

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14932 Pleno. Auto 265/2023, de 23 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 26-2023. Mantiene parcialmente la suspensión en el recurso de inconstitucionalidad 26-2023, interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos del Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2022, de 6 de abril, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública de Aragón.

ECLI:ES:TC:2023:265A

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 26-2023, promovido por el presidente del Gobierno contra los arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública de Aragón, ha dictado el siguiente

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el día 5 de enero de 2023, el abogado del Estado interpuso, en nombre del presidente del Gobierno, recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública.

El abogado del Estado invocó el art. 161.2 CE en relación con el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a los efectos de que se produjera la suspensión de la aplicación del precepto impugnado.

2. Por providencia de 24 de enero de 2023 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, así como a las Cortes de Aragón y al Gobierno de Aragón, por conducto de sus presidentes, al objeto de que, en el plazo de quince días, puedan personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes; tener por invocado por el presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Constitución, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados, desde la fecha de interposición del recurso —5 de enero de 2023— para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros, lo que se comunicará a los presidentes de los citados órganos autonómicos, así como publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Aragón».

3. Por escrito registrado en este tribunal el 2 de febrero de 2023, la presidenta del Congreso de los Diputados comunica el acuerdo de la mesa de la Cámara en el sentido de personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

4. El presidente del Senado, por escrito registrado en este tribunal el 9 de febrero de 2023, comunica el acuerdo de la mesa de la Cámara en el sentido de personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Mediante escrito registrado el día 15 de febrero de 2023, la letrada de las Cortes de Aragón comparece en el proceso y solicita se le conceda prórroga del plazo para formular alegaciones. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de 16 de febrero de 2023 se le prorrogó en ocho días el plazo de alegaciones inicialmente conferido, a contar desde el día siguiente al de expiración del ordinario.

6. Mediante escrito registrado en este tribunal el 15 de febrero de 2023, la representación procesal del Gobierno de Aragón formula sus alegaciones interesando la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, así como el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados.

7. La letrada de las Cortes de Aragón formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo entrada en el registro de este tribunal el día 7 de marzo de 2023, en las que interesa la desestimación del recurso. Asimismo, solicita mediante otrosí que, al haberse decretado la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados, sin necesidad de agotar el plazo de cinco meses al que hace referencia el art. 161.2 CE, se dé audiencia para formular sus alegaciones sobre la pertinencia de ratificar o levantar la suspensión de los preceptos impugnados.

8. Por diligencia de ordenación del secretario de justicia del Pleno de 9 de marzo de 2023, se acordó que, próximo a finalizar el plazo de los cinco meses que señala el art. 161.2 CE desde que se produjo la suspensión del precepto impugnado, se oiga a las partes personadas para que, en el plazo de cinco días, expongan lo que consideren conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

9. La representación procesal del Gobierno de Aragón interesó el levantamiento de la suspensión por escrito registrado el día 14 de marzo de 2023.

Comienza sus alegaciones poniendo de relieve que no existe en el recurso de inconstitucionalidad ni un solo argumento destinado a tratar de justificar un eventual perjuicio ni general y público o particular, impidiendo tal omisión argumentativa que puedan ponderarse los intereses que se encuentran concernidos, lo que conduce, irremediabilmente, al levantamiento de la suspensión en aplicación de doctrina constitucional reiterada (AATC 63/2017, de 25 de abril; 131/2017, de 3 de octubre, y 37/2018, de 22 de marzo, entre otros).

De forma subsidiaria, interesa que se mantenga la suspensión de los preceptos impugnados, pero únicamente en relación con aquellos incisos que contravienen la normativa estatal ya que, además, solo respecto de dichos incisos, se solicitó la suspensión por parte de la abogacía del Estado. La letrada del Gobierno de Aragón dedica un apartado de su escrito de alegaciones a concretar el ámbito objetivo al que se ha circunscrito el recurso de inconstitucionalidad por parte de la Abogacía del Estado:

(i) Por lo que se refiere al art. 2, la impugnación se circunscribe a su inciso «en los contratos mixtos, en la parte relativa a la obra, y en los contratos de servicio y suministros necesarios para la ejecución de la obra pública».

(ii) El artículo 3.1 no se impugna en su totalidad, sino en los incisos siguientes:

- «o los contratos mixtos respecto a la prestación de obras»;
- «o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el período de un año desde la entrada en vigor de este Decreto-ley».

(iii) Respecto al art. 3.2, única mente se impugna su inciso «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 cementos, materiales cerámicos, madera, productos plásticos, áridos y rocas y vidrio».

(iv) El art. 4 se impugna en su integridad.

(v) Respecto al art. 5 la crítica se circunscribe a la no exigencia de los requisitos y límites recogidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Con el fin de argumentar el levantamiento de la suspensión respecto de los incisos cuya constitucionalidad no ha sido discutida por el abogado del Estado, la letrada del Gobierno de Aragón afirma que las razones aducidas en el recurso para afirmar el carácter inconstitucional de la norma autonómica se refieren a que no respeta la legislación básica estatal, concretamente la contenida en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística.

Los arts. 6 y 7 del citado Real Decreto 3/2022 contemplan un supuesto excepcional de revisión de precios únicamente aplicable a los contratos de obras. Sin embargo, el decreto-ley impugnado aplica medidas excepcionales a los contratos mixtos, en la parte relativa a la obra y en los contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de obra pública. La letrada del Gobierno de Aragón alega que, de acordarse el mantenimiento de la suspensión, esta debería acotarse al inciso impugnado por el abogado del Estado, esto es, a la extensión de medidas excepcionales a los contratos mixtos, en la parte relativa a la obra, y a los contratos de servicio y suministros necesarios para la ejecución de la obra pública.

Idéntica argumentación a la anterior cabe sostener, según la letrada del Gobierno de Aragón, respecto del art. 3.1 de la norma autonómica impugnada, ya que en el recurso se cuestiona su extensión a los contratos de prestación de obras, por lo que bastaría suspender, en su caso, tal previsión. No obstante, también se impugna el inciso del art. 3.1 de la norma autonómica según el cual dicha norma se aplicará no solo a contratos en ejecución, licitación, adjudicación y formalización sino también a aquellos otros «cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el período de un año desde la entrada en vigor de este decreto-ley». Según la letrada del Gobierno de Aragón no es comprensible la impugnación del inciso anteriormente entrecomillado debido a que el Real Decreto-ley estatal 3/2022 establece una previsión de idéntica redacción en su art. 6.1.

El art. 7 del Real Decreto-ley 3/2022 establece que la revisión excepcional de los precios se reconocerá 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. A estos efectos, dicho art. 7 establece que existe tal impacto cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, exceda del 5 por 100 del importe certificado del contrato en el periodo considerado. Según la letrada del Gobierno de Aragón, aunque el mencionado precepto acota los supuestos de revisión de precios a los materiales antes indicados, el art. único de la Orden HFP 1070/2022, de 8 de noviembre, a los efectos del reconocimiento de la revisión excepcional de precios, amplía el catálogo de los materiales a los que a continuación se relacionan: cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos y vidrio. Si comparamos la lista de materiales que según la normativa estatal pueden dar lugar a una revisión excepcional de precios con la lista de materiales relacionados en el art. 3.2 del decreto-ley autonómico, cabe concluir que los únicos contemplados en la legislación aragonesa que no están en la legislación estatal son los áridos y las rocas. Por ello, según la letrada del Gobierno de Aragón, de acordarse el mantenimiento de la suspensión debería acotarse al inciso «rocas y áridos», ya que tal conclusión no se separa de la pretensión formulada en el recurso.

Por lo que respecta al art. 4 del decreto-ley autonómico impugnado, la letrada del Gobierno de Aragón no formula petición subsidiaria alguna debido a que se impugna en su totalidad. Y por lo que se refiere al art. 5, alega que la razón de su impugnación consiste en que introduce una causa de modificación de los contratos para cuya aplicación no se exigen los requisitos y límites establecidos en la legislación básica

estatal, concretamente en los arts. 203 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. La letrada del Gobierno de Aragón considera que la impugnación de dicho precepto debe tener su origen en un error o en una interpretación desmesurada de un apartamiento de la legislación básica por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón, ya que el propio precepto prescribe expresamente que la modificación de los contratos a los que se refiere «se tramitará de conformidad con lo dispuesto para las modificaciones contractuales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre».

10. El abogado del Estado solicitó el mantenimiento de la suspensión inicialmente acordada por escrito registrado el día 16 de marzo de 2023, en el que, tras hacer referencia a la doctrina constitucional relativa a este tipo de incidentes alude, con apoyo en un informe elaborado por la Dirección General de Patrimonio del Estado, del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 14 de marzo de 2023 que adjunta a su escrito, a los perjuicios para el interés general y de terceros que asocia al levantamiento de la suspensión.

Sus argumentos, sintéticamente, son los siguientes:

(i) Una vez que se aplique la norma impugnada a los contratos que se hallen en la situación descrita en su art. 3.1 no cabría posteriormente variar las situaciones de hecho creadas a su amparo, pues el contratista tendría un derecho derivado de la cláusula de revisión incluida en el respectivo contrato, situación esta que, además, podría dar lugar de forma eventual a posibles correcciones financieras y a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación.

(ii) Las normas impugnadas se refieren a la revisión de precios en determinados contratos, por lo que estos no podrían ser corregidos y ni siquiera proceder a su hipotética revisión en el caso de que se declare la inconstitucionalidad y nulidad de la norma autonómica; ya que las medidas previstas en el decreto-ley autonómico únicamente pueden aplicarse a contratos «que se encuentren en ejecución, licitación o formalización a la entrada en vigor de este decreto-ley, o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el período de un año desde la entrada en vigor del decreto-ley» (art. 3.1). Atendiendo a tal regulación, una vez que estos preceptos hubiesen producido sus efectos, la declaración de inconstitucionalidad quedaría inoperante en el plano estrictamente jurídico.

(iii) El hecho de que la norma impugnada sea solo aplicable a una tipología de contratos temporalmente delimitados podría dar lugar a que una declaración de inconstitucionalidad no llevara aparejada la nulidad de lo actuado, por lo que la hipotética sentencia estimatoria del recurso de inconstitucionalidad carecería de todo efecto práctico, imposibilitando al Estado, más allá de una medida de efecto expropiatorio discutible, restaurar la eficacia de la Ley de contratos del sector público.

(iv) El decreto-ley autonómico, en contra de la normativa básica, que exige publicidad, no prevé en relación con las medidas reguladas en los arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 la publicación de ningún anuncio cuando estas se aplican a un contrato determinado, por lo que ni el Estado ni los que pudieran verse afectados por dicha regulación, tienen forma de conocer a qué contratos se han aplicado dichas medidas ni en qué condiciones, lo que les impide oponerse a los mismos. Y, aun en el caso hipotético que pudieran hacerlo, resultaría inviable en muchos supuestos reponer las cosas a su estado inicial sin generar una responsabilidad patrimonial de la administración pública, lo que se daría, entre otros, si en aplicación del art. 5 del decreto-ley impugnado, la obra se hubiera ejecutado con materiales diferentes a los que se tuvieron en cuenta para la adjudicación del contrato, ya que, una vez ejecutada la obra en modo alguno podría obligarse al contratista a que volviera a ejecutarla con los materiales inicialmente previstos en el contrato.

(v) El abogado del Estado alega, asimismo, que de no mantenerse la suspensión de la vigencia de la norma el Estado podría incurrir en responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, ya que la revisión de precios es una modificación contractual que no es admisible fuera de los supuestos del art. 72 de la

Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Debido a que en el ámbito de la contratación es frecuente la financiación con cargo a fondos europeos, el hipotético incumplimiento de la normativa europea podría dar lugar a correcciones financieras, que podrían suponer, incluso, la retirada de la financiación de conformidad con lo establecido en la decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2019.

11. La letrada mayor de las Cortes de Aragón, mediante escrito presentado el día 21 de marzo de 2023, interesó el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados.

Tras poner de relieve el carácter excepcional de la medida de suspensión prevista en el art. 161.2 CE, así como la posibilidad de acordar su levantamiento antes del transcurso de cinco meses establecido en dicho precepto, razona sobre la improcedencia de mantener la suspensión de la norma impugnada basándose para ello en las alegaciones que a continuación se exponen de forma sintética.

(i) Corresponde al Gobierno de la Nación razonar de forma consistente acerca de la concurrencia de graves perjuicios de imposible o muy difícil reparación que se causaría a los intereses generales de no mantenerse la suspensión de la norma impugnada. Fuera de este supuesto, la doctrina constitucional también ha admitido de forma excepcional el mantenimiento de la suspensión cuando los preceptos impugnados guardan similitud con otros ya declarados inconstitucionales (AATC 78/1987, de 22 de enero, y 183/2011, de 14 de diciembre, entre otros), bloquean competencias estatales (ATC 63/2015, de 17 de marzo) o exceden de una situación normal de controversia debido a que suscitan cuestiones de gran relieve constitucional. Dado que ninguno de estos tres últimos criterios concurre en este supuesto, debe ser el examen de los intereses en conflicto el único criterio que se aplique para determinar la procedencia del mantenimiento de la suspensión, haciendo especial énfasis en que la Abogacía del Estado se limitó a realizar invocaciones genéricas en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad insuficientes en todo caso para mantener la suspensión.

(ii) La suspensión de los preceptos impugnados está produciendo perjuicios al interés público de la Comunidad Autónoma de Aragón, no al del Estado o al de terceros. Por lo que se refiere a la impugnación del art. 3.1 del Decreto-ley autonómico 3/2022 contempla distintos momentos de la vida de un contrato público que están también recogidos en la normativa básica estatal, por lo que en la aplicación de la doctrina constitucional del *ius superveniens*, debería levantarse la suspensión. La mínima adaptación que ha llevado a cabo la Comunidad Autónoma de Aragón al plazo de vigencia del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, refiriendo la fecha de entrada en vigor de la norma impugnada, tiene por objeto permitir a los contratistas analizar la normativa y su aplicación con los plazos adaptados al momento en que se produce la entrada en vigor a sus efectos. Según la letrada mayor, resulta excesivo que esta sea la razón de la suspensión, que está perjudicando únicamente a los licitadores aragoneses y al interés general de la comunidad autónoma.

(iii) El art. 3.2 ha sido impugnado debido a que incluye materiales para la construcción no previstos en la normativa estatal. Sin embargo, mientras dicho precepto sigue suspendido, hay comunidades autónomas que sí pueden modificar los materiales por vía reglamentaria, como es el caso de Navarra, comunidad foral con la que se ha producido un acuerdo en el seno de la Junta de Cooperación en el sentido antes indicado. En definitiva, es el propio Estado el que ha reconocido que la determinación de los materiales no participa del carácter básico del precepto del que trae causa, por lo que la limitación al legislador aragonés no tiene ninguna justificación.

(iv) Por lo que se refiere a la impugnación de los arts. 2.1 y 4, en cuanto incluyen otros tipos de contratos vinculados a los de obras, pero no previstos expresamente en la legislación estatal, la suspensión está impidiendo que la regulación estatal cumpla con la finalidad a la que refiere responder, que no es otra que tratar de aligerar la carga para los contratistas que ha supuesto el aumento de los costes. Los contratos incluidos en los

arts. 2.1 y 4 de la norma impugnada, al estar ligados todos ellos a los contratos de obra, participan de las mismas dificultades que la normativa estatal de revisión de precios extraordinaria trata de paliar.

(v) Argumenta que la suspensión del art. 5 impide utilizar un mecanismo que permitiría abaratar costes, a pesar de que es plenamente conforme a la legislación estatal y que su impugnación se basa en una mera interpretación del término «tramitar» que se contiene en el tenor de norma.

(vi) Afirma que la suspensión de las normas impugnadas está perjudicando el interés público que la propia normativa estatal trata de proteger. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, justifica la adopción de medidas excepcionales y urgentes en materia de revisión de precios en los contratos públicos en la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada por los precios en el último año. En el mismo sentido, el Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y reducción de la dependencia energética del gas natural, vuelve a insistir en el incremento de los precios y en la necesidad de adoptar medidas urgentes tendentes a evitar la paralización en la ejecución de los contratos, con el consiguiente perjuicio al interés general. Debido a que Aragón no puede aplicar la norma estatal directamente —su carácter es dispositivo y no imperativo—, ni tampoco la norma autonómica debido a que se encuentra suspendida, dicha comunidad autónoma no puede moderar los perjuicios derivados del alza de precios a sus operadores económicos.

(vii) La letrada mayor de las Cortes concluye su escrito poniendo de relieve que el interés que se ha perjudicado mediante la suspensión de los preceptos impugnados es el de Aragón que requiere la aplicación inmediata de una normativa que trate de hacer frente a la coyuntura económica de alza de precios, a pesar de que en otras comunidades autónomas se está aplicando una legislación prácticamente idéntica a la que se ha suspendido en este recurso con conocimiento y consentimiento del Estado. Añade a lo anterior que los preceptos impugnados no afectan a intereses de terceros ajenos a la comunidad autónoma y, dado que se trata de normas cuyo objeto es paliar una situación excepcional, nunca podrían ser capaces de producir un efecto negativo permanente en las relaciones bases-desarrollo y ejecución en materia contractual.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente resolución consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia de los arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón como consecuencia de la invocación por el presidente del Gobierno de los arts. 161.2 CE y 30 LOTC en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ellos.

El recurso se fundamenta en un único motivo, la vulneración de la legislación básica sobre contratos administrativos (art. 149.1.18 CE), concretamente de determinados preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen 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 y del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, por el que se traspone 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.

Se analizan a continuación, sintéticamente, las infracciones que se imputan al decreto-ley impugnado.

a) El Real Decreto-ley 3/2022, «con el fin de dar respuesta a la magnitud y el carácter imprevisible del alza [de precios] experimentada en los últimos años», prevé en determinados supuestos una revisión excepcional de los precios de los contratos

públicas no contempladas en el art. 103 de la Ley de contratos del sector público, permitiendo a las comunidades autónomas aplicar estas medidas si así lo acuerdan.

La revisión de precios a la que habilita el Real Decreto-Ley 3/2022 tiene carácter excepcional y, en consecuencia, alcance limitado debido, entre otros requisitos, a que: (i) no es aplicable a cualquier tipo de contrato, sino solo a los de obra y cuya tramitación, además, se encuentre en determinadas fases o estados en el periodo de un año desde la entrada en vigor de la norma; y (ii) se circunscribe a un número limitado de materiales de construcción para la ejecución de tales obras.

El Gobierno de Aragón, con el fin de aplicar dichas medidas, aprobó el decreto-ley hoy impugnado, permitiendo también en el ámbito de la comunidad autónoma la revisión excepcional de precios de los contratos. No obstante, según el recurso de inconstitucionalidad dicha norma vulnera la legislación básica del Estado al contradecir las condiciones y ámbito temporal de la revisión de precios de los contratos debido a que: (i) se permite no solo en los contratos de obras, sino también «en los contratos mixtos respecto a la prestación de obras y en los contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de obra pública» (art. 3.1), así como en los contratos de servicios y suministros (art. 4.1), definiéndose en la propia norma lo que deba entenderse por tales (art. 4.2); (ii) se circunscribe a una serie de materiales, entre los cuales figuran algunos no contemplados en el Real Decreto-ley 3/2022 (art. 3.2); y (iii) la revisión de los precios se condiciona a un espacio temporal y a que los contratos de obras se hallen en unas fases o estadios de tramitación determinadas no coincidentes tampoco con lo previsto en el Real Decreto-ley 3/2022 (art. 3.1).

b) El abogado del Estado aduce que el decreto-ley impugnado vulnera también la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen 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, debido a que introduce en su art. 5 un supuesto de modificación de los contratos de obra pública por incremento del precio de los materiales que no está previsto en la norma estatal, y que establece:

«[E]n los contratos de obra pública, a petición de la empresa adjudicataria de la obra ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, y previo informe del responsable del contrato, a criterio del órgano de contratación, podrá acordarse una modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación, siempre que la modificación permita una rebaja de los precios y no implique una merma en la funcionalidad y seguridad de la obra en ejecución.

A estos efectos, se fomentará la utilización de materiales cuya elección responda a criterios que permitan una reducción de las emisiones y una huella de carbono baja.

La solicitud deberá incluir una propuesta de modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación y su sustitución por otros más económicos, y se tramitará de conformidad con lo dispuesto para las modificaciones contractuales en 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.»

El abogado del Estado afirma que tal previsión se opone a la Ley de contratos del sector público porque se limita a establecer que la modificación de los materiales se tramitará de conformidad con lo dispuesto en dicha norma, obviando que el carácter básico de la ley estatal obliga al legislador autonómico a respetar, no solo los aspectos procedimentales establecidos en ella, sino también las causas, condiciones y límites sustantivos en materia de modificación de los contratos.

2. Según doctrina constitucional consolidada, la naturaleza de este incidente cautelar y los parámetros que deben tenerse en cuenta para acordar el mantenimiento o levantamiento de la suspensión son los siguientes:

a) Este incidente tiene autonomía respecto del procedimiento principal, por lo que solo en este último debe dilucidarse la validez o invalidez de las normas recurridas. El mantenimiento o levantamiento de la suspensión acordada previamente por la invocación del art. 161.2 CE —única cuestión que es objeto de este incidente— constituye una medida procesal cautelar cuya finalidad consiste en asegurar el objeto litigioso, evitando la producción de daños y perjuicios irreparables o de difícil reparación.

b) La naturaleza propia, genuinamente cautelar, que caracteriza a este incidente en el momento de acordar el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión, delimita también el marco jurídico en el que debe desenvolverse. En primer lugar, el mantenimiento de la suspensión acordada cautelarmente tiene un carácter excepcional, pues las leyes gozan de la presunción de constitucionalidad, en cuanto expresión de la voluntad popular, mientras no se constate que han infringido la Constitución (por todos, ATC 277/2009, de 10 de diciembre, FJ 2). En segundo lugar, la decisión sobre el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión debe desvincularse de la decisión sobre la cuestión de fondo, que deberá dirimirse mediante sentencia (por todos, AATC 12/2006, de 17 de enero, FJ 5, y 18/2007, de 18 de enero, FJ 5).

c) Los criterios que ha venido aplicando este tribunal para decidir estos casos son los siguientes: (i) «es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión» (ATC 51/2021, de 22 de abril); (ii) esta valoración debe efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda. La suspensión solo procede en presencia de perjuicios ciertos y efectivos, por lo que, si estos no concurren, debe atenderse a la presunción de validez de la ley; (iii) el mantenimiento de la suspensión «requiere que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no solo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que es igualmente necesario que demuestre, o al menos, razone consistentemente su procedencia y la imposibilidad o dificultad de su reparación» (por todos, ATC 51/2021, de 22 de abril).

d) Es cierto que, fuera de los casos anteriores, este tribunal ha acordado el mantenimiento de la suspensión en los siguientes supuestos excepcionales sin entrar a valorar los perjuicios de imposible o difícil reparación que ello generaría: (i) cuando los preceptos impugnados guardan similitud con otros ya declarados inconstitucionales (AATC 78/1987, de 22 de enero, y 183/2011, de 14 de diciembre, entre otros); (ii) en los casos en los que el levantamiento de suspensión llevaría acarreado el bloqueo de las competencias estatales (ATC 63/2015, de 17 de marzo); (iii) o en aquellos supuestos que exceden de una situación normal de controversia debido a que suscitan cuestiones de gran relieve constitucional (ATC 53/2015, de 3 de marzo, FJ 3).

3. Una vez expuesta nuestra doctrina, procede ahora analizar si debemos levantar o acordar el mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados. El abogado del Estado no ha invocado que en este caso concurren supuestos excepcionales, por lo que resulta de aplicación el régimen general antes expuesto.

Como ya se ha anticipado, el abogado del Estado aporta, junto a su escrito de alegaciones, informe emitido por la Dirección General del Patrimonio del Estado de 14 de marzo de 2023 para interesar el mantenimiento de la suspensión. Las razones aducidas, enunciadas de forma genérica, para justificar su pretensión son las siguientes: (i) debido a que las medidas previstas en la norma impugnada se aplican temporalmente, no mantener la suspensión de los preceptos impugnados puede suponer que el recurso de inconstitucionalidad, aun en caso de estimarse, devenga inútil, toda vez que la norma impugnada podría agotar todos los efectos respecto de los contratos incluidos en su ámbito temporal de aplicación; (ii) la aplicación de las medidas de revisión de precios no

están sujetas a publicidad, por lo que, ni el Estado ni los particulares cuyos intereses pudieran verse afectados, tienen forma de conocer a qué contratos se han aplicado dichas medidas, dificultando que los interesados se opongan a las mismas. No obstante, aunque los interesados tuvieran una posibilidad real de oposición, no sería viable en muchos casos volver a la revisión anterior, particularmente en el caso del art. 5; (iii) la no suspensión de la norma podría dar lugar a un incumplimiento por parte del Estado del Derecho de la Unión Europea debido a que los supuestos de modificación de contratos vienen previstos en el art. 72 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Dado el carácter heterogéneo de las normas que son objeto de este incidente, analizamos por separado aquellas que se refieren a la revisión de precios en los contratos públicos (arts. 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2), a la modificación de los materiales en los contratos de obra pública (art. 5) y, por último, al art. 2 regulador del ámbito de aplicación de la ley.

a) Revisión de precios en los contratos públicos (arts. 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2).

Con carácter previo a resolver sobre la suspensión o el mantenimiento de los preceptos que regulan la revisión de precios en los contratos públicos, teniendo en cuenta las alegaciones del abogado del Estado referidas su carácter temporal, es necesario analizar si aquellos tienen algún grado de eficacia, ya que, en caso de que hubieran agotado sus efectos, carecería ya de todo sentido tanto el mantener una suspensión de efectos que no podrían ya verificarse como el alzar esa misma suspensión sin resultado jurídico alguno.

Como afirma el abogado del Estado, el art. 3.1 limita la revisión de precios a los contratos públicos de obras, administrativos y privados, o a los contratos mixtos respecto a la prestación de obras, que se encontraran en ejecución o formalización a la fecha de su entrada en vigor, o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se hubiera publicado en la plataforma de contratación del sector público en el período de un año desde la entrada en vigor del decreto-ley que, de conformidad con lo dispuesto en su disposición final segunda, tiene lugar el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón». Debido a que esta se produjo el 13 de mayo de 2022, es el propio precepto el que limita la modificación de precios a los contratos que se hallaran en alguna de las fases relacionadas en el art. 3.1. No obstante, el hecho de que dicha medida no pueda extenderse a contratos públicos posteriores a la mencionada fecha, no impide que dichos preceptos, de levantarse la suspensión, puedan desplegar efectos sobre los contratos relacionados en el art. 3.1 del decreto-ley impugnado por aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 3/2022, de 3 de marzo, al que se remite aquel, y que según su art. 9, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, establece que «[l]a revisión excepcional de precios se aprobará, en su caso, por el órgano de contratación previa solicitud del contratista, que deberá presentarla durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación, por el órgano de contratación de la certificación final de obras». De lo anterior se deriva, con toda claridad, que cabría instar esa solicitud para los contratos relacionados en el decreto-ley impugnado susceptibles de beneficiarse de la revisión de precios que aún estuvieran en vigor. Lo mismo cabe decir respecto del art. 4.1 de la norma impugnada, que extiende las medidas excepcionales previstas en el título II del Real Decreto-ley 3/2022 a los contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de la obra pública. A resultas de lo dispuesto en el citado art. 9, también los contratos de suministros y servicios que no hubieran perdido vigencia podrían beneficiarse de la medida excepcional de revisión de precios.

Una vez despejada la cuestión anterior, procede resolver acerca del levantamiento o el mantenimiento de la suspensión de los arts. 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2 del decreto-ley impugnado, conforme a la doctrina constitucional aplicable a este incidente.

En primer lugar, por lo que se refiere al argumento del abogado del Estado acerca de que los efectos de una hipotética sentencia estimatoria del recurso de

inconstitucionalidad impedirían la restauración de la competencia básica del Estado (debido a que los preceptos impugnados no están llamados a aplicarse de forma indefinida, sino a una serie de contratos determinados temporalmente), ya hemos dicho que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno no solo invoque la existencia de perjuicios ciertos y efectivos, sino que, razone consistentemente su procedencia y su imposible o difícil reparación. La alegación del abogado del Estado, además de ser meramente hipotética, no toma en consideración que los preceptos impugnados tienen por objeto únicamente delimitar los contratos que, por la fase temporal en la que se encuentran, pueden beneficiarse de la revisión de precios. Sin embargo, la solicitud de revisión excepcional de precios puede solicitarse, según el art. 9 del Real Decreto-ley 3/2022, de 3 de marzo, durante toda la vigencia del contrato, lo que, también en mera hipótesis, podría dar a lugar a que esta se instara años después de la entrada en vigor del decreto-ley impugnado, lo que sucedería, por ejemplo, en los contratos de larga duración; de tal manera que las normas relativas a los contratos que pueden verse beneficiados por la revisión de precios no lleva aparejada necesariamente la ineficacia de una hipotética declaración de inconstitucionalidad ni impone, en consecuencia, la suspensión que se pretende por la Abogacía del Estado. A lo anterior hay que añadir que una hipotética declaración de inconstitucionalidad no resultaría ineficaz porque delimitaría la órbita de las respectivas competencias en una determinada materia.

Tampoco puede acogerse la alegación referida a que, por la falta de publicidad de los actos de revisión de los precios, los posibles afectados no podrían reaccionar frente a aquellos y, aun pudiendo hacerlo, en muchos casos no sería viable volver a la situación inicial, al menos sin generar una responsabilidad patrimonial para la administración. Efectivamente al margen de que no existe ninguna disposición en el impugnado decreto-ley reguladora de la publicidad de los contratos, el abogado del Estado no refiere la existencia de perjuicios reales que fueran de imposible o de difícil reparación, sobre todo teniendo en cuenta que este tribunal ya ha dicho de forma reiterada que los perjuicios económicos no son idóneos para justificar el mantenimiento de la suspensión.

Por último, el abogado del Estado afirma que podrían producirse perjuicios como consecuencia de un eventual incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, particularmente del art. 72 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Sin embargo, este tribunal no ha considerado como argumento suficiente para mantener la suspensión de una norma que, como ya hemos dicho, goza del principio de presunción de constitucionalidad, la alusión a la infracción del Derecho de la Unión Europea cuando se enuncia sin el grado de certeza necesario para su consideración como tal, constituyendo una mera hipótesis (AATC 42/2011, de 12 de abril, FJ 3; 10/2013, de 15 de enero, FJ 3; 182/2015, de 3 de enero, FJ 6, y 63/2017, de 25 de abril, FJ 5).

Por cuanto se ha dicho, procede levantar la suspensión de los arts. 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2 del Decreto-ley 3/2022.

b) Modificación de los materiales en los contratos de obra pública (art. 5).

Distinto es el caso del art. 5 del Decreto-ley 3/2022 que regula la modificación de los materiales en los contratos de obra pública. Como ya hemos señalado, dicha norma establece la posibilidad de que en los contratos de obra pública, a petición de la empresa adjudicataria de la obra, pueda acordarse a criterio del órgano de contratación, ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso y previo informe del responsable del contrato, una modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación, siempre y cuando la modificación de los materiales permita una rebaja de los precios y no implique una merma en la funcionalidad y seguridad de la obra en ejecución.

Entre otras consideraciones, el abogado del Estado alega para interesar el mantenimiento de la suspensión de este precepto que, de aplicarse el mismo, no sería viable volver a la situación anterior toda vez que no podría exigirse al contratista que,

tras la realización de una obra con unos materiales no previstos en el contrato, se le volviera a exigir llevarla a cabo con aquellos inicialmente previstos en este.

La letrada de las Cortes de Aragón interesa que se levante la suspensión del precepto impugnado debido que se está impidiendo utilizar un mecanismo que pretende ahorrar costes y optimizar el equilibrio económico de los contratos con pleno respeto a la normativa estatal, ya que el cuestionamiento de su constitucionalidad se debe a una interpretación errónea del término «tramitar». Aduce adicionalmente que los preceptos impugnados tienen sus trasuntos en otras comunidades autónomas en las que se aplican tras ser respaldados por el Estado mediante acuerdos en comisión bilateral.

La letrada del Gobierno de Aragón alega para interesar el levantamiento de la suspensión del art. 5 que su impugnación se debe bien a un error, bien a una interpretación desmesurada de apartamiento de la legislación básica dado que es el propio precepto el que establece expresamente que esta modificación contractual se tramitará de conformidad con lo dispuesto en la Ley de contratos del sector público.

Los perjuicios que el abogado el Estado ha anudado al levantamiento de la suspensión son de la suficiente entidad para acordar su mantenimiento. Resulta patente que, una vez ejecutada una determinada obra con materiales distintos a los inicialmente previstos, revertir tal situación para dar cumplimiento efectivo al contrato podría deparar perjuicios que, en la mayoría de los casos, no serían únicamente de índole económica. Las alegaciones de las letradas del Gobierno de Aragón y de las Cortes de Aragón no tienen entidad suficiente para desvirtuar dicha conclusión porque se refieren a la inconsistencia de las razones de fondo aducidas por el Estado para proceder a su impugnación, cuestión esta que, por ser ajena a este incidente, este tribunal no puede tomar ahora en consideración.

c) **Ámbito de aplicación de la ley (art. 2).**

Resta por último que nos pronunciemos sobre el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión del art. 2 que dispone que «[l]as medidas excepcionales en los contratos públicos de obras, en los contratos mixtos, en la parte relativa a la obra, y en los contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de la obra pública, dictadas por este decreto-ley serán de aplicación a los contratos celebrados por el sector público autonómico». El abogado del Estado no hace ninguna mención específica respecto del art. 2, por lo que nos remitimos en este punto a los argumentos que ha invocado respecto de los preceptos anteriores.

El art. 2 no es una disposición que regule directamente supuestos determinados de contratos públicos, sino, como resulta evidente, una regla relativa al ámbito de aplicación de las que sí lo hacen en este mismo cuerpo normativo. Se sigue de ello que el mantenimiento de la inicial suspensión de este precepto solo podría acordarse, vista su condición de norma sobre normas, si así lo impusiera, por conexión necesaria, el mantenimiento de tal medida de suspensión para las disposiciones impugnadas a las que remite. Semejante conexión no existe, sin embargo, pues ya se ha dicho que el único precepto sustantivo que ha de seguir suspendido en su eficacia es el artículo 5, disposición esta que acota su objeto en un aspecto muy determinado de los contratos de obra, sin que tal medida cautelar pueda extenderse genéricamente al resto de normas, por lo demás no impugnadas, a las que se refiere, para tales contratos, el propio artículo 2, cuya suspensión, por tanto, debe ser alzada.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

1.º Mantener la suspensión del art. 5 del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón.

2.º Levantar la suspensión del resto de los preceptos impugnados.

Publíquese este auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a veintitrés de mayo de dos mil veintitrés.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–
Inmaculada Montalbán Huertas.–Ricardo Enríquez Sancho.–María Luisa Balaguer
Callejón.–Ramón Sáez Valcárcel.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Concepción Espejel
Jorquera.–María Luisa Segoviano Astaburuaga.–César Tolosa Tribiño.–Juan Carlos
Campo Moreno.–Laura Díez Bueso.–Firmado y rubricado.