todos los materiales, excepto la energía.
- ii) Calculado aplicando a los importes del contrato certificados en un periodo determinado, que comprenderá desde la primera certificación de obra o servicio (salvo que sea anterior a enero de 2021, considerándose en tal caso como inicio del periodo el de enero de 2021) hasta la finalización de la misma (aun cuando fuera inferior a un ejercicio anual, y con un máximo de dos ejercicios anuales).
- iii) Su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras o servicios le corresponda de entre las fijadas en el **Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre**, exceda del 5% del importe certificado del contrato en ese mismo período.

La forma de llevar a cabo tal cálculo se efectuará suprimiendo de la fórmula aplicable al contrato el término de la energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad. La cuantía de la revisión excepcional no podrá ser superior al 20% del precio de adjudicación del contrato.

Además, los criterios del cálculo (**art. 6**) se remiten a los previstos por el **art. 8 del RDL 3/2022**.

La fórmula utilizada para la revisión excepcional incluirá todos los materiales básicos del **Anexo I del RD 1359/2011, de 7 de octubre**, con excepción de la energía

El procedimiento a seguir para su reconocimiento será el que sigue (**art. 7**):

1. Solicitud del contratista que deberá presentarla durante la vigencia del contrato y antes de la aprobación de la certificación final de obras o acto de recepción del servicio. Deberá ir acompañada de la documentación justificativa. En caso de que no estuvieran publicados en ese momento los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de los costes que afectan al contrato en cuestión, el contratista dispondrá de un plazo máximo de 2 meses desde dicha publicación para presentar la solicitud. Si a la fecha de entrada en vigor del Decreto Ley (12 de abril de 2022) ya hubieran transcurrido 2 meses desde la publicación de los índices de precios aplicables al caso de que se trate, el contratista deberá presentar la solicitud en el plazo de 2 meses a contar desde la referida fecha.
2. Propuesta provisional.
3. Audiencia al contratista para que, en su caso, formule alegaciones en el plazo de 10 días hábiles.
4. Resolución definitiva del órgano de contratación. Plazo máximo de resolución: 1 mes desde la recepción de las alegaciones.

En el caso de que se reconociera la revisión excepcional de precios, su importe no podrá superar el 20% del precio del contrato. Además, este importe no se tomará en cuenta a



los efectos del límite del 50% de las modificaciones no previstas del **art. 205.2 a) 2º de la LCSP** y **112.2 del RDL 3/2020**, ni a los efectos de otros límites sobre modificaciones previstas en la normativa anterior que fuese de aplicación al contrato (**art. 5 DL 4/2022**).

El **artículo 7.3** reconoce que la concesión de dicha revisión excepcional de precios no requerirá el reajuste de la garantía definitiva.

Para aquellos supuestos en los que se den retrasos en los plazos de ejecución de la obra por falta de suministros, el **DL 4/2022** contempla en su **art. 8** que:

“Durante la vigencia de las medidas dictadas por el Capítulo I de este decreto-ley, si se originaran retrasos en los plazos parciales o totales de ejecución de las obras como consecuencia de la falta de suministros por su escasez en el mercado, debidamente acreditada, no procederá la imposición de penalidades al adjudicatario del contrato. El responsable del contrato emitirá informe en el que determine la imputabilidad o no al adjudicatario del retraso producido.”

Además, el Decreto andaluz ha previsto la posibilidad de solicitar simultáneamente a la revisión excepcional de precios, la modificación de los materiales tenidos en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base para la licitación, siempre que ello no implique una merma en la funcionalidad y seguridad en la obra. Dicha modificación deberá instarse por el contratista incluyendo una propuesta de modificación de los materiales y su sustitución por otros más económicos y deberá ir precedida por un informe del responsable del contrato (**art. 9**).

Por último, la citada norma contempla en su **art. 10** la obligación de que los futuros contratos de obra pública, licitados por procedimiento abierto, contemplen la cláusula de revisión de precios conforme al **art. 103 de la LCSP**.

b) Decreto Ley aragonés 3/2022, de 6 de abril

El ámbito de aplicación objetivo del Decreto ley 3/2022 recoge en sus **artículos 2 y 3** los siguientes contratos: contratos públicos de obras, en los contratos mixtos, en la parte relativa a la obra, contratos de servicios (conservación y mantenimiento de carreteras y conservación y mantenimiento de edificios públicos) y suministros de materiales siderúrgicos, materiales, bituminosos, aluminio, cobre, cemento, materiales cerámicos, madera, productos plásticos, áridos, rocas y vidrio necesarios para la ejecución de la obra pública.

Al igual que el DL 4/2022 andaluz, la norma aragonesa amplía su ámbito objetivo a los mismos contratos de servicio de conservación y mantenimiento de carreteras y edificios públicos, añadiendo a ello ciertos contratos de suministros.

Respecto del ámbito subjetivo, le es de aplicación al sector público autonómico y a las entidades locales (**arts. 2 y Disposición adicional segunda**).

En cuanto al supuesto amparado por esta revisión excepcional de los precios nos encontramos con que (**art. 3.2**):

“Además de los materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, los materiales cuyo incremento de coste podrá ser causa de revisión excepcional de precios serán cemento, materiales cerámicos, madera, productos plásticos, áridos y rocas y vidrio”.

Al igual que en el DL 4/2022 andaluz, la Comunidad autónoma de Aragón contempla la solicitud simultánea de modificación de los materiales en los contratos de obra (**art. 5**).

En el supuesto de que los contratos no sean subsumibles en el ámbito de actuación de los referidos Decretos, podrían activarse otros mecanismos para conseguir la compensación por los daños padecidos: como la aplicación de la teoría del riesgo y ventura del contratista ante riesgos imprevisibles o el enriquecimiento injusto de la Administración que desarrollaremos a continuación.

IV. VÍAS DE RECLAMACIÓN DE SOBRECOSTES DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS INTELECTUALES APLICABLES.

Como hemos ido exponiendo a lo largo de esta Nota, los contratistas de servicios se enfrentan ante una serie de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que le afectan notablemente a la ejecución de sus contratos.

Ante estos hechos, la normativa estatal ha devenido insuficiente puesto que tienen cabida en el ámbito de aplicación de sus medidas extraordinarias. Igualmente, difícilmente podrían encuadrarse en las normativas autonómicas que han desarrollado algo más su espectro.

A pesar de lo anterior, a continuación, desarrollaremos algunas posibles vías de reclamación de los sobrecostos padecidos por los contratistas de servicios intelectuales.

En primer lugar, se analiza la posibilidad de reclamar los sobrecostos del contrato por la vía de la modificación del contrato, para seguidamente analizar los argumentos de una posible reclamación judicial en el caso de que esta vía no fuese acogida por el órgano de contratación.

IV.1. La dudosa pero posible aplicación del art. 205.2.b) de la LCSP

Previamente a instar cualquier tipo de reclamación de naturaleza contenciosa, podría solicitarse al órgano de contratación responsable del contrato la modificación del mismo por circunstancias sobrevenidas que no pudieron preverse en el momento de licitación.

Esta posibilidad encuentra su amparo en el **artículo 205.2 b) de la LCSP**, que regula aquellas modificaciones contractuales no previstas en los Pliegos regidores del contrato. En sus propios términos, dispone que:

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

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

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

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

De esta forma, la Ley de contratos contempla la posibilidad de dar cobertura a aquellos contratistas que debido a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles se han visto



afectados en la ejecución de sus contratos. Ahora bien, para que sea válida la modificación del contrato resulta exigible que ésta no altere la naturaleza global del contrato y que dicho cambio no implique una alteración del 50% del precio inicial del mismo.

De resultar aplicable al caso concreto (pues habrá que estar a las circunstancias propias de cada contrato), no sería preciso formular la posterior reclamación a la que aludiremos en el punto IV.5 (al final, porque la compensación se articularía como una modificación del contrato acordada por el propio órgano de contratación, siguiendo el procedimiento legalmente establecido al efecto).

Sin embargo, esta vía se enfrenta a la dificultad de que la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación viene negando la posibilidad de alterar el precio del contrato a través de la aplicación del **artículo 205.2 b)**, ya que, el precio es considerado un “elemento esencial” del contrato (ex **art. 1261 del Código Civil**) y su modificación vulneraría el principio de igualdad de trato del resto de licitadores.

Ejemplo de ello lo encontramos en la reciente **Resolución 436/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, la cual, invocando la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549-14)**, negaba la posibilidad de modificar el precio del contrato al ser éste un elemento esencial del contrato y por comprometer los principios de igualdad de trato:

“No obstante lo anterior, y sin necesidad de entrar a analizar si la evolución en los precios de fabricación del papel era o no previsible, la modificación no estaría justificada, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio, de modo que con arreglo a la jurisprudencia del TJUE expuesta, no debió admitirse la modificación del precio unitario del papel multiusos DIN A-4 a suministrar tras la adjudicación por la simple negociación operada entre el órgano de contratación y el adjudicatario, dado que ello no es posible sin comprometer los principios de igualdad de trato”.

Sin perjuicio de lo anterior, parece que se abre una nueva posición favorable a la aplicación del **art. 205.2.b)** de la LCSP tras la reciente **Sentencia de la Audiencia Nacional, número 4711/2022, de 10 de octubre, que habilita la aplicación de dicho precepto a un supuesto de riesgo imprevisible con alteración del precio del contrato** (si bien a la baja, en el caso analizado). Así, la Audiencia Nacional sostiene que –el resultado es nuestro–:

“En el presente caso, una de las empresas parte del acuerdo marco solicitó la minoración del precio unitario del acuerdo marco para el lote 8, por razón de la variación de las condiciones del mercado de suministro del tipo de mascarillas incluidas en ese lote. Ante ello, previos los informes preceptivos, y tratándose de una circunstancia sobrevenida no previsible, 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 artículo 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, ante la inminente necesidad de provisión de material y productos de protección e higiene frente a la pandemia; siendo de general conocimiento la escasez de mascarillas –y de otros productos– durante los primeros meses, incluso en el ámbito sanitario, los precios de las mismas en el mercado minorista y cómo, a medida que pasaron unos meses, la venta se normalizó y los precios bajaron notablemente. Este hecho es notorio y no requiere de prueba”.



IV.2. La reclamación judicial del riesgo imprevisible derivado de la subida extraordinaria de precios y compensación del enriquecimiento injusto de la Administración o entidad contratante

En los siguientes apartados proporcionamos los argumentos que resultarían de aplicación en una eventual reclamación judicial de los costes excesivos e imprevisibles en los contratos de servicio, que sería la única vía hábil disponible en caso de que no prosperase una modificación del contrato pro el cauce del artículo 205.2.b) anteriormente analizado.

Una reclamación de tal naturaleza tendría que conjugar varios argumentos: (i) el riesgo imprevisible como excepción al principio de riesgo y ventura del contratista (ii) el entendimiento de la subida extraordinaria de los precios como una circunstancia imprevisible en los contratos de servicios que impacta injustamente en la economía del contrato, de forma que (iii) su no reconocimiento y compensación conllevaría un enriquecimiento injusto para el poder adjudicador, correlativo al empobrecimiento que sufriría el contratista.

Es importante consignar que la reclamación judicial se proseguiría ante el orden jurisdiccional competente en razón de la naturaleza administrativa o privada del contrato, lo que requeriría un análisis del caso concreto.

(i) La teoría del riesgo imprevisible como excepción al principio de riesgo y ventura del contratista

El riesgo y ventura del contratista es un principio general de la contratación pública previsto en el **art. 197 de la LCSP**, conforme al cual el contratista asume al contratar con la Administración el riesgo derivado de las contingencias del contrato en base a la consideración de que el contratista tiene una obligación de resultados, diferente a la obligación de actividad o medial (**STS 27 de octubre de 2009**).

Como afirma el **Informe 38/20 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado** con cita de la **Sentencia de 20 de julio de 2016 del Tribunal Supremo**, el riesgo y ventura comprende un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato que significa que

“la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación”.

No obstante, el riesgo y ventura del contratista no es un principio absoluto, ya que nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia ha configurado excepciones a la aleatoriedad de los contratos públicos que permiten el reequilibrio económico del contrato cuando se haya producido una ruptura por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*) o por hechos que sobrepasan de la normal “alea” del contrato por tratarse de casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible (**STS 28 de octubre de 2015**).

Estos mecanismos que permiten excepcionar el riesgo y ventura han sido reconocidos, igualmente, por la **Abogacía General del Estado** en su **Informe de 1 de febrero de 2019** exponiendo que –el subrayado es nuestro–;

“La mayor onerosidad sobrevenida de una relación contractual puede resultar de tres supuestos diferentes: 1) modificación del objeto del contrato en virtud del ejercicio de la potestad o prerrogativa que la legislación sobre contratación

pública atribuye a estos efectos a la Administración contratante; 2) adopción de disposiciones o medidas de intervención u ordenación económica cuyos efectos inciden o pueden incidir en la relación contractual; 3) hechos o acontecimientos, imprevistos o imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, y que resultan completamente ajenos a la Administración contratante (...)".

El equilibrio económico del contrato y su restablecimiento es una figura genérica de la contratación administrativa, que en el marco del contrato de servicios ha sido admitido en diversas ocasiones por los Tribunales Superiores de Justicia por su carácter de figura general en materia de contratación (Vid. v.gr., **STJ de Madrid, de 15 de diciembre de 2015** -Rec. 475/2015-, en el ámbito de un contrato de servicios de dirección de la ejecución de obras; **STSJ de Baleares de 30 de septiembre de 2015** -Rec. 85/2015- en el ámbito del servicio de gestión, retirada y transporte de los fangos de las depuradoras; **STSJ de Extremadura de 11 de julio de 2017** -Rec.400/2016,- en el ámbito de un contrato de servicio de comunicaciones de la junta de Extremadura; o **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2020**, -Rec.149/2018-, en el ámbito de un servicio de limpieza).

Asimismo, la doctrina científica adopta un criterio favorable al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos ante circunstancias imprevisibles. Así Badenes Gasset afirma que -el subrayado es nuestro- "no es menos cierto que si bien todo el contrato implica un juicio valorativo del alea que se está dispuesto a correr, no tienen por qué respetarse contratos cuya observancia constituye una lotería para una de las partes y la ruina para la otra, a causa de los cambios sobrevinientes a que hemos hecho referencia". Además, el enriquecimiento injusto del que se estaría beneficiando la Administración "es indudable que repugna a toda conciencia jurídica el mantener inflexiblemente la obligación contraída por el deudor", ya que, mientras el contratista se ve ostensiblemente perjudicado, la Administración contratante se encontraría ante un "beneficio completamente inesperado e insólito"¹⁰.

En suma, el contratista tiene derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando haya concurrido alguno de los supuestos que excepcionan el riesgo y ventura consistentes en el *ius variandi*, el *factum principis*, la fuerza mayor y el riesgo imprevisible, siempre que se den los presupuestos y se respeten los límites legales de aplicación de estas figuras.

En cuanto al riesgo imprevisible, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que conectando el riesgo imprevisible con la cláusula *rebus sic stantibus* requiere para su apreciación que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse (**STS 18 de abril de 2008**).

Como expone la **Sentencia de 25 de abril de 2008 del Tribunal Supremo**:

"Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues

¹⁰ Badenes Gasset, R. "El riesgo imprevisible. (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)"; Bosch, Barcelona, 1946. Más recientemente, puede verse un planteamiento general del problema en Fernández Farreres, G., "La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, nº 216, 2021; así como Gallego Córcoles, I. "Contrato administrativo de obras y doctrina del riesgo imprevisible", *Contratación administrativa práctica*, nº 99, 2010. Asimismo, es de interés y actualidad la tesis doctoral de Vázquez Lacunza, E., dirigida por la profesora Gallego Córcoles, sobre "El equilibrio económico del contrato de servicios como garantía de su correcta ejecución" que puede consultarse en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/7733>.



sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación”.

Para aplicar la teoría del riesgo imprevisible el Tribunal Supremo requiere que se atienda a las circunstancias del caso en concreto en aras a determinar si se ha alterado la economía del contrato de modo irrazonable, declarando lo siguiente –el subrayado es nuestro-:

“La incidencia del incremento ha de examinarse 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” [STS de 27 octubre 2009 (RJ\2010\1207)].

Seguidamente, la meritada **Sentencia de 27 de octubre de 2009** expone que,

“Respecto a la trascendencia e incidencia del incremento de los costes de estos productos en el equilibrio económico del contrato, la Sala comparte la tesis del Consejo de Estado atendiendo a una valoración conjunta de la economía contrato” (...). “En el momento actual, no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, al cifrarlo en el 2,5 % del contrato”.

De todo lo expuesto anteriormente se extraen los dos requisitos necesarios para demostrar el riesgo imprevisible:

- i. el acaecimiento de una circunstancia imprevisible que, tanto el contratista como la Administración, no pudieron prever en el ámbito de su diligencia;
- ii. y la relevancia y significación del riesgo imprevisible, de tal modo que haya provocado una alteración irrazonable del equilibrio económico del contrato en su conjunto.

(ii) La subida extraordinaria de los precios como una circunstancia razonablemente imprevisible en los contratos de servicios.

Como hemos expresado en el apartado anterior, el primer requisito necesario para aplicar la teoría del riesgo imprevisible radica en acreditar que ha sucedido una circunstancia imprevisible que ni el contratista ni la Administración pudieron prever.

El cumplimiento de este requisito se demuestra a partir de la normativa y la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación que han reconocido expresamente la subida extraordinaria de los precios como un riesgo imprevisible de los contratos públicos que sobrepasa el riesgo y ventura del contratista.

El **RDL 3/2022**, y gran parte de la normativa autonómica en materia de revisión excepcional de precios, únicamente contempla dentro de su ámbito de aplicación a los contratos públicos de obras, sin incluir los servicios y los suministros. No obstante, hemos señalado la normativa autonómica que extiende la aplicación de la revisión excepcional de precios a determinados servicios y suministros.

Por lo demás, la consideración de la subida extraordinaria de los precios como un riesgo imprevisible ha sido reconocida, igualmente, por la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla-La Mancha** en su **Informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021**, que analiza los mecanismos que podrían emplearse para modular el impacto de



la subida de los precios en los contratos públicos (revisión de precios, *ius variandi*, *factum principis*, fuerza mayor y riesgo imprevisible). El Informe concluye declarando lo siguiente –el subrayado es nuestro–:

“Respecto del riesgo imprevisible, esta Junta Central no puede pronunciarse, con carácter general y para todos los contratos de obra que la Consejería de Educación, Cultura y Deportes haya formalizado durante las anualidades 2020 y 2021 sobre si la subida de precios de las materias primas en los citados contratos entra dentro, o no, del concepto del citado riesgo en el sentido expuesto en este informe. Tal y como señala la jurisprudencia, y en orden a determinar si ha existido o no aquél, 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”.

La Junta Consultiva mencionada se muestra favorable a considerar la subida de los precios como un riesgo imprevisible que, en todo caso, requerirá del examen de las circunstancias concretas de cada supuesto. Y en caso de que se entienda como un riesgo imprevisible, el Informe reconoce la procedencia de una compensación económica a favor del contratista por el alza de los precios que ha tenido que soportar durante la ejecución del contrato, como el caso que nos concierne.

A la misma conclusión ha llegado en ocasiones la jurisprudencia. Valga destacar la **Sentencia de 9 de marzo de 1999 del Tribunal Supremo** que estima la indemnización en un contrato de obras debido a la subida de precios de los productos asfálticos sobre la base de considerar que se trataba de un riesgo imprevisible. La Sentencia afirma que – el subrayado es nuestro–:

“Pero también es cierto que cuando dicha figura de la revisión de precios deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de la normal en este tipo de contrataciones, entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato... Otros dos argumentos que inducen a acceder a la indemnización compensatoria de perjuicios por la elevación de los precios de ligantes asfálticos... son, por una parte, la situación de desigualdad que produce la aplicación del Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, para las adjudicaciones posteriores a la vigencia del mismo, cuando las anteriores sufrieron semejantes elevaciones de los precios encontrándose en iguales circunstancias; y por otra, el empobrecimiento injusto que el contratista tendría que sufrir, a pesar de que la Administración reconoce el hecho de la elevación imprevista de los precios y mantiene a ultranza los precios de licitación, lo que produce a su vez un enriquecimiento injusto para esta última”.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo hace hincapié en el riesgo imprevisible como mecanismo de reequilibrio de la economía contractual, con especial atención, a



aquellas situaciones en las que el mecanismo de revisión de precios deviene ineficaz, por circunstancias imprevisibles.

El segundo de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para demostrar el acaecimiento de un riesgo imprevisible radica en la relevancia o significación del riesgo, esto es, la alteración que ha provocado sobre la economía del contrato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido delimitando el supuesto en el que se podría considerar que el riesgo imprevisible habría provocado una ruptura sustancial de la economía del contrato. Concretamente, cuando el desequilibrio económico se cuantifica en el 2,5% del precio del contrato, aproximadamente, en base al art. 4.2 del Decreto-Ley de 6 de febrero de 1964 (**SSTS 6 de mayo de 2008** –recurso de casación nº 5111/2006- y **4 de junio de 2008** –recurso de casación nº 5093/2006-).

No obstante, pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal han matizado que la cuantía porcentual del 2,5% del precio del contrato y los índices de referencia utilizados en sentencias anteriores deben utilizarse sólo “en defecto de mejor criterio” y siendo analizado conjuntamente con el contexto total del contrato (**STS de 27 de octubre de 2009**).

Es de reseñar la **Sentencia de 21 de julio de 2017 (recurso nº 1123/2014) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana** que reconoce el derecho del contratista a ser indemnizado por el desequilibrio económico del contrato debido a la imprevisibilidad de la subida de las bases de cotización de sus trabajadores, sin fijar una cuantía porcentual concreta. La Sentencia declara que –el subrayado es nuestro–:

“En el presente caso cabe estimar que han concurrido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de solicitarse la revisión de precios, en tanto que ha habido unos incrementos de costes de personal totalmente ajenos a la entidad contratista en el momento de concursar y de proponer su oferta económica, en cuanto derivados de una ley especial, que implicaba una subida de las bases de cotización, que la empresa no pudo considerar en el momento de formular la oferta, en la que no tomaba en cuenta tales incrementos de costes, por lo que no debe estarse al principio de riesgo y ventura del contratista.

(...) En definitiva, consideramos que los costes adicionales generados por el Real Decreto Ley 16/2013 rebasan los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo”.

La jurisprudencia no ha delimitado una cantidad concreta a partir de la cual pudiera entenderse que se habría producido una ruptura sustancial de la economía del contrato susceptible de compensación económica, sino que requiere el análisis de las circunstancias concretas y de la alteración de la economía del contrato en su conjunto.

El **Informe nº 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias** tiene por objeto la consulta relativa a la posibilidad de restablecer el equilibrio económico de un contrato de servicios de conservación y mantenimiento del alumbrado público a causa de la situación económica actual de incremento extraordinario del precio de la energía eléctrica.

El Informe analiza los mecanismos que excepcionan el riesgo y ventura, entre ellos, el riesgo imprevisible y la cláusula *rebus sic stantibus*, disponiendo lo que sigue –el subrayado es nuestro–:

“En concreto, respecto a la cláusula “rebus sic stantibus”, la misma constituye un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, que se produce cuando, por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes, a una de ellas le resulta absolutamente imposible o gravoso el cumplimiento de la obligación”.

(...) “La trascendencia de este cambio de orientación jurisprudencial es que viene a sentarse, con carácter general, que la crisis económica «puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido», pero la aplicación de la doctrina precisará, una vez sentada esta base general, analizar si en el concreto contrato ha tenido incidencia real la crisis económica, siendo razonable entender que ello es así cuando el cambio operado por la referida crisis lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

En definitiva, tradicionalmente ha sido una cláusula de aplicación muy restrictiva, pero el escenario de crisis económica ha extendido su aplicación, al considerar que estas circunstancias pudieran afectar gravemente al desarrollo de las relaciones contractuales., pero los Tribunales han rechazado la aplicación de la cláusula cuando se ha realizado una alegación abstracta e imprecisa de ella”.

De acuerdo con estas afirmaciones, cabría aplicar el riesgo imprevisible y la cláusula *rebus sic stantibus* cuando el incremento extraordinario de los precios lleve consigo un resultado reiterado de “pérdidas (imposibilidad económica)” o a la completa desaparición de cualquier margen de “beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación)”.

Resulta ilustrativa la citada **Sentencia de 9 de marzo de 1999 del Tribunal Supremo** por cuando aborda un supuesto de subida extraordinaria de precios de productos asfálticos que en el contrato se habría materializado en un incremento del 88,5%, diciendo lo siguiente:

“La aplicación de dicha doctrina al presente caso pone de manifiesto la procedencia de la indemnización que se solicita, sin que sea aceptable, como causa de su rechazo, el criterio mantenido por la Administración, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, con base en la regla, no expresamente citada, del 2,50 por 100 del precio del contrato, del artículo 4.2 del Real Decreto-ley 2/1964, como determinante único para la apreciación del desequilibrio económico lo suficientemente importante para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de «riesgo y ventura», pues, como ha declarado la Sala en ocasión similar (Sentencia de 27 de diciembre de 1990 [RJ 1990\10151]), no se puede desconocer que la indicada doctrina del «riesgo imprevisible razonable», se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada «relevancia y significación» en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique; y en el caso de autos se halla acreditado, como antes se expuso, que durante la ejecución de las obras los precios de los ligantes asfálticos experimentaron un aumento del 88,5 por 100, lo que ha dado lugar, como también ha quedado expuesto, a cuantificar la indemnización que se solicita en la cifra de 10.084.921

ptas., cantidad en la que no sería justo que se empobreciera la empresa y se enriqueciera la Administración”.

La Sentencia reconoce el cumplimiento de los dos requisitos necesarios para aplicar el riesgo imprevisible; de un lado, la imprevisibilidad del incremento extraordinario de los precios de los ligantes asfálticos y, de otro lado, la relevancia y significación de dicha subida que ha alterado de modo irrazonable la economía del contrato en un incremento de los precios de los productos del 88,5%. Consecuentemente, la Sentencia se pronuncia a favor de indemnizar al contratista por el sobrecoste soportado durante la ejecución de las obras a causa de la subida de los precios de los productos asfálticos.

(iii) El enriquecimiento injusto del órgano de contratación en perjuicio de los contratistas de servicios intelectuales

El envés del riesgo imprevisible que afecta la economía del contrato sumiendo en pérdidas al contratista sería el enriquecimiento injusto del órgano contratante, que sustanciaría en su “favor” la merma definida por el contratista.

En estos casos, dicho enriquecimiento no estaría amparado por causa lícita ni contractual que fundamente la ventaja del órgano de contratación frente al perjuicio evidente que se le produce al contratista de servicios intelectuales.

Para dar respuesta y solución a este problema, la doctrina y la jurisprudencia establecen los requisitos exigibles para apreciar la concurrencia de dicho enriquecimiento:

1. Un aumento del patrimonio del enriquecido: la prestación de servicios con el mismo coste en el que se ofertó el contrato sin la correspondiente revisión de los precios a la actualidad del mercado, supone para la Administración un notable beneficio para su patrimonio.
2. Consecuente empobrecimiento del contratista: dichas prestaciones sin revisión de los precios suponen gastos y sobrecostes que perjudican al patrimonio del contratista sin que éste sea compensado.
3. Falta de causa que justifique el enriquecimiento: dicho lucro indebido se deriva de unos servicios prestados por el contratista cuyos precios no se ajustan a la realidad del mercado, por lo que no existe causa lícita para mantener las prestaciones del contrato sin la debida revisión de los precios.

Por su carácter ilustrativo, conviene traer a colación la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 25 de septiembre de 2018 (Sentencia núm. 960/2018)** en la que se afirma:

“Por otra parte, es doctrina jurisprudencial reiterada, la relativa a que iría contra el principio de buena fe contractual, del enriquecimiento injusto, de la equidad y seguridad jurídica, la no satisfacción por la Administración del importe económico de los servicios que los particulares le realicen o presten con fundamento o amparo exclusivo en el carácter eminentemente formal de la contratación administrativa”.

Siguiendo este argumento, el iter a seguir de cara a obtener el pago de los sobrecostes a los que se enfrenta el contratista sería el siguiente:

1. Reclamación frente al órgano de contratación solicitando el reconocimiento y pago de los sobrecostes sufridos por el contratista, con el fundamento del enriquecimiento injusto.

2. Frente a la posible desestimación de la precedente reclamación cabría interponer recurso contencioso-administrativo o, en caso de que la ejecución del contrato se rigiese por el Derecho privado, demanda en el orden jurisdiccional civil. En ambos casos procedería solicitar asimismo los oportunos intereses de demora devengados.

V. **CONCLUSIONES**

1. La revisión de precios ordinaria se encuentra recogida en los **artículos 103 a 105 de la LCSP** como una cláusula de estabilización del régimen económico del contrato, cuyo objetivo es la protección frente a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que permite a las partes contratantes adecuarse a las oscilaciones de precios experimentadas por los materiales y la mano de obra.
2. Esta cláusula solo será de aplicación para determinados contratos (obras, suministros de armas, suministro de energía, etc.) y siempre que así lo prevean sus Pliegos. Además, se requiere la ejecución de al menos el 20% del contrato y solo se reconocerá una vez transcurran dos años desde su formalización.
3. Frente a las circunstancias actuales de gran volatilidad e incertidumbre en el mercado y de la fluctuación constante de los precios de las materias primas y de la energía, el Estado ha aprobado el RDL 3/2022 en el que se aprueba una revisión excepcional de los precios limitada a los contratos de obras y transporte de mercancías, respecto de una serie de materiales.
4. Debido a que el ámbito de aplicación del referido RDL 3/2022 no incluye a los contratos de servicios intelectuales, proponemos la modificación del articulado del mismo para la inclusión de dichos contratos para poder paliar los graves perjuicios a los que se enfrentan estos contratistas.
5. Las Comunidades Autónomas de Andalucía y de Extremadura han aprobado sendos Decretos ampliando el ámbito objetivo del citado RDL estatal. Así, el Decreto 4/2022 de Andalucía ha añadido aquellos contratos de servicios de conservación y mantenimiento de carreteras y conservación y mantenimiento de edificios públicos.
6. Ante la falta de medidas expresamente recogidas en los Decretos mencionados para compensar los sobrecostes a los que se enfrentan día a día los contratistas de servicios, proponemos una serie de actuaciones: (i) la modificación del contrato por la vía del art. 205.2 b) de la LCSP por riesgo imprevisible de los sobrecostes (ii) la reclamación judicial de los mismos amparada en la teoría del riesgo imprevisible derivado de la subida extraordinaria de precios y compensación del enriquecimiento de la entidad contratante.

Todo lo cuanto queda dicho constituye nuestra opinión, que fundadamente emitimos desde nuestro saber y entender jurídico, y que gustosamente sometemos a mejor opinión fundada en Derecho.

En Sevilla, a 27 de diciembre de 2022

