



Junta de Andalucía

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y FONDOS
EUROPEOS

Dirección General de Contratación
Comisión Consultiva de Contratación Pública

INFORME 8/23, DE 4 DE JULIO DE 2023, SOBRE DIFERENTES CUESTIONES RELATIVAS A LOS EFECTOS Y A LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA MODIFICACIÓN QUE SE OPERE EN EL DECRETO-LEY 4/2022, DE 12 DE ABRIL A FIN DE ADAPTARLO AL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO.

I - ANTECEDENTES

El Presidente de la Federación Andaluza de Empresarios de la Construcción (FADECO CONTRATISTAS), solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“Por la presente vengo a formular a la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía las siguientes cuestiones que generan dudas a multitud de empresas, relativas a los efectos y a la aplicación práctica de la modificación que se opere en el Decreto-Ley 4/2022, a fin de adaptarlo al Decreto-Ley 3/2022, evitando la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno de la nación, según quedó recogido en el acuerdo publicado en el BOJA de fecha 27 de enero de 2023.

1.- Dado el acuerdo alcanzado el pasado mes de diciembre, entre la Junta de Andalucía y la Administración General del Estado, para modificar los artículos 4, 5 y 9 del Decreto-Ley 4/2022, de 12 de abril; cuando se produzca efectivamente dicha modificación **¿se ha de entender que la misma no afectará a las empresas licitadoras que confiaron legítimamente en la adecuación a derecho del DL 4/2022 a la hora de formular ofertas en licitaciones públicas y formalizar contratos?** Es decir, a pesar de que en el momento de la solicitud de revisión de precios ante la Administración licitante, el DL 4/2022 ya hubiera sido modificado **¿podrán solicitar la revisión de precios los adjudicatarios de contratos de servicios, o contratos de obras con plazo de ejecución inferior a cuatro meses, entendiéndose que licitaron confiando en la legislación existente en ese momento?**

2.- ¿Se puede entender, en base a la redacción actual del DL 4/2022 (*parece ser que en este aspecto no será susceptible de modificación*), y siempre que cumpla con los requisitos exigidos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, **que es posible realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra?**

Dicha posibilidad, que está expresamente recogida en el Artículo 10 del RDL 3/2022 estatal, viene siendo admitida pacíficamente por distintas agencias públicas de la propia Junta de Andalucía. No obstante, otras administraciones, fundamentalmente de ámbito local, no la reconocen.

3.- La admisión de los pagos a cuenta, **¿supone para la empresa beneficiada por los mismos el reconociendo del derecho de revisión extraordinario de precios conforme a la redacción original del DL 4/2022?** Y ello con independencia de que durante la ejecución del contrato se modifique el referido DL quedando excluidos de su ámbito determinados supuestos susceptibles de revisión, como pueden ser los contratos de servicios, o los contratos con plazo de ejecución inferior a 4 meses.

4.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del RDL 3/2022 de 1 de marzo *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 tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres 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.*





En los Acuerdos Marco – dado que la fecha de formulación de la oferta más tres meses no genera dudas, resta definir la fecha de formalización del contrato, lo que está ocasionando divergencias interpretativas en algunas administraciones, ya que algunas están interpretando que esta fecha es la de formalización del acuerdo marco y otras la fecha de los contratos derivados. Por ello, se plantea la cuestión de determinar cuál es la fecha que se debe tener en consideración como referencia para los índices de precios representados con Subíndice 0 en las fórmulas de revisión, a efectos de la revisión extraordinaria de precios del DL 4/2022, **¿la fecha de formalización del Acuerdo Marco o la fecha de formalización del contrato basado?”**.

II.- INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, como ocurre en el presente caso.

FADECO plantea una serie de cuestiones a este órgano consultivo relativas a los efectos y a la aplicación práctica de la modificación que se opere en 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 mercancía por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, 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 (en adelante, Decreto-ley 4/2022), a fin de adaptarlo al 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 de 2020, 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 (en adelante, Real Decreto-ley 3/2022), tras el acuerdo alcanzado en el seno de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía convocada por el Gobierno del Reino de España el 27 de diciembre de 2022.

1.- La primera de las cuestiones se refiere a si la modificación que se produzca en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto-ley 4/2022, como consecuencia del Acuerdo del 30/12/2022 de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto-ley 4/2022, afectará a las solicitudes de revisiones de precios de las empresas que hayan concurrido a licitaciones, estando en vigor la actual redacción del Decreto-ley 4/2022, y en concreto, si se verán sometidas a la nueva exigencia de que el contrato tenga al menos cuatro meses de duración.

Para situar el contexto de esta pregunta y del informe en general, deben realizarse una serie de consideraciones en relación al mecanismo de revisión excepcional de precios de los contratos el sector público.

Las medidas en materia de revisión excepcional de precios recogidas en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022 (artículos 6-10), aun teniendo el carácter de norma básica, el legislador les ha otorgado el carácter dispositivo.



Esto quiere decir que, aunque se trata de normas básicas de acuerdo con el apartado 3 de la disposición final primera del Real Decreto-ley (lo que es coherente, porque todo lo relativo a la revisión de precios en la LCSP tiene carácter básico de acuerdo con la disposición final primera de la LCSP. Ver también sentencia del TC 68/2021), solo son directamente aplicables a la Administración General del Estado y al sector público estatal. Su aplicación en los ámbitos de las comunidades autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla requiere un acuerdo en tal sentido del órgano autonómico competente.

Por tanto, no implica una uniformidad en todo el territorio nacional, pues conforme al artículo 6.3 del Real Decreto-ley 3/2022, *“lo dispuesto en este Título también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden”*.

La Comunidad Autónoma de Andalucía ejerció tal potestad mediante el dictado del Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril, en virtud del cual tanto las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público que se establecen en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022, como las medidas complementarias que, en desarrollo del mismo, se han regulado en los artículos 4 a 11 del propio Decreto-ley, son directamente aplicables al sector público andaluz, y a las entidades locales andaluzas y Universidades Públicas de Andalucía que así lo acuerden.

Con posterioridad, el 27/12/2022 el Gobierno de España anunció el acuerdo de interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 4/2022 por conflicto de competencias. Sin embargo, el mencionado recurso no llegó finalmente a materializarse ya que el 30 de diciembre se alcanzó un acuerdo en el seno de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el citado Decreto-Ley 4/2022, en cuya virtud se solventan las discrepancias competenciales manifestadas por el Gobierno de España en relación con los artículos 4, 5 y 9 del Decreto-ley 4/2022, con el compromiso de la Junta de Andalucía a promover su modificación.

No obstante, debe señalarse que a día de hoy no ha tenido lugar esta modificación del Decreto-ley 4/2022. Los compromisos asumidos en el seno de la Comisión no suponen per se alteración del ordenamiento jurídico, pues carecen de fuerza normativa, por lo que será preciso que se efectúe la correspondiente modificación por el legislador autonómico. Dado que en el Acuerdo de 31/12/2022 no se contempla ninguna referencia a las disposiciones transitorias que en su caso acompañarían a la modificación del Decreto-ley 4/2022, habrá de estarse a lo que en su día se disponga.

Por tanto, respecto a la primera de las cuestiones formuladas, debe indicarse que habrá que esperar, como no puede ser de otra manera, a que tenga lugar la modificación del citado Decreto-ley 4/2022 que venga a dar cumplimiento al Acuerdo de 30 de diciembre, para conocer los términos en que la misma se produce, sin que competa a este órgano consultivo aventurar el régimen transitorio de la eventual modificación de la citada norma.

Con carácter general se puede recordar que el principio general en nuestro Ordenamiento Jurídico es la irretroactividad de las normas jurídicas. El apartado 1 del artículo 2 del Código Civil dispone que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa, y el apartado 3 del mismo artículo preceptúa que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, constituyendo, por lo tanto, la retroactividad una excepción.

Descendiendo al ámbito del procedimiento administrativo, ese principio general se positivista en la Disposición transitoria tercera de la ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,¹ y en el ámbito de la contratación pública, en la Disposición Transitoria primera de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público² que ordena la sumisión a la

¹ A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior

² 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del



normativa anterior no solo de los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley, sino también de todas las cuestiones que tengan que ver con los “efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas” respecto de contratos adjudicados con anterioridad al cambio normativo.

Por tanto, sí puede anticiparse que cualquier efecto retroactivo, siquiera impropio o “suave”; esto es afectante a los procedimientos iniciados al amparo de la regulación inicialmente contemplada en el Decreto-ley 4/2022, habría de respetar los límites de constitucionalidad que establece el artículo 9.3 de la Norma Suprema: “La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”; y debería estar justificado por un juicio de ponderación de los intereses en conflicto que justifique la merma del principio de Seguridad Jurídica -también recogido en el citado precepto constitucional- que toda norma con efecto retroactivo conlleva

2.- La segunda de las cuestiones planteadas se centra en la conformidad de realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra. Como se indica en la propia consulta, dicho proceder se encuentra expresamente admitido en el artículo 10 del Real Decreto-ley 3/2022.

Efectivamente, el apartado 2 del artículo 10 del del Real Decreto-ley 3/2022, señala que:

“La cuantía resultante de esta revisión excepcional se aplicará en la certificación final de la obra como partida adicional con pleno respeto a la legislación presupuestaria. El órgano de contratación estará facultado, siempre que cumpla con los requisitos exigidos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra.

El importe se corregirá, en su caso, al alza o a la baja, en la liquidación del contrato, con los índices oficiales definitivos correspondientes al período en que se haya aplicado la revisión”.

Conviene recordar que tal precepto posee el carácter de básico conforme al apartado tercero de la Disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2022, quedando condicionada su aplicabilidad a la voluntad de adhesión de la comunidad autónoma, que en el caso de Andalucía se ejerció mediante el Decreto-ley 4/2022. Nuestro Decreto-ley no contiene ninguna regulación complementaria sobre el pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios, por lo que debe considerarse plenamente aplicable la regulación contenida en el artículo 10 del Real Decreto-ley 3/2022, y dentro de ella, de conformidad con las normas contempladas en el texto refundido de la Ley General de La Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, la posibilidad de realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra, que en los términos en que está redactada la disposición, se plantea como una facultad, y no una obligación, para el órgano de contratación.

Es ese carácter potestativo el que puede justificar la afirmación que se realiza en la consulta en el sentido de que “otras Administraciones, fundamentalmente de ámbito local no reconocen la posibilidad de realizar estos pagos a cuenta.

3.- La siguiente cuestión planteada versa sobre si la admisión de los pagos a cuenta supone para la empresa beneficiada por los mismos el reconocimiento del derecho de revisión extraordinario de precios conforme a la redacción original del Decreto-ley 4/2022, con independencia de que durante la ejecución del contrato se modifique el referido Decreto-ley, quedando excluidos de su ámbito determinados supuestos susceptibles de revisión, como pueden ser los contratos de servicios, o los contratos con plazo de ejecución inferior a 4 meses.

Como indicamos en el punto 1 de este informe, habrá que esperar a que tenga lugar la modificación del Decreto-ley 4/2022 que venga a dar cumplimiento al Acuerdo alcanzado el pasado 30 de diciembre en el seno

procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.



de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el citado Decreto-Ley 4/2022, para conocer los términos en que la misma se produce, y en concreto, habrá de estarse a lo que dispongan las disposiciones transitorias que se incluyan en la norma, sin que competa a este órgano consultivo hacer posibles interpretaciones sobre los efectos temporales de la eventual modificación de la citada norma.

4.- La última cuestión versa sobre la fecha que debe tomarse de referencia para los índices de precios representados con subíndices 0 en las fórmulas de revisión, para el cálculo de la revisión extraordinaria del precio en los contratos basados en un acuerdo marco, planteándose dos opciones: la fecha de formalización del acuerdo marco o bien la fecha de formalización del contrato basado.

El artículo 8 del Real Decreto-ley 3/2022 regula los criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios, estableciendo, respecto al objeto de la consulta planteada, que *“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 tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres 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.”*

El Decreto-ley 4/2022 no contiene ninguna regulación complementaria a este respecto, indicando su artículo 6 que *“En las fórmulas de revisión de precios de los contratos, que se utilicen para el cálculo de las cuantías de la revisión excepcional, se incluirán todos los materiales básicos incluidos en el Anexo I del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, con excepción de la energía. A tal fin se tendrán en cuenta los criterios de cálculo contemplados en el artículo 8 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo”*.

Por tanto, es el momento de la formalización el que se adopta como referencia genérica para cuantificar el importe de la revisión. Esta solución es lógica dado que, conforme al artículo 36 de la LCSP, los contratos se perfeccionan con su formalización, con las excepciones que se contemplan en ese mismo artículo, y desde ese momento se despliegan los derechos y obligaciones de las partes, entre ellos, ejecutar la prestación y a pagar el precio.

Es el mismo criterio, además, que se sigue para el cálculo de la revisión ordinaria de precios en los artículos 103.4 de la LCSP y 2 del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

No obstante, el artículo 36.3 de la LCSP recoge una excepción o regla especial para los contratos basados en un acuerdo marco y para los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, disponiendo que *“los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se perfeccionan con su adjudicación”*. De hecho, según el artículo 153.1 de la LCSP, *“en los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, no resultará necesaria la formalización del contrato”*.

En consecuencia, parece que la fecha lógica que ha de tomarse como referencia para los índices de precios representados con subíndices 0 en las fórmulas de revisión, para el cálculo de la revisión extraordinaria del precio en los contratos basados en un acuerdo marco, es la fecha de adjudicación del contrato basado en el acuerdo marco, que es cuando se produce la perfección del contrato, y no la fecha de formalización del acuerdo marco ni la fecha de formalización del contrato basado (que además es potestativa), siempre que la adjudicación se haya producido en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad. Y en todo caso, si la fecha de adjudicación es anterior al 1 de enero de 2021, se debe tomar como referencia el 31 de diciembre de 2020.



III.- CONCLUSIONES

- 1.** La aplicación de la modificación que se realice en el Decreto-ley 4/2022 a licitaciones tramitadas durante la vigencia de la redacción actual dependerá de lo que dispongan las disposiciones transitorias que, en su caso, se establezcan, sin que competa a este órgano consultivo aventurar el régimen transitorio de la eventual modificación de la citada norma.
- 2.** Es posible realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra, conforme a lo establecido en el artículo 10.2 del Real Decreto-ley 3/2022, dado el carácter básico del citado artículo 10.2 y no existiendo regulación autonómica que lo complemente.
- 3.** No puede asegurarse que la admisión de la posibilidad de realizar pagos a cuenta no suponga para la empresa beneficiada por los mismos el reconocimiento del derecho de revisión extraordinario de precios, conforme a la redacción original del Decreto-ley 4/2022, con independencia de que durante la ejecución del contrato se modifiquen los términos del referido Decreto-ley. Habrá de estarse a lo que dispongan las disposiciones transitorias que se incluyan en la modificación de la citada norma, sin que competa a este órgano consultivo hacer posibles interpretaciones sobre los efectos temporales de la misma.
- 4.** La fecha que ha de tomarse como referencia para los índices de precios representados con subíndices 0 en las fórmulas de revisión, para el cálculo de la revisión extraordinaria del precio en los contratos basados en un acuerdo marco, es la fecha de adjudicación del contrato basado en el acuerdo marco.

Es todo cuanto se ha de informar.