



Informe 31/23, 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 Consejero de Sostenibilidad, Transición Ecológica y Portavocía del Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

ASUNTO: CONSULTA SOBRE DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 3/2022, RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS.

El Consorcio de Aguas y Residuos de La Rioja incluye entre sus fines “la prestación de los servicios de saneamiento y depuración de aguas residuales en el marco del Plan Director de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de La Rioja, así como la ejecución de las inversiones necesarias”.

El Decreto 55/2021, de 22 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sostenibilidad, Transición Ecológica y Portavocía del Gobierno, y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, establece en su artículo 7, apartado 2.3 que “bajo la dirección del Titular de la Consejería y de acuerdo con las directrices emanadas del Gobierno, corresponde, entre otras, a la Dirección General de Calidad

Ambiental y Recursos Hídricos, las competencias derivadas de la presidencia del Consorcio de Aguas y Residuos de La Rioja”.

En base a esta previsión, y en virtud de Convenio suscrito con el Gobierno de La Rioja, viene ejecutando obras de diversas instalaciones de saneamiento y depuración respecto a las que varios contratistas han solicitado la revisión excepcional de precios que regula el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo modificado por el Real Decreto-ley 6/2022, planteándose algunas dudas respecto a su aplicación en aquellas obras en que las que se ha producido demora culpable en su ejecución.

Por ello, solicitan a la Consejería de Sostenibilidad, Transición Ecológica y Portavocía del Gobierno que traslade a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado las siguientes cuestiones:

Primera: Si para el cálculo del cumplimiento de la circunstancia del Real Decreto Ley 3/2022 relativa al umbral del 5% del valor del contrato, sin incluir los incrementos del término E y para el periodo que fije el contratista, han de utilizarse de forma automática los índices de actualización de precios incluso a partir del momento en que se considere al contratista en mora culpable, sin consideración o análisis adicional alguno o, por el contrario, ha de seguirse para ello el procedimiento que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en el artículo 104 “revisión en casos de demora en la ejecución” y, congelarse el valor de estos índices a partir de la fecha en que hubiera debido ejecutarse en plazo.

Segunda: Si para la determinación del importe de la revisión extraordinaria que se realice en caso de que se comprobara que se cumple la condición establecida en la cuestión anterior han de utilizarse de forma automática los índices de actualización de precios incluso a partir del momento en que se considere al contratista en mora culpable, sin consideración o análisis adicional alguno o, por el contrario, ha de seguirse para ello el procedimiento que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del

Sector Público, en el artículo 104 “revisión en casos de demora en la ejecución” y, congelarse el valor de estos índices a partir de la fecha en que hubiera debido ejecutarse en plazo.

Tercera: Si las cantidades que se calculen como revisión extraordinaria de precios pueden considerarse como perjuicio del contratista a la administración cuando la aplicabilidad del Real Decreto Ley 3/2022 (y de las modificaciones posteriores que se han sucedido) se alcance en el tiempo exclusivamente por mor de los propios retrasos, o (en la parte que corresponda) cuando se trate de revisiones de precios de la parte de obra ejecutada con retraso”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Consejero de Sostenibilidad, Transición Ecológica y Portavocía del Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja 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 en los mismo exista una situación de mora culpable del contratista.

2. Sobre la aplicación del Real Decreto-ley 3/2022 a los supuestos en que la obra se encuentre en ejecución por causa de un retraso imputable al contratista, esta Junta Consultiva tuvo ocasión de pronunciarse en su informe 40/2022, de 14 de febrero de 2023, en los términos siguientes:

“La cuestión es relevante. Si el retraso injustificado y aun voluntario en la ejecución de una obra por parte del contratista no tuviese efectos se estaría ofreciendo la posibilidad de retardar culposamente la ejecución del contrato con el fin de garantizar la aplicación de esta figura de la revisión excepcional de precios. Y es cierto que el RD-ley 3/22 no alude expresamente a esta circunstancia, por lo que cabría plantearse si en verdad la misma es inocua para el contratista.

La respuesta es que es la LCSP la que establece una serie de consecuencias perniciosas para el retraso culpable en la ejecución del contrato público. Tales consecuencias se pueden observar en el artículo 193, que trata del deber de cumplimiento del contrato dentro del plazo total y de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva, de la constitución automática en mora del contratista, de la posible resolución del contrato o de la imposición de las penalidades. Todas estas medidas pueden ser empleadas por el órgano de contratación diligente para prevenir los efectos perniciosos de un retraso culpable del contratista.

Pero el hecho de que se haya producido una demora injustificada en la ejecución, que ya habrá debido ser objeto de las medidas antes expuestas, no implica necesariamente que, si la entidad contratante no ha optado ya por la resolución del contrato, éste no haya de ejecutarse para garantizar la satisfacción del interés público que sirve la obra en cuestión y que, en consecuencia, la ejecución no pueda verse influida por un eventual aumento del precio de los materiales en los términos descritos en el RD-ley 3/22. Por tanto, quedando pendiente la

ejecución, las medidas que esta norma establece resultan de aplicación al contrato sin perjuicio de que se hayan adoptado otras medidas para impulsar la ejecución tempestiva del mismo”.

De acuerdo con lo expuesto, el Real Decreto-ley 3/2022 resulta de aplicación a los contratos de obras en ejecución también en aquellos supuestos en que en esta ejecución se considere al contratista en mora culpable.

3. Una vez establecida la anterior premisa, cabe entrar a analizar las dos primeras preguntas formuladas en la consulta.

En primer lugar, se plantea la cuestión relativa a si, para el cálculo del impacto directo y relevante en la economía del contrato de acuerdo con el artículo 7.1 del Real Decreto-ley 3/2022, relativa al umbral del 5% del valor del contrato, sin incluir los incrementos del término E y para el periodo que fije el contratista, han de utilizarse de forma automática los índices de actualización de precios incluso a partir del momento en que se considere al contratista en mora culpable, sin consideración o análisis adicional alguno o si, por el contrario, ha de seguirse el procedimiento que establece la LCSP, en el artículo 104 *“revisión en casos de demora en la ejecución”*, y congelarse el valor de estos índices a partir de la fecha en que hubiera debido ejecutarse en plazo.

En segundo lugar, y de forma paralela, se pregunta si para la determinación del importe de la revisión extraordinaria que se realice conforme al artículo 8 del Real Decreto-ley 3/2022, en caso de que se comprobara que se cumple la condición establecida en el artículo 7, han de utilizarse de forma automática los índices de actualización de precios incluso a partir del momento en que se considere al contratista en mora culpable, sin consideración o análisis adicional alguno o si, por el contrario, ha de seguirse el procedimiento que establece la LCSP, en el artículo 104 *“revisión en casos de demora en la ejecución”*, y congelarse el valor de estos índices a partir de la fecha en que hubiera debido ejecutarse en plazo.

A este respecto, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 104 de la LCSP, ubicado en el Capítulo II del Título III del Libro primero que regula la “*Revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público*”, y que tiene por objeto específico la “*Revisión en casos de demora en la ejecución*”:

“Cuando la cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tiempo en los que el contratista hubiese incurrido en mora y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos”.

Este precepto establece un régimen específico para la revisión de precios aplicable a los períodos de tiempo en los que el contratista hubiera incurrido en mora en la ejecución, penalizando en cierta medida el retraso mediante la aplicación de los índices de precios que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos.

Con estas premisas, cabe preguntarse por la existencia de una laguna legal que podría dar lugar a la aplicación subsidiaria del artículo 104 de la LCSP. Respuesta que, ya se adelanta, ha de ser negativa por las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar, porque el artículo 104 de la LCSP parte de una premisa previa cual es que el contrato tenga prevista una cláusula de revisión de precios, conforme al artículo 103 de la LCSP, aplicable al momento en que la prestación hubo de haber sido realizada. Sin embargo, el Real Decreto-ley 3/2022, ni en el sistema que establece para el cálculo del impacto directo y relevante en la economía del contrato en su artículo 7.1, ni en las reglas que para la determinación del importe de la revisión extraordinaria de precios se prevén en su artículo 8, menciona la situación del contratista en mora

culpable, ni contempla ninguna regla específica a aplicar cuando el contratista hubiera incurrido en esa situación.

Efectivamente, por una parte, el artículo 7.1 establece un sistema de cálculo del impacto directo y relevante en la economía del contrato sobre la base de comparar entre los importes certificados en un período posterior al 1 de enero de 2021 que determine el contratista en su solicitud y su fórmula de revisión de precios, si la tuviera, y, en su defecto, la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, suprimiendo determinados elementos de la fórmula. En ningún momento limita el período de ejecución de la obra a elegir por el contratista por razón de su mala o buena ejecución, o su ejecución fuera del plazo previsto, ni se remite en esas circunstancias a una fórmula de revisión de precios distinta.

Por su parte, el artículo 8 regula la fórmula para calcular la revisión excepcional de precios por referencia a la fórmula de revisión de precios prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificada (letra a) o a la fórmula que aparezca en el proyecto de construcción que sirvió de base para la licitación del contrato o, en su defecto, la que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, modificada para el supuesto en que el pliego no la hubiera previsto (letra b). Además, el último párrafo de este artículo detalla la fecha a considerar como referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 en las fórmulas de revisión para ambos casos. Por lo tanto, tampoco regula la circunstancia de que el contratista estuviera en mora culpable, ni las especialidades del régimen jurídico de aplicación en dicho caso.

En segundo lugar, para rechazar la aplicación subsidiaria del artículo 104 de la LCSP, hay que partir del 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. No puede entenderse de otro modo la solución que ofrece el legislador a cada caso concreto y que expresamente menciona el artículo 8 de la norma analizada, diferenciando los casos en que el pliego estableciese una fórmula de revisión de precios de aquellos en que no se estableciese tal fórmula”.

Este carácter excepcional se justifica, como señala la Exposición de Motivos de esta norma, en el alza extraordinaria de los precios de las materias primas en 2021, necesarias para la ejecución de ciertas unidades de obra, que repercutió de manera intensa en los contratos de obras incrementando en muchos casos extraordinariamente su coste. *“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 incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público”.*

Señala igualmente la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2022 la insuficiencia del régimen de revisión de precios contenido en la LCSP cuando indica que *“...la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el año 2021 por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras no es posible afrontarla con el mecanismo de revisión de precios previsto en la LCSP en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 por ciento de su importe”.*

Por lo tanto, dado este carácter excepcional de la norma, y más allá de la consideración puramente formal del principio según el cual allí donde no distingue la norma nosotros no debemos distinguir (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), la situación de mora culpable del contratista debería haber sido objeto de atención específica por el

Real Decreto-ley 3/2022 que ha sido extremadamente minucioso en otros aspectos como los términos a incluir en la fórmula de revisión, los hitos temporales requeridos para la revisión o el incumplimiento del nuevo programa de trabajo por causa imputable al contratista.

En tercer lugar, y como último argumento para oponerse a la aplicación subsidiaria del artículo 104 de la LCSP, hay que partir del hecho de que esta norma aplica a los períodos de tiempo en que el contratista hubiera incurrido en mora los índices de precios correspondientes a las fechas establecidas en el contrato para la ejecución en plazo. Por el contrario, las condiciones para la aplicación del régimen excepcional de revisión de precios del Real Decreto-ley son precisamente los supuestos que en que dicho régimen no resulta aplicable. No resulta posible por ello una aplicación del artículo 104 de la LCSP a los supuestos específicos regulados en el Real Decreto-ley 3/2022 porque ello implicaría una adaptación que va mucho más allá de lo permitido por una aplicación subsidiaria de la norma.

Por todo ello se ha de concluir que el citado artículo 104 de la LCSP no resulta aplicable ni para el cálculo del impacto directo y relevante en la economía del contrato ni para el cálculo de la cuantía de la revisión excepcional de precios (artículos 7 y 8 del Real Decreto-ley 3/2022). Antes al contrario, de la redacción de estos preceptos, dado el carácter excepcional del Real Decreto-ley 3/2022 y por la inadecuación de la regulación de dicho artículo a los supuestos específicos que en el mismo se contemplan, puede deducirse que el legislador ha querido obviar la regulación de la mora culpable del contratista en el régimen excepcional de revisión de precios previsto en la norma.

4. Dicho lo anterior, procede adentrarse en la última cuestión planteada por la Comunidad Autónoma de La Rioja consistente en determinar si las cantidades abonadas como revisión excepcional de precios pueden considerarse como perjuicio del contratista a la Administración cuando la aplicabilidad del Real Decreto-ley 3/2022 se alcance en el tiempo exclusivamente por mor de los propios retrasos del contratista o,

en la parte que corresponda, cuando se trate de revisiones de precios de la parte de obra ejecutada con retraso.

Como ya señaló esta Junta Consultiva en el ya citado informe 40/2022, de 14 de febrero, aun resultando de aplicación el régimen excepcional de revisión de precios previsto en el Real Decreto-ley a los contratos en ejecución en los que se haya producido un retraso imputable al contratista, esta circunstancia no resulta inocua para el mismo. Partiendo de que no se ha hecho uso de la resolución contractual, y por ello se mantiene en ejecución, además de la imposición de las correspondientes penalidades conforme a los artículos 193 y 194.2 de la LCSP, el artículo 194.1 de esta norma prevé que *“En los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios”*.

Daños y perjuicios entre los que pueden comprenderse todos aquellos conceptos que hayan determinado una mayor onerosidad del contrato para la Administración entre los cuales pueden incluirse las cantidades abonadas con cargo al régimen excepcional de revisión de precios previsto en el Real Decreto-ley 3/2022. Para ello se requerirá la tramitación de un procedimiento específico en el que se tendrá que acreditar la culpabilidad del contratista en el retraso en la ejecución de la obra, así como determinar la indemnización correspondiente incluyendo, entre otros conceptos, las cantidades abonadas con cargo al Real Decreto-ley 3/2022 que no se habrían abonado de no mediar el retraso culpable del contratista.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- Para el reconocimiento del derecho a la revisión excepcional de precios previsto en el artículo 7 del Real Decreto-ley 3/2022 a los contratos en ejecución incluidos en su ámbito de aplicación, han de utilizarse las formulas y los índices de revisión de precios que se prevén en dicho artículo sin que sea posible aplicar el artículo 104 de la LCSP para los supuestos en que se considere al contratista en mora culpable.
- En la determinación de la cuantía de la revisión excepcional de precios prevista en el artículo 8 del Real Decreto-ley 3/2022 a los contratos en ejecución incluidos en su ámbito de aplicación, han de aplicarse las fórmulas e índices previstos en dicho artículo sin que sea posible aplicar el artículo 104 de la LCSP para los supuestos en que se considere al contratista en mora culpable.
- Las cantidades abonadas con cargo al Real Decreto-ley 3/2022 que no se habrían percibido de no mediar el retraso culpable del contratista en la ejecución del contrato pueden considerarse entre los daños y perjuicios a exigir al contratista de acuerdo con el artículo 194.1 de la LCSP.