



Informe 1/2023, de 30 junio de 2023. Contratos de obras. Diferentes cuestiones relacionadas con el Decreto Ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania

Antecedentes

1. El 21 de abril de 2023, la presidenta de la Asociación de Constructores de Baleares, en calidad de representante, solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) un informe en relación con las medidas para asegurar el equilibrio económico de los contratos previstas en el capítulo V del Decreto Ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania (en adelante, DL 4/2022).

Las dudas de la Asociación de Constructores de Baleares (en adelante, la Asociación) se refieren a la interpretación y la aplicación del capítulo V del DL 4/2022, especialmente los artículos 16, 17 y 18, así como a la aplicación de los acuerdos del Consejo de Gobierno dictados para desarrollar el DL.

Dado que se trata de una asociación de constructores, las dudas se plantean en relación con los contratos de obras, y más concretamente en relación con las siguientes cuestiones:

- Primera cuestión. En los contratos de obras del artículo 17.1.b) del DL 4/2022, el derecho a la modificación del contrato, ¿se puede calcular mediante los parámetros y la metodología de cálculo que recoge el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2022?
- Segunda cuestión. En los contratos mixtos de obras y servicios, ¿la compensación extraordinaria del DL 4/2022 resulta de aplicación a las prestaciones de obra?
- Tercera cuestión. ¿Cómo se tiene que interpretar el concepto *contrato vigente* previsto en los artículos 203 y 205.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP), los cuales regulan las modificaciones contractuales por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no tenidas en cuenta en el momento de la licitación?



Consideraciones jurídicas

1. El artículo 65 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dispone que la JCCA es el órgano consultivo específico de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su administración instrumental en materia de contratación.
2. Según el artículo 12 del texto consolidado del Decreto 3/2016, de 29 de enero, por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas (modificado por el Decreto 26/2017), la Junta emite los informes que le soliciten, entre otros, los presidentes de las organizaciones empresariales de las Illes Balears afectadas por la contratación pública. El informe lo ha solicitado la presidenta de la Asociación de Constructores de Baleares, que se encuentra legitimada en conformidad con el artículo mencionado.
3. La solicitud de informe cumple con los requisitos formales que exige el artículo 16 del Reglamento de organización y funcionamiento de la JCCA (ROFJCCA), aprobado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, y se acompaña de un informe del asesor jurídico de la Asociación.
4. Antes de contestar las dudas concretas de la Asociación, cabe detallar el régimen jurídico aplicable a las medidas excepcionales, extraordinarias y urgentes aprobadas, en el ámbito estatal y autonómico, para asegurar el equilibrio económico de los contratos administrativos, dado que estas medidas, por su carácter excepcional, exceden del régimen general aplicable a la revisión de precios de los contratos o a la posibilidad de modificarlos.

Por regla general, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público, limita a casos muy excepcionales la posibilidad de revisar los precios de los contratos (art. 103 LCSP) o de modificarlos por circunstancias no previstas expresamente en los pliegos aprobados (art. 205 LCSP).

Permitir lo contrario a todos los efectos sería vulnerar principios generales de la contratación pública tales como el principio de riesgo y ventura del contratista y el principio de cumplimiento de los pliegos aprobados, que son la ley del contrato formalizado entre las partes (*lex contractus*).

No obstante, de manera excepcional, el Estado español, en el BOE de 2 de marzo de 2022, publicó 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, y por el que se



transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas 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, RDL 3/2022).

Los artículos 6 a 10 de este RDL 3/2022 regulan una revisión excepcional de precios en los contratos de obras. En resumen, el RDL permite que los contratistas de obras puedan solicitar una revisión extraordinaria de los precios de sus contratos, vigentes en un periodo concreto, cuando el incremento del coste de los materiales detallados en el RDL, soportados desde el 1 de enero de 2021, exceda del 5 % del importe certificado en el periodo correspondiente, lo que se tiene que calcular aplicando a los importes de obra certificada las fórmulas que correspondan.

Poco después, en el BOIB de 31 de marzo de 2022, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears publicó el Decreto Ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania (en adelante, DL 4/2022), cuyo capítulo V recoge medidas para asegurar el equilibrio económico de los contratos de obras y de cualquier otro tipo de contrato.

Desde su publicación, el DL 4/2022 se ha modificado en tres ocasiones y se ha desarrollado reglamentariamente mediante varios acuerdos del Consejo de Gobierno, lo cual, añadido a su carácter de regulación excepcional, extraordinaria y urgente, ha generado dificultades y dudas a la hora de aplicarlo en la práctica.

Concretamente, el capítulo V del DL 4/2022 se ha modificado mediante las siguientes normas:

- Decreto Ley 6/2022, de 13 de junio, de nuevas medidas urgentes para reducir la temporalidad en la ocupación pública de las Illes Balears (BOIB de 16 junio de 2022).
- Decreto Ley 9/2022, de 7 de noviembre, de medidas urgentes para compensar la inflación en las Illes Balears (BOIB de 8 noviembre de 2022).
- Decreto Ley 2/2023, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia del servicio público discrecional del transporte de personas viajeras y en otras materias vinculadas a sectores económicos (BOIB de 9 marzo de 2023).

Esta última modificación, la cual se recoge en la disposición final tercera del DL 2/2023, es el resultado de la formalización de uno acuerdo bilateral entre el Estado y la Comunidad Autónoma mediante el cual se decidió dar una nueva redacción al capítulo V del DL 4/2022, y más concretamente a

los artículos 15, 16, 17 y 18 —que son esencialmente los que resultan de interés para emitir este informe —, que han quedado redactados de la siguiente manera:

Artículo 15

Objeto y ámbito de aplicación

1. Los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de su sector público instrumental quedan habilitados para adoptar las medidas que prevé este capítulo en los 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, si procede, en las modificaciones posteriores.

2. Las medidas que establece este capítulo son incompatibles entre sí.

Artículo 16

Alteración extraordinaria e imprevisible

1. **A los efectos de la letra a) del apartado primero del artículo 17 de este decreto ley, se entiende por alteración extraordinaria e imprevisible una variación de los precios de los materiales empleados en los términos establecidos en el artículo 7 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, 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.

2. **Por lo que respecta al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos que prevé la letra b) del apartado primero del mismo artículo 17, el Consejo de Gobierno puede acordar, con carácter orientativo, los supuestos en los que pueda considerarse que concurren circunstancias sobrevenidas** determinantes de un desequilibrio económico imprevisible, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos y de los límites referidos en dicha letra b).

Artículo 17

Medidas que se pueden adoptar

1. Las medidas que se pueden adoptar en los casos previstos en este capítulo consisten en alguna de estas opciones:

a) En el caso de contratos de obras, una compensación económica al contratista en los términos previstos en el título II del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo.

Esta medida se aplicará exclusivamente a los **contratos** administrativos y privados **que, en fecha 2 de marzo de 2022, se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización**, o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la Plataforma de Contratación del Sector Público en el periodo de un año desde esta fecha, o bien a aquellos cuyo anuncio de licitación se publique en la Plataforma de Contratación del Sector Público en el plazo de un año desde el 2 de marzo de 2022 **y cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares establezca una fórmula de revisión de precios**, y únicamente respecto de las variaciones en el coste de los materiales que se hayan pro-



ducido en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2021 y la fecha de la solicitud del restablecimiento del equilibrio económico por parte del contratista.

b) En el caso de cualquier tipo de contrato, una modificación del contrato para restablecer el equilibrio económico, siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites previstos en los artículos 203 y 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y se tramite de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 191 y 207.

Esta medida podrá aplicarse a los contratos administrativos y privados que, en fecha 1 de enero de 2021, se encuentren en ejecución, o bien cuya ejecución se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2021 siempre que el anuncio de licitación se haya publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes del 2 de marzo de 2023.

2. Cualquiera de estas medidas se tiene que acordar necesariamente dentro de los límites de las dotaciones consignadas cada año en el presupuesto de cada órgano de contratación.

Artículo 18 **Compensación extraordinaria**

1. El procedimiento para aplicar **la compensación extraordinaria** a que hace referencia la letra *a)* del apartado 1 del artículo anterior se tiene que iniciar mediante una solicitud del contratista dirigida al órgano de contratación.

2. El plazo de presentación de las solicitudes empezará el día siguiente a la entrada en vigor de este decreto ley y, en todo caso, antes de la liquidación del contrato.

3. El contratista deberá adjuntar a la mencionada solicitud la documentación justificativa que acredite, de manera fidedigna, la existencia de una alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los términos previstos en el artículo 16.

4. En todo caso, para el cálculo de la compensación, se deberán tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 8 del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo.

5. Una vez recibida la solicitud, el órgano de contratación deberá analizarla teniendo en cuenta las certificaciones de obra emitidas desde el 1 de enero de 2021, pudiendo realizar cualquier otro acto de instrucción que considere necesario.

Una vez examinada la solicitud y realizados, en su caso, los trámites a que se refiere el párrafo anterior, el órgano de contratación deberá elaborar una propuesta de resolución de la que tiene que dar audiencia al contratista por un plazo de diez días hábiles.

6. Una vez finalizado el trámite de audiencia, el órgano de contratación, con el informe previo de los servicios jurídicos competentes y de la Intervención General, si procede, deberá dictar una resolución.

7. El plazo máximo para resolver el procedimiento es de tres meses desde la presentación de la solicitud.

El transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento sin que se haya notificado ninguna resolución expresa legitima al contratista para entender desestimada por silencio la solicitud presentada.

8. La cuantía de las compensaciones que se puedan aprobar, de acuerdo con lo que dispone este decreto ley, no podrá superar aislada o conjuntamente el 20 % del precio primitivo del contrato, excluido el impuesto sobre el valor añadido.

En resumen, el DL 4/2022 distingue:

- Las medidas aplicables a los contratos de obra con fórmula predeterminada de revisión de precios prevista en el pliego (letra *a*) del art. 17, en relación con la letra *d*) del art. 18.3).
- Las medidas aplicables al resto de contratos, sean de obra o de cualquier otro tipo (letra *b*) del artículo 17.1, en relación con el artículo 16.2 del DL 4/2022).

En desarrollo de esto, el Consejo de Gobierno adoptó los siguientes acuerdos:

- En relación con los contratos de obras se dictó el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2022 (BOIB de 3 noviembre 2022) por el que se adoptan los parámetros y la metodología para el cálculo de la compensación extraordinaria a que hace referencia la letra *a*) del artículo 17.1, en relación con la letra *d*) del artículo 18.3 del DL 4/2022. Este acuerdo se modificó mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2022 (BOIB de 29 noviembre 2022).
- En relación con el resto de tipos contractuales se dictó el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de marzo de 2023 (BOIB de 28 marzo 2023) por el que se adoptan criterios orientativos para la modificación contractual para restablecer el equilibrio económico debido a la concurrencia de circunstancias sobrevenidas determinantes de un desequilibrio económico imprevisible a que hace referencia la letra *b*) del artículo 17.1, en relación con el artículo 16.2 del DL 4/2022.

5. Dicho esto, respecto de las tres cuestiones planteadas, cabe hacer las siguientes consideraciones:

– Primera cuestión:

En los contratos de obras del artículo 17.1.*b*), el derecho a la modificación contractual, ¿ puede calcularse mediante los parámetros y la metodología de cálculo que recoge el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2022?

En relación con los parámetros para calcular el derecho a la modificación contractual en los contratos de obras a los cuales hace referencia la letra *b*) del artículo 17.1 del Decreto Ley 4/2022, el informe del asesor jurídico de la Asociación expone:



En la versión inicial del DL 4/2022, el artículo 16 establecía que para calcular la alteración del 6 % de los costes de los materiales debían tenerse en cuenta los índices de costes de los materiales del sector de la construcción que elabora el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y también de la energía. Ahora bien, después de la última modificación del DL 4/2022, mediante el DL 2/2023, se ha suprimido la referencia a estos índices. Además, en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de marzo de 2023 por el que se adoptan criterios orientativos para la modificación contractual de los contratos sin fórmula predefinida de revisión de precios tampoco se hace referencia a estos índices.

A pesar de todo, en su opinión, los parámetros y la metodología para el cálculo de la compensación económica que recoge el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2022 para los contratos con fórmula de revisión de precios también podrían utilizarse para los contratos de obras sin fórmula de revisión de precios prevista.

— Respuesta a la primera cuestión:

Sí; para los contratos de obras del artículo 17.1.b) del DL 4/2022 pueden utilizarse los mismos parámetros y la metodología que recoge el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2022 para el cálculo de la compensación económica extraordinaria de los contratos de obras a los cuales se refiere el artículo 17.1.a) del DL 4/2022, dado que en los antecedentes del mencionado Acuerdo consta expresamente que:

[...] mediante este acuerdo se adoptan los parámetros y la metodología que se tienen que tener en cuenta para el cálculo de la compensación económica extraordinaria a que hace referencia la letra a) del artículo 17.1 en relación con la letra d) del artículo 18.3; y esto, **sin perjuicio que estos parámetros también se puedan considerar, por identidad de razón, para determinar el valor —o una parte— de la modificación del contrato en los casos en que se decida aplicar la vía que prevé la letra b) del mismo artículo 17.1** para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Así, el criterio de la Asociación debe aceptarse.

— Segunda cuestión:

En los contratos mixtos de obras y servicios, ¿la compensación extraordinaria del DL 4/2022 resulta de aplicación a las prestaciones de obra?

En relación con la aplicación de la compensación económica extraordinaria a las prestaciones de obra de los contratos mixtos de obras y servicios, el informe del asesor jurídico de la Asociación argumenta que no existe ningún impedimento legal para aplicarle las medidas del capítulo V del DL.



— Respuesta a la segunda cuestión:

Sí; a las prestaciones de obra de un contrato mixto también resulta de aplicación la compensación o modificación extraordinaria.

Se entenderá por *contrato mixto* aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase (art. 18 LCSP), y el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de este tipo de contrato debe detallarse en los pliegos atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos (art. 122.2 LCSP).

Así, para la aplicación de medidas extraordinarias de equilibrio económico, en los contratos mixtos debe aplicarse el régimen jurídico que corresponda a cada una de las prestaciones que se funden en el contrato, y no existe ningún impedimento legal para aplicar las medidas extraordinarias del capítulo V del DL 4/2022.

— Tercera cuestión:

¿Cómo debe interpretarse el concepto *contrato vigente* previsto en los artículos 203 y 205.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), los cuales regulan las modificaciones contractuales por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no tenidas en cuenta en el momento de la licitación?

Al respecto, el asesor jurídico de la Asociación argumenta que la vigencia del contrato se podría extender más allá de la certificación final y llegar hasta la liquidación del contrato, lo cual permitiría, este último trámite, modificarlo para aplicar las medidas extraordinarias de equilibrio económico, de acuerdo con los artículos 16 y 17 del DL 4/2022.

— Respuesta a la tercera cuestión:

Dado que la Asociación que hace la consulta es una asociación del sector de la construcción, se entiende que esta pregunta también se plantea en relación con los contratos de obras. Así, para contestarla, resulta de interés tener en cuenta el Informe núm. 14/2022 de la Junta Consultiva del Estado en relación con la interpretación del artículo 6 del RDL 3/2022, de 1 de marzo, emitido precisamente a solicitud de la Confederación Nacional de la Construcción.

Concretamente, en el Informe 14/2022, la Junta Consultiva del Estado constató:

Resulta evidente, a nuestro juicio, que en el momento en que en el contrato de obras se ha producido la recepción formal y se ha aprobado la certificación final, conforme a la LCSP la prestación ya se ha ejecutado y, por tanto, la ejecución ha terminado. Esta conclusión se hace patente por dos circunstancias:



- Por el hecho de que la propia LCSP señale con nitidez que si durante la recepción se observa que las obras no se hallan en estado de ser recibidas se hará constar así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquellos, no formalizándose el acta hasta que las obras se encuentren en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas. Incluso acontece que, si transcurrido el plazo otorgado para la reparación de los defectos observados el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo imporrrogable o declarar resuelto el contrato, en este caso por culpa del contratista.

- Porque el artículo 166 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) señala que, tras la recepción, se redactará la correspondiente relación valorada y el director de la obra expedirá y tramitará la correspondiente certificación final, que deberá ser aprobada en el plazo de dos meses, contados a partir de la recepción de la obra y que será abonada, en su caso, al contratista dentro del plazo de dos meses a partir de su expedición a cuenta de la liquidación del contrato.

Por esta razón no es de extrañar que el RDL 3/22 haya situado en ese momento el límite durante el cual puede surgir el derecho a una revisión excepcional de precios, precisamente porque en ese momento ha finalizado la ejecución del contrato. Tal cosa es igualmente congruente con el hecho de que el artículo 8, al tratar los criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios, ordene que la cuantía se cifre en el incremento calculado sobre el valor de las certificaciones, incluida la certificación final, y hasta su conclusión, expresión que se refiere a la conclusión de la ejecución.

Es cierto que, como señala la entidad consultante, la finalización de la fase de ejecución del contrato no supone la extinción de todas las obligaciones del contratista (Informe de esta Junta 46/2012, de 21 de marzo de 2014). Tras la aprobación de la certificación final se encuentra vigente un periodo distinto, el de garantía, durante el cual, como señala el artículo 167 RGLCAP, debe el contratista cuidar en todo caso de la conservación y policía de las obras con arreglo a lo previsto en los pliegos y a las instrucciones que diere el director de la obra. De hecho, durante este periodo el contratista queda sujeto a una evidente responsabilidad establecida *ex lege* que le obliga a responder, además, del estado de las obras, que será evaluado por el director de la obra y que permitirá incluso que este le dirija las oportunas instrucciones para la debida reparación de lo construido.

Tal circunstancia no significa que la ejecución del contrato no hubiera finalizado previamente, sino que durante el periodo de garantía se han evidenciado defectos de ejecución que no eran visibles en el momento de la recepción, razón por la cual el legislador ha querido establecer un periodo durante el cual el contratista no se ve liberado de una posible responsabilidad por la mala ejecución de lo pactado. Así lo indica, por ejemplo, el Informe 1.022, de 30 de enero de 2014, del Tribunal de Cuentas, que señala que «aunque en el momento de la recepción de las obras no se extinguieron todos los efectos del contrato, sí se entendió cumplido su objeto —la construcción de la obra— y comenzó el periodo de garantía, siendo improcedente la resolución del contrato por incumplimiento».

Por tanto, aunque es comprensible la duda de la entidad consultante, este periodo no puede ser considerado relevante a los efectos de valorar una eventual revisión excepcional de precios, que no debe operar sobre una obra ya ejecutada.

En conclusión, en los contratos de obras, la vigencia del contrato llega hasta el momento en que se ha formalizado el acta de recepción y se ha aprobado la certificación final de la obra.



La interpretación del concepto de vigencia de los contratos de obras que la Junta Consultiva del Estado hace en relación con la revisión extraordinaria de precios del RDL 3/2022 resulta adecuada para interpretar el concepto de contrato *vigente* de los artículos 203 y 205.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), los cuales constituyen el régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos de obras del artículo 17.1.b) del DL 4/2022.

Conclusiones

Dados los argumentos expuestos, la opinión de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es la siguiente:

1. Para los contratos de obras del artículo 17.1.b) del DL 4/2022 pueden utilizarse los parámetros y la metodología que recoge el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2022.
2. En los contratos mixtos de obras y de servicios también pueden aplicarse las medidas extraordinarias de incremento de precios teniendo en cuenta el régimen jurídico que resulte aplicable a cada una de las prestaciones.
3. En los contratos de obras, la vigencia del contrato llega hasta el momento en que se ha formalizado el acta de recepción y se ha aprobado la certificación final. Esta interpretación resulta adecuada para interpretar el concepto de vigencia que disponen los artículos 203 y 205.2.b) de la LCSP y que constituye el régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos de obras del artículo 17.1.b) del DL 4/2022.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero