



ALERTA ADMINISTRATIVA | MARZO | 2022

GTA VILLAMAGNA
ABOGADOS

CONTENIDOS

ALERTA SOBRE 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

I. INTRODUCCIÓN

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

III. CRITERIOS DE CÁLCULO DE LA REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS

1. Cuando se haya previsto una fórmula de revisión de precios.....4
2. Cuando el pliego no incluya una fórmula de revisión de precios.....4
3. Tramitación del procedimiento.....5

IV. OTROS ASPECTOS DE INTERÉS

I. INTRODUCCIÓN

El pasado día 2 de marzo de 2022 se publicó en el Boletín Oficial del Estado 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 con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras (en adelante, "RDL 3/2022"), que ha entrado en vigor el mismo día de su publicación.

El RDL 3/2022 regula, entre otros aspectos, la posibilidad de que excepcionalmente el precio en los contratos de obras del sector público sea revisado en atención al incremento de los costes de determinados materiales, con el fin de neutralizar, al menos en parte, el incremento desmesurado e imprevisible de los costes de dichos materiales.

A continuación se exponen brevemente aspectos relevantes acerca del alcance del RDL 3/2022 en lo que a la revisión de precios se refiere.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

De conformidad con los artículos 6 y 7 del RDL 3/2022, se reconocerá al contratista la posibilidad de una revisión excepcional de precios, con el límite del 20 por 100 del precio de adjudicación del contrato, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- Que se trate de (i) un contrato público de obras, ya sea administrativo o privado, adjudicado por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal; (ii) un contrato privado de obras conforme a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, "LC-SP"), 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; o (iii) un contrato público de obras sometido a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.
- Que el contrato se encuentre en ejecución a la entrada en vigor del RDL 3/2022 (no parece razonable que los contratos que hayan concluido antes de la entrada en vigor del RDL 3/2022 pero que estuvieran en ejecución después del día 1 de enero de 2021, no merezcan un tratamiento similar dirigido a paliar el impacto del incremento de costes que también habrán sufrido, pues la filosofía de la norma es la de *"paliar un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021"*, y los contratos que hayan concluido antes de la entrada en vigor del RDL 3/2022 también han podido sufrir ese impacto).

- Que el contratista haya soportado un incremento de los costes de los materiales para la obra adjudicada – materiales siderúrgicos, bituminosos, aluminio o cobre–, y que dicho incremento haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021.

En este sentido, se considerará que existe tal impacto cuando el incremento del coste de los referidos materiales exceda del 5 por 100 del importe certificado del contrato en el ejercicio 2021 (aunque la norma no lo aclare, parece lógico concluir que habría que atender al momento en el que se ejecutan las obras –año 2021– y no al instante en el que se emite la certificación de obras, pues al menos la certificación de la obra ejecutada durante el último mes del año, normalmente se habrá emitido con posterioridad al 31 de diciembre de 2021; es decir, debe atender a la realidad material y no a la meramente formal relativa al momento en la que se emite la certificación de obra).

III. CRITERIOS DE CÁLCULO DE LA REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS

Con la finalidad de determinar la cuantía resultante de la revisión excepcional por el incremento de precios, el artículo 8 del RDL 3/2022 establece dos alternativas, en función de que en la documentación contractual se haya contemplado o no una fórmula de revisión de precios:

1. Cuando se haya previsto una fórmula de revisión de precios

La cuantía de la revisión excepcional se corresponderá con la diferencia entre (i) la suma de las certificaciones de lo ejecutado desde el 1 de enero de 2021 hasta el momento en el que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103.5 de la LCSP, pueda ser efectiva la revisión prevista, esto es, cuando el contrato haya sido ejecutado al menos en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido dos años desde su formalización y (ii) el importe que resulte de la aplicación de la fórmula de revisión de precios en los términos indicados en el citado artículo 8 del RDL 3/2022

2. Cuando el pliego no incluya una fórmula de revisión de precios

La cuantía se corresponderá con la diferencia entre (i) el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde 1 de enero de 2021 hasta la conclusión del contrato, y (ii) el que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios, aplicando para ello la fórmula que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas en el Real Decreto 135-9/2011 de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas. Esta regla se aplicará aunque todavía no se hubiera ejecutado el 20 por 100 del importe del contrato o no hubiesen transcurrido dos años desde su formalización.

En ambos supuestos, la fecha de referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 en las fórmulas de revisión será la fecha de

formalización del contrato, salvo que ésta sea anterior al 1 de enero 2021, en cuyo caso se tomará como referencia el 31 de diciembre de 2020.

Por tanto, el RDL 3/2022 solo contempla aplicar este mecanismo de revisión excepcional en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios y en los que, aun incorporándolos, sin embargo no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 por 100 de su importe durante el ejercicio 2021 o durante parte de él. Es decir, se dejan injustificadamente sin cobertura aquellos otros casos en los que, existiendo fórmula de revisión de precios (obsérvese que el artículo 8 del RDL 3/2022 se refiere a que el Pliego “establezca una fórmula de revisión de precios”, sin distinguir o concretar la fórmula utilizada), y siendo operativa durante el ejercicio 2021, sin embargo sea insuficiente para neutralizar, atendiendo a la fórmula utilizada, el “*impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021*” derivado del excepcional incremento del coste de los materiales antes aludidos.

3. Tramitación del procedimiento

El contratista deberá presentar su solicitud en el plazo de dos meses desde (i) la entrada en vigor del RDL 3/2022 o (ii) la publicación de los índices mensuales de los precios básicos de costes correspondientes al último trimestre de 2021, si ésta última fuera posterior.

Una vez formulada la solicitud, el órgano de contratación dictará una propuesta provisional señalando si procede reconocer la revisión excepcional de precios, y si procediera, concretará la

fórmula aplicable al contrato. Así mismo, otorgará un plazo de 10 días para que el contratista presente las alegaciones que estime oportunas.

Transcurrido el citado plazo, el órgano de contratación podrá en el plazo de un mes:

- **Estimar la solicitud de manera motivada**

En este sentido, el pago de la cuantía que resulte quedará condicionado a que el contratista haya desistido de cualquier reclamación administrativa o acción judicial iniciada a este respecto (al menos no se obliga al contratista a desistir antes de tener certeza de si va a reconocérsele o no y los términos en los que va a hacerse la revisión excepcional).

El importe de la revisión será aplicado en la certificación final de la obra como partida adicional, es decir, el impacto financiero lo asume el contratista, sin perjuicio de que el órgano de contratación “*estará facultado*” para realizar pagos a cuenta del importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra, y será corregido en la liquidación del contrato, de acuerdo con los índices oficiales definitivos aplicables al periodo de revisión. Por tanto, ha querido otorgarse una amplia discrecionalidad al órgano de contratación para realizar o no pagos a cuenta del importe de la revisión excepcional.

Por lo demás, el órgano de contratación aprobará un nuevo programa de trabajo adaptado a las circunstancias actuales de la obra, el cual será de obligado cumplimiento para el contratista.

A este respecto, el artículo 10 del RDL 3/2022 regula las distintas sanciones que resultarán aplicables en caso de incumplimiento por parte del contratista; a saber:

- Multas diarias con un límite máximo de 10.000 euros si el retraso fuera superior a un mes.
- Una penalidad del 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato (adicional a las multas anteriores) si el retraso es superior a dos meses.
- La pérdida del derecho a la revisión y la obligación de devolver lo ya percibido por este concepto (además de las anteriores sanciones señaladas) si el retraso es superior a tres meses. Adicionalmente, el órgano de contratación podrá declarar el contrato resuelto por culpa del contratista.

Por tanto, la comprensión sobre la situación creada por el incremento de los precios que en principio se refleja en el RDL 3/2022 al pretender neutralizar, aunque sea en parte, el excepcional incremento de los materiales antes referidos, puede convertirse en una gran trampa para el contratista, si se tiene en cuenta que no se consolida el cobro del importe de la revisión excepcional de precios hasta que concluye el contrato y se comprueba que se ha cumplido el nuevo programa de trabajo. Es más, el incumplimiento del programa de trabajo no solo afectará a dicha consolidación del importe por revisión excepcional, sino que se configura como una causa de resolución por culpa del contratista. Sin duda, un *“regalo potencialmente envenenado”*.

• Desestimar la solicitud

De manera expresa o presunta (opera el silencio administrativo negativo en caso de ausencia de respuesta del órgano de contratación en el plazo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo para su presentación).

El contratista podría impugnar la desestimación expresa o por silencio ante la jurisdicción contencioso administrativa en el caso de los contratos administrativos, o ante la jurisdicción civil en el de los contratos privados.

IV. OTROS ASPECTOS DE INTERÉS

El artículo 10.3 del RDL 3/2022 establece que el contratista que perciba la cuantía resultante de esta revisión deberá repercutir al subcontratista la parte de la misma que corresponda a la porción de la obra subcontratada.

Ahora bien, a nuestro juicio, para que aplique este mecanismo de revisión excepcional habrá que comprobar si en el contrato suscrito entre contratista y subcontratista existía ya un instrumento corrector eficiente para neutralizar el impacto del incremento del precio de los materiales de referencia, pues si tal fuera el caso, no procedería repercutir al subcontratista la revisión excepcional.

En realidad, en la relación contratista-subcontratista son exigibles los mismos requisitos que se requieren en la relación órgano de contratación-contratista para que opere la revisión excepcional, entre ellos, que

el incremento del coste de los materiales empleados e identificados en el artículo 7.1 del RDL 3/2022, “*haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021*” (por relación a la obra objeto del subcontrato específico de que se trate).

Tampoco debe operar dicha repercusión de la revisión excepcional en favor del subcontratista cuando éste, al formular su oferta, ya haya tenido en cuenta el incremento de los materiales, pues en tal caso el subcontratista habría formulado su oferta ajustándola a la situación real conocida.

Por último, el RDL 3/2022 establece que el subcontratista solo tendrá acción contra el contratista, no contra el órgano de contratación, de manera que las posibles controversias que surjan entre el contratista y el subcontratista deberán dirimirse en la jurisdicción civil.

CONTACTOS

Para más información pueden ponerse en contacto con:



Ernesto García-Trevijano Garnica

☎ (+34) 915 210 104 | (+34) 629 015 626

✉ ernestogtrevijano@gtavillamagna.com

Linked 



Marta Plaza González

☎ (+34) 915 210 104 | (+34) 658 512 408

✉ martaplaza@gtavillamagna.com

Linked 



jesús Estrada López

☎ (+34) 915 210 104 | (+34) 630 244 336

✉ jeseestrada@gtavillamagna.com

Linked 

GTA VILLAMAGNA ABOGADOS

Síguenos en:



La presente Alerta Administrativa se ha cerrado a fecha 2 de marzo de 2022.

Esta Alerta contiene, exclusivamente, información de carácter general y no constituye, ni pretende constituir, asesoramiento jurídico alguno sobre las materias contenidas en ella. Cualquier decisión o actuación basada en su contenido deberá ser objeto del adecuado asesoramiento profesional.

© GTA VILLAMAGNA Abogados, marzo de 2022

GTA VILLAMAGNA Abogados
Marqués de Villamagna, 3 - 6ª Planta
28001 Madrid (España)