



Informe 17/23, de 26 de octubre de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Materia: Diversas cuestiones sobre la aplicación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de San Sebastián ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Estimados Señores:

Nos dirigimos a esa Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el objeto de plantearles la siguiente consulta en relación con la aplicación de la revisión excepcional de precios prevista en el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, (en adelante RDL 3/2022).

Alguno de los contratos de obras a los que les es de aplicación la revisión excepcional de precios del RDL 3/2022, ha sido objeto de una o varias modificaciones durante los meses de ejecución. En dichas modificaciones se introdujeron unidades de obra no previstas en los proyectos habiéndose fijado el precio de las mismas por este Ayuntamiento, previa audiencia del contratista. El precio de dichas unidades nuevas fueron valoradas con precios vigentes a la fecha de la aprobación de cada modificado. Ninguno de los contratos recogía cláusulas de revisión de precios.

Exponemos una hipótesis de contrato y sus modificaciones y sobre ella formularemos las preguntas:

- Fecha de adjudicación del contrato: 2 de abril de 2019.
- Fecha firma Acta comprobación del replanteo: 29 de junio de 2019.
- Primera modificación del contrato: aprobada con fecha 30 de junio de 2020. Incluía unidades nuevas.
- Segunda modificación del contrato: aprobada con fecha 4 de mayo de 2021. Incluía unidades nuevas.
- Tercera modificación del contrato: aprobada con fecha 23 de noviembre de 2021. Incluía unidades nuevas.
- Acta de recepción: 28 de marzo de 2022.
- Certificación final: aprobada con fecha 14 de junio de 2022

Preguntas:

Como se puede ver en la hipótesis anterior, el primero de los modificados fue aprobado con fecha anterior al 1 de enero de 2021 y los siguientes con fecha posterior al 1 de enero de 2021.

1.- En el supuesto del modificado aprobado con fecha anterior a 1 de enero de 2021 con unidades nuevas ¿habría que aplicar la revisión de precios a esas unidades nuevas?.

En el caso de que la respuesta sea afirmativa, al revisar el precio de lo certificado por esas unidades nuevas:

- ¿Hay que aplicarles el mismo índice de revisión que a las unidades adjudicadas inicialmente?

- ¿Hay que calcular un nuevo índice de revisión tomando como base la fecha de la modificación?

2.- En el supuesto de los modificados aprobados con fecha posterior al 1 de enero de 2021 ¿habría que aplicar la revisión de precios a esas unidades nuevas?

En el caso de que la respuesta sea afirmativa, al revisar el precio de lo certificado por esas unidades nuevas:

- ¿Hay que aplicarles el mismo índice de revisión que a las unidades adjudicadas inicialmente?

- *¿Hay que calcular un nuevo índice de revisión tomando como base la fecha de la modificación?*”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Alcalde del Ayuntamiento de San Sebastián ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

El escrito de consulta plantea diversas dudas relativas a la aplicación de la revisión excepcional de precios prevista en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, cuando hayan sido aprobadas modificaciones de los mismos introduciendo unidades nuevas.

2. La premisa de partida es que la revisión excepcional de precios prevista en el Real Decreto-ley 3/2022 se aplica a los contratos de obras que se encuentren en las circunstancias del artículo 6.1 incluyendo tanto las obras previstas inicialmente en el contrato como las que resulten de modificaciones posteriores.

A este respecto cabe señalar que ni el artículo 7, relativo al reconocimiento del régimen de revisión excepcional de precios, ni el artículo 8, relativo a los criterios de cálculo, contienen ninguna previsión al respecto. No se menciona ni si procede o no su inclusión, ni las posibles especialidades a considerar en los cálculos correspondientes. Ahora bien, reconocida la revisión excepcional “...cuando el incremento del coste de los materiales

empleados para el contrato de obras haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, esto es, una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final” (artículo 7 del Real Decreto-ley 3/2022), del tenor de este precepto, al no realizar ninguna precisión respecto del origen de las obras ejecutadas sobre las que se produce el incremento del coste de los materiales y preverse que el impacto puede producirse durante la vigencia del contrato hasta la finalización, puede concluirse que se incluyen tanto las obras previstas inicialmente en el contrato como las incorporadas posteriormente como consecuencia de una modificación contractual realizada al amparo de la LCSP.

Cabe señalar que este mismo criterio es el seguido por la legislación aprobada por algunas Comunidades Autónomas, en desarrollo de esta disposición básica, en la que se incluyen específicamente los modificados. Tal es el caso, por el ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuya Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, en su Disposición adicional segunda, relativa a las Medidas aplicables a los supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública, en la redacción acordada mediante Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia, de 26 de agosto de 2022 (publicado mediante Resolución de 31 de agosto de 2022, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, BOE nº 229, de 23 de septiembre de 2022), establece lo siguiente: *“Uno. Atendiendo a la concurrencia de razones de interés general y para garantizar la viabilidad económica de los contratos de obra pública, los órganos de contratación de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y del sector público autonómico quedan habilitados para adoptar las medidas previstas en esta disposición, en aquellos supuestos en que se haya producido una alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales tenidos en cuenta en la formalización del contrato o, en su caso, en las modificaciones posteriores que haya tenido el contrato”.*

3. Sentado que procede la incorporación de los modificados al régimen de revisión excepcional de precios previsto en el Real Decreto-ley 3/2022, se plantea la cuestión sobre cómo aplicar las fórmulas de revisión si en el período a considerar se ha producido una modificación contractual y, como consecuencia de esa modificación, se han introducido unidades nuevas en el proyecto.

La introducción de las unidades nuevas no previstas en el proyecto está regulada en el artículo 242.2 de la LCSP que establece el siguiente procedimiento para fijar los precios: *“Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley”.*

Por su parte, el artículo 158 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), vigente en la medida que no contradiga lo dispuesto en la LCSP, detalla el criterio a utilizar por el Director de la obra para formular la propuesta de precios. Dicho artículo, bajo el título *“Precio de las unidades de obra no previstas en el contrato”*, señala que *“1. Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, la propuesta del director de la obra sobre los nuevos precios a fijar se basará en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación.”*

2. Los nuevos precios, una vez aprobados por el órgano de contratación, se considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 146.2 de la Ley”.

Respecto a la forma de aplicar a estas nuevas unidades de obra la revisión excepcional de precios, hay que partir de la ausencia de regulación específica en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, que, si no contiene mención alguna respecto a su aplicación a las modificaciones de los contratos de obras incluidos en su ámbito de aplicación, mucho menos la contiene en relación con su forma de aplicación.

Para resolver tal cuestión, hemos de partir de que una modificación contractual aprobada dentro de los límites de la LCSP no es un nuevo contrato, sino una novación del inicial, por lo que, no existiendo previsión específica respecto a las modificaciones, procede aplicar a las obras que se ejecuten como consecuencia de las mismas el régimen general aplicable al contrato formalizado inicialmente, entendiéndolo como un único contrato y sin diferenciar las unidades de obra procedentes del proyecto inicial de las incorporadas posteriormente. Ello resulta coherente con la previsión del artículo 158 del RGLCAP, sobre como fijar los precios de las nuevas unidades de obra, que se remite a *“los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación”*. Con ello se consigue una mayor simplicidad en el cálculo de la revisión excepcional de precios ya que, de otra manera, habría que efectuar una diferenciación entre las obras ejecutadas atendiendo a su inclusión en el proyecto original o en los sucesivos modificados de los que fuera objeto.

Ahora bien, puede que se den en la práctica supuestos como el señalado en la consulta en los que los modificados incorporen unidades nuevas que se valoren con precios vigentes a la fecha de la aprobación de cada modificado. Dicha posibilidad ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en su sentencia 167/2020, de 10 de febrero (RJ\2020\529), con las consecuencias también respecto a la aplicación del plazo de un año del artículo 103 de la LCSP, obligando a separar las unidades de obra procedentes

del proyecto principal respecto a las provenientes del modificado. Sin embargo, dichos supuestos no han sido regulados en el Real Decreto-ley 3/2022 que ha optado por una solución común a todas las obras ejecutadas lo que permite simplificar el proceso de aplicación del procedimiento de revisión excepcional de precios.

Debe recordarse a este respecto, el carácter excepcional del Real Decreto-ley 3/2022 ya puesto de manifiesto por esta Junta Consultiva en su informe 35/2022, de 14 de febrero, conforme al cual *“el RD-ley 3/2022 es, como hemos señalado, una norma excepcional, que desplaza la aplicación del resto de reglas sobre revisión de precios en todo aquello que expresamente regula”*. Teniendo en cuenta que dicha norma, en sus diferentes artículos, contempla las obras de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación susceptibles de aplicar la revisión excepcional de precios como una unidad, sin distinguir si su origen está en el proyecto original o posterior, y de acuerdo con el principio según el cual allí donde no distingue la norma nosotros no debemos distinguir (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), no cabe inferir una interpretación según la cual debamos diferenciar la aplicación de diferentes fórmulas de revisión de precios atendiendo a la existencia de modificados posteriores a las obras previstas inicialmente.

Por todo ello, y respondiendo a la segunda de las consultas planteadas, cabe afirmar que resulta de aplicación a las unidades de obra introducidas mediante modificación el mismo índice de revisión que a las unidades adjudicadas inicialmente con arreglo a las reglas que establece el Real Decreto-ley, tanto si la modificación se produce antes como después del 1 de enero de 2021.

3. Respecto a la fecha de referencia para calcular la revisión, el párrafo final del artículo 8, en la redacción dada por la disposición final 37.4 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, establece como regla aplicable a los dos supuestos que regula dicho artículo que *“En*

ambos casos, 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”.

Con base a este párrafo, en la consulta se distingue teniendo en cuenta si el modificado se produce con anterioridad o con posterioridad al 1 de enero de 2021. La cuestión que subyace es la consideración de la fecha de aprobación del modificado como fecha equiparable a la formalización a los efectos de aplicar la revisión de precios si como consecuencia del mismo se han introducido nuevas unidades de obras con precios nuevos referidos al momento de la aprobación del modificado.

Respecto a los modificados aprobados con anterioridad al 1 de enero de 2021, la fecha de referencia será la de 31 de diciembre de 2020 ya que, tanto tomando como referencia la fecha aprobación del modificado como la fecha de formalización, anterior lógicamente a éste, resulta de aplicación esta fecha.

Respecto a los modificados aprobados con posterioridad al 1 de enero de 2021, al no existir previsión específica respecto a los modificados, han de considerarse todas las unidades de obra como una unidad por lo que la fecha a considerar ha de ser la misma, es decir, la fecha de formalización del contrato, aplicándose las reglas establecidas en el párrafo analizado. Si la fecha de formalización es anterior al 1 de enero de 2021, se tomará como referencia el 31 de diciembre de 2020. Si es posterior 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 mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- En la aplicación de la revisión excepcional de precios del Real Decreto-ley 3/2022 a los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, deben incluirse las obras en ejecución que provengan tanto del proyecto original como de los modificados aprobados con posterioridad.
- El Real Decreto-ley 3/2022 no prevé un régimen específico para la aplicación de la revisión excepcional de precios a las obras ejecutadas provenientes de los modificados por lo que las normas a aplicar serán comunes a todas las obras ejecutadas con independencia de que provengan de modificados y de la fecha de aprobación de los mismos.
- Respecto a la fecha a considerar como referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 será, para todas las obras, la fecha de formalización del contrato o, en su caso, la que resulte de la aplicación de lo previsto en el último párrafo del artículo 8 del Real Decreto-ley 3/2022.