

NOTA RESUMEN CON LA INTERVENCIÓN DE JOSÉ LUIS VILLAR EN EL SEMINARIO ORGANIZADO POR SEOPAN SOBRE EL REAL DECRETO-LEY 3/2022 QUE APRUEBA MEDIDAS EXCEPCIONALES EN MATERIA DE REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS

1. INTRODUCCIÓN

Esta Nota se redacta tras el **Seminario celebrado en las Oficinas de SEOPAN el pasado 10 de marzo de 2022 y contiene las ideas expuestas en su intervención por José Luis Villar Ezcurra sobre el contenido del RD-ley 3/2022 (BOE: [02/03/2022](#))**. En ella se recogen los puntos que han sido destacados durante dicha jornada:

Primero; el sistema de “revisión extraordinaria” (así es como se denomina a la compensación) es **aplicable a contratos del sector público, tanto administrativos como privados que tengan por objeto una obra pública**. Sin embargo, se exige que el contrato se encuentre “*en ejecución*” a la fecha de entrada en vigor del RD-ley, lo cual plantea el problema consistente en determinar lo que se entiende por tal, dado que puede ser interpretado de dos formas diferentes. La primera (y más beneficiosa para los contratistas) como contratos que no se encuentren extinguidos, por no haber concluido el periodo de garantía y ser aprobada la liquidación. La segunda, como contratos con obra pendiente de ejecución en la fecha indicada.

Segundo; es muy importante tener en cuenta que el RD-ley establece **dos formas diferentes de aplicar la fórmula polinómica de revisión que corresponda al contrato**. Una primera, con la única finalidad de establecer el umbral de entrada para tener derecho a la “revisión extraordinaria” prevista en el mismo (en donde sólo se tienen en cuenta los sumandos de la fórmula correspondientes a determinados materiales). Y, una segunda, cuya finalidad consiste en determinar la cuantía de la compensación por “revisión extraordinaria” a la que puede tener derecho el contratista (que no coincide con la anterior, según se verá).

Tercero; se fija un “**umbral de entrada**” para acceder a las medidas previstas. Un umbral que puede resultar demasiado exigente, ya que el legislador utiliza para ello la fórmula polinómica que corresponda a cada contrato, pero teniendo en cuenta, tan solo, determinados elementos de la misma. En consecuencia, los contratos con fórmulas polinómicas de revisión en donde estos elementos resulten poco significativos tendrán mucha dificultad para superar el umbral previsto por el RDL.

Cuarto; en el caso de superar el umbral de entrada, se utiliza también la fórmula polinómica correspondiente al contrato, pero de forma diferente a la establecida para calcular el umbral. Aquí solo se suprime el sumando correspondiente a la energía (que pasa a ser fijo), y el índice sub cero se computa, también, de forma diferente. En términos generales, cabe decir que la compensación prevista se queda muy corta en relación con los mayores costes que realmente ha tenido que soportar el contratista, especialmente para contratos formalizados durante el año 2021.

Quinto; como contraprestación de la compensación prevista, el contratista queda sometido a una serie de limitaciones que pueden hacer desaconsejable acogerse al RD-ley (aún cuando se tenga derecho a ello), teniendo muy en cuenta: i) que puede imponérsele un nuevo Programa de trabajos cuyo incumplimiento conlleva sanciones muy severas, ii) que debe repercutir en los subcontratistas la compensación, y iii) que una vez que el contratista ha optado por esta compensación en vía administrativa, no podrá solicitar otra clase de compensación en vía judicial (y si ya la ha solicitado, deberá desistir de la misma). Por aplicación extensiva del principio general de que no puede sancionarse dos veces por la misma causa (non bis in ídem) debe interpretarse que el régimen de penalidades que regula el Art. 10.4 del RDL es sustitutivo y no adicional al que pudiera haberse pactado en el contrato.

Sexto; cabe entender que esta disposición no deroga el régimen especial de compensación previsto en las CCAA de Galicia y Extremadura (para los contratos que puedan acogerse a dicho régimen), dado que el sistema de compensación previsto en el RD-ley no es obligatorio. A mayor abundamiento, la Disposición derogatoria única del RD-ley solo menciona el *“apartado Uno de la Disposición final tercera de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto-ley”*¹. Y es que las medidas excepcionales adoptadas por las CCAA de Galicia y Extremadura también son de acogimiento voluntario por los

¹ En el Preámbulo del RDL-ley se dice lo siguiente al respecto: *“La revisión excepcional de los precios de los contratos del sector público que se recoge en esta norma, resulta de aplicación incluso en aquellos supuestos en que no procediese conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, bien por no haberse pactado en el contrato, bien por no haber transcurrido el periodo mínimo establecido en la ley o no haberse ejecutado la parte de la obra necesaria para la aplicación de la revisión. Su aplicación podrá alcanzar al ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales existentes en su territorio mediante una decisión individualizada del órgano competente de cada Comunidad Autónoma”*.

contratistas (como las que implanta el RD-ley), motivo por el cual, a mi juicio, no puede haber colisión normativa entre estos dos grupos de normas.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta importante destacar, también, el hecho de que **el acogimiento al régimen previsto en el RD-ley no supone, en absoluto, que los contratistas no puedan solicitar otro tipo de compensaciones** (mucho más cercanas a la realidad). Y ello por cuanto que en el Preámbulo del propio RD-ley se reconoce la existencia de una situación de “*riesgo imprevisible*” en su Apartado IV, al indicar lo siguiente:

*“Por otro lado, y en lo que se refiere a las medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, tal y como se ha señalado, se cumplen también los presupuestos habilitantes que la citada jurisprudencia viene exigiendo. Las **EXCEPCIONALES CIRCUNSTANCIAS SOCIALES Y ECONÓMICAS** que ha producido la pandemia desencadenada por el virus SARS-CoV-2 **HAN REPERCUTIDO DE UNA MANERA DIRECTA E IMPREVISIBLE EN LA EJECUCIÓN DE DETERMINADOS CONTRATOS PÚBLICOS**, sobre todo los de obras, debido al alza extraordinaria e inesperada del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas obras”.*

Dicha circunstancia extraordinaria, excepcional e imprevisible ha generado que la ejecución de un número significativo de contratos públicos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente y de forma imprevista 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 PUEDE SER INCLUIDO EN EL RIESGO Y VENTURA QUE EL CONTRATISTA HA DE SOPORTAR EN TODO CONTRATO PÚBLICO.**

Esta circunstancia extraordinaria genera una situación económica que resulta urgente atender, ya que en caso contrario las consecuencias económicas y sociales serían mucho más graves. Lo que requiere adopción de medidas normativas inmediatas que permitan paliar de forma urgente esta situación económica inesperada que la pandemia ha originado.

Son precisamente las notas de la **imprevisibilidad** y la “**enormidad**” y “**excepcionalidad**” del daño, las premisas sobre las que se fundamenta toda la teoría del “riesgo imprevisible” (desplazando al “*riesgo y ventura*”) como se pone de manifiesto, entre otras muchas, en la **STS de 27 de octubre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Recurso 763/2007)**, en donde se dice lo siguiente:

«no se puede desconocer, que la indicada doctrina del “riesgo imprevisible razonable”, se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada “relevancia y significación” en el contexto total de la

contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique» y que «[...] Respecto a la trascendencia e incidencia del incremento de los costes de estos productos en el equilibrio económico del contrato, la Sala comparte la tesis del Consejo de Estado atendiendo a una valoración conjunta de la economía contrato”. En nuestra Sentencia de 18 de abril de 2008 [...] pusimos de manifiesto que “[...] la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse [...]”. Por otro lado, tal y como expusimos en nuestra Sentencia de 25 de abril de 2008 [...] “Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación.” Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 C. Civil (LEG 1889, 27)) y de buena fe (art. 7.1 C. Civil) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública [...]. Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo [...]. En el momento actual, no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, al cifrarlo en el 2,5 % del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas.»

Por consiguiente, son dos los requisitos que se exigen al “*riesgo imprevisible*” para que pueda ser apreciado como tal: i) en primer lugar, la imprevisión (tanto para la Entidad contratante como para el contratista), y ii) en segundo término, lo que podría ser denominado como la “enormidad”, con lo que se alude a traspasar los “límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación” (en palabras de la sentencia trascrita). Terminología, en todo caso, vinculada a la expresión francesa del “*bouleversement*” (o vuelco) en la economía del contrato, que es como se denomina a esto último en los contratos concesionales y que carece de límites precisos, ya que, como afirma una muy numerosa jurisprudencia, ha de ser analizado caso por caso. En este sentido, cabe citar la STS de 27 octubre 2009 (RJ\2010\1207) en donde se dice lo que sigue:

“Sin embargo la Ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor, al constituir éstos, según destaca la STS de

15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3194) , factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación.”

Continúa la sentencia diciendo que debe probarse la “*situación “desproporcionadamente lesiva”* para el contratista con el fin de que se pueda aplicar la teoría del riesgo imprevisible y que “[d]ebe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.” O sea, **un concepto jurídico indeterminado**, porque la relevancia o importancia del incremento de precios debe hacerse a la vista de cada contrato y caso concreto, sin que resulte admisible establecer criterios fijos válidos para todos los supuestos. Pero si es el propio legislador -como sucede en el presente caso- quien admite que se dan los presupuestos para apreciar la existencia de un “*riesgo imprevisible*”, como así se hace en el **Preámbulo del RD-ley**, las consecuencias de este concepto deben ser aplicadas (esto es, el resarcimiento de los perjuicios causados al contratista).

Finalmente, debe ser destacado que el RD-ley entró en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (esto es, el 2 de marzo de 2022), pero a esta fecha aún no se conocían, y siguen sin conocerse, los índices de precios del **INEM para todo el año 2021**, lo cual “*casa mal*” con la urgencia predicable de toda medida tomada mediante RD-ley.

2. SUPUESTOS A LOS QUE SE APLICA

La compensación contemplada en el RD-ley es aplicable a toda clase de contratos del sector público, con independencia de la naturaleza (administrativa o privada) de los mismos. Esto es lo que se deduce del texto del art. 6 del RDL-ley que se reproduce seguidamente.

Artículo 6. Casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras.

1. Excepcionalmente, en los contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal QUE SE ENCUENTREN EN EJECUCIÓN a la entrada en vigor de este real decreto-ley, se reconocerá al contratista la posibilidad de una revisión excepcional de precios siempre que concurra la circunstancia establecida en este real decreto-ley.

Dicha revisión excepcional se reconocerá con independencia del régimen jurídico que por razón temporal o de la materia se aplique al contrato.

Esta previsión será también aplicable a los contratos privados de obras a que alude el artículo 26 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.

2. La posibilidad de revisión excepcional de precios a la que alude este real decreto-ley será igualmente aplicable, en las mismas condiciones establecidas en este real decreto-ley, a los contratos públicos de obras que se sometan 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.

3. Lo dispuesto en este Título también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden.

El primer comentario al respecto consiste en tener en cuenta que los contratos sometidos al Derecho privado tienen muy complicado obtener una compensación por otra vía, dada la absoluta ineficacia de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, frente al principio de “*riesgo y ventura*” del contratista. Para esta clase de contratos, la institución del “*riesgo imprevisible*” difícilmente puede ser alegada con éxito, debido a lo cual puede resultar recomendable acogerse al sistema de compensación previsto en el RD-ley (siempre que se cumplan los requisitos para acceder a la misma, de lo que se tratará en el siguiente apartado). No obstante, **el solo hecho de que el propio RD-ley establezca una igualdad de trato para ambos tipos de contratos puede ser una puerta abierta para la utilización del “*riesgo imprevisible*” en contratos privados que tengan por objeto una obra pública**. Y ello, porque ha sido el propio legislador el que ha equiparado estos contratos a los públicos en el mismo RD-ley.

El segundo comentario, tiene que ver con el hecho de que se exija que los contratos a los que se puede aplicar la revisión excepcional **han de encontrarse “*en ejecución*” a la fecha de entrada en vigor del RDL**. Y a este respecto cabe preguntarse si solamente pueden acogerse los contratos cuyas obras no hayan sido ya recepcionadas previamente por la Administración o si puede considerarse que el

contrato está en ejecución hasta que no haya sido aprobada su liquidación, dado que, hasta ese momento, siguen existiendo derechos y obligaciones por ambas partes. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el precepto no habla de “*obras en ejecución*” sino de “*contratos en ejecución*”, lo cual permitiría sostener la posibilidad de aplicar el RD-ley a todos los contratos que no hayan sido objeto de liquidación, pero siempre que hayan ejecutado obra durante el año 2021. Adviértase, además, que **el riesgo de que la Administración no lo entienda así solo significará que el contrato no puede acogerse al RD-ley, pero en modo alguno que no tenga derecho a una compensación por “riesgo imprevisible”.**

3. UMBRAL PARA DETERMINAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES

Aquí comienzan a ponerse de manifiesto las dificultades de acceder a las compensaciones previstas. El texto del artículo 7 del RDL es el siguiente:

Artículo 7. Reconocimiento de la revisión excepcional de precios.

1. La revisión excepcional de precios se reconocerá cuando el incremento del coste de los materiales empleados para la obra adjudicada haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021.

A estos efectos se considerará que existe tal impacto cuando el incremento del coste de **MATERIALES SIDERÚRGICOS, MATERIALES BITUMINOSOS, ALUMINIO O COBRE**, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el ejercicio 2021 su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, **EXCEDA DEL 5 POR CIENTO DEL IMPORTE CERTIFICADO DEL CONTRATO EN EL EJERCICIO 2021**. El cálculo de dicho incremento se efectuará suprimiendo de la fórmula aplicable al contrato los términos que representan los elementos de coste distintos de los antes citados, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor de los coeficientes de los términos suprimidos, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad.

2. **LA CUANTÍA DE LA REVISIÓN EXCEPCIONAL A LA QUE SE REFIERE ESTE ARTÍCULO NO PODRÁ SER SUPERIOR AL 20 POR CIENTO DEL PRECIO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO**. Dicha cuantía no se tomará en consideración a los efectos del límite del 50 por ciento previsto en el artículo 205.2. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en el artículo 111.2 del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero; ni a los efectos de otros límites sobre modificaciones previstos en la normativa anterior que fuese de aplicación al contrato.

En consecuencia, son varios, y muy importantes, los requisitos que deben cumplirse para tener derecho a las medidas compensatorias contempladas en el RDL.

Primero; solo se deben tener en cuenta los incrementos “*oficiales*” de precios en los siguientes componentes de las fórmulas de revisión: MATERIALES SIDERÚRGICOS, MATERIALES BITUMINOSOS, ALUMINIO o COBRE. El resto de los componentes debe permanecer inalterable, de tal modo que, al ser idéntico en numerador y el denominador, funcionan como un componente fijo, lo cual incrementa la dificultad para pasar el umbral (**no el importe de la compensación**, que es objeto del artículo siguiente).

Segundo; el resultado de la aplicación de la fórmula polinómica en la forma indicada al importe de las obras realizadas durante 2021 debe ser **superior al 5% de la suma de lo realmente facturado en dicho período**, desconociéndose el motivo por el cual es éste, y no otro, el umbral para poder tener derecho a una compensación. No obstante, se hace constar que en Anteproyecto del que se tenía conocimiento, este porcentaje era del 8%, con lo cual se ha avanzado bastante en este punto al rebajarlo al 5% (por debajo del 6% que se exige en las compensaciones acordadas por las CCAA de Galicia y Extremadura, aunque, en conjunto, estas últimas siguen siendo más interesantes, a mi juicio).

Tercero; el precepto **no indica la fecha que ha de tomarse como punto de partida para determinar los coeficientes sub cero** (a diferencia de lo que se hace en el artículo siguiente relativo a la cuantía de la compensación). Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la compensación asume la forma de revisión excepcional de los precios, entendemos que deberá aplicarse de forma supletoria lo establecido en el artículo 103.4 de la LCSP, que fija el momento inicial en 3 meses a contar de la fecha de presentación de ofertas si la formalización del contrato es posterior. **Interpretación que, a nuestro juicio, resulta jurídicamente sostenible, puesto que el propio RDL califica la compensación prevista en el mismo como “revisión excepcional de precios”.**

Cuarto; suponiendo que se cumplan los requisitos anteriores, el precepto dice que el importe resultante no podrá exceder del 20% del precio inicial del contrato (lo cual resulta completamente arbitrario y absurdo). No se entiende bien el sentido de este límite cuando lo único que debe apreciarse es si se llega, o no, al umbral fijado, ya que la cuantificación de la compensación se regula en el artículo siguiente (que es donde debería haberse hecho mención a este límite). **Un claro error del legislador, del que podría sacarse provecho**, aunque, si no es admitido así por el Órgano de contratación, de poco servirá, dado que la mayor ventaja del sistema previsto en el RD-ley consiste en la posibilidad de que la solicitud de compensación sea admitida en vía administrativa. Si resultase necesario acudir a

la vía judicial, sería más recomendable solicitar una compensación más amplia (por ejemplo, aplicando la fórmula polinómica sin restricción alguna en los componentes de la misma).

Quinto; debido a los condicionamientos anteriores, el umbral solo resultará accesible para los contratos a los que resulte aplicable una fórmula de revisión que contenga estos cuatro elementos de forma significativa. Y es que, el resto de los elementos (o sumandos) de las fórmulas se mantiene inalterable, lo que equivale a incrementar el sumando fijo de las mismas, **lo cual hace más estrecho el umbral para tener derecho a la “revisión extraordinaria” prevista en el RD-ley.**

A título de mero ejemplo (y únicamente respecto a las fórmulas relativas a OBRAS DE CARRETERAS y FERROVIARIAS del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre), entendemos que difícilmente podrían pasar este “*umbral*” los siguientes tipos de obras, debido al escaso peso de los cuatro elementos indicados en sus correspondientes fórmulas polinómicas, reproduciendo, seguidamente, el significado de cada símbolo (y destacando en amarillo, los que deben ser tenidos en cuenta):

Símbolo	Material
A	Aluminio
B	Materiales bituminosos
C	Cemento
E	Energía
F	Focos y luminarias
L	Materiales cerámicos
M	Madera
O	Plantas
P	Productos plásticos
Q	Productos químicos
R	Áridos y rocas
S	Materiales siderúrgicos
T	Materiales electrónicos
U	Cobre
V	Vidrio
X	Materiales explosivos

En OBRAS DE CARRETERAS:

FÓRMULA 161. Señalización horizontal de carreteras.

$$Kt = 0,14Et / E0 + 0,33Qt / Q0 + 0,01St / S0 + 0,08Vt / V0 + 0,44$$

En OBRAS FERROVIARIAS:

FÓRMULA 242. Plataformas ferroviarias con preponderancia de estructuras de hormigón armado.

$$Kt = 0,01Bt / B0 + 0,09Ct / C0 + 0,1Et / E0 + 0,01Mt / M0 + 0,02Pt / P0 + 0,05Rt / R0 + 0,3St / S0 + 0,42$$

Esta limitación no se justifica, en modo alguno, ni en el texto ni en el Preámbulo del RD-ley ¿Por qué motivo solamente estos elementos y no otros? Aunque dicho sea, con toda claridad, quizás sea mejor es encontrarse en la situación de no poder pasar el “umbra” que en la de ceder a la tentación y pasarlo, por los motivos que se expondrán seguidamente. Especialmente, teniendo en cuenta que el propio RD-ley reconoce la existencia de “riesgo imprevisible”, conforme ya ha sido expuesto, lo cual facilitará la exigencia de compensación por una vía diferente a la establecida por el RD-ley.

4. IMPORTE DE LA COMPENSACIÓN

Suponiendo que un determinado contrato pueda cumplir las condiciones del “umbra” antes indicado, no debe confundirse esa forma de aplicar la correspondiente fórmula de revisión con la que correspondería para determinar el importe de la compensación. **Tanto la fecha para computar el índice sub cero, como, los sumandos que deben permanecer fijos ya no son los del artículo anterior sino otros diferentes.** A la determinación de ese importe se refiere el artículo 8 del RD-ley en los siguientes términos:

Artículo 8. Criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios.

La cuantía resultante de la revisión excepcional se calculará de la siguiente manera:

- a) Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de obras establezca una fórmula de revisión de precios, dicha cuantía será el incremento que resulte de la aplicación de dicha fórmula modificada **SUPRIMIENDO EL TÉRMINO QUE REPRESENTA EL ELEMENTO DE COSTE CORRESPONDIENTE A ENERGÍA, E INCREMENTANDO EL TÉRMINO FIJO**, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad, a las certificaciones de lo ejecutado durante el periodo desde el 1 de enero de **2021 HASTA EL MOMENTO EN EL QUE**, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del

artículo 103 de la Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, **PUEDA SER EFECTIVA LA REVISIÓN PREVISTA EN LA CLÁUSULA**. Transcurrido este periodo, el contrato se regirá por lo establecido en el pliego.

b) Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no establezca la fórmula de revisión de precios, **DICHA CUANTÍA SE DETERMINARÁ COMO LA DIFERENCIA ENTRE EL IMPORTE CERTIFICADO POR LA EJECUCIÓN DE LA OBRA CADA AÑO DESDE 1 DE ENERO DE 2021 HASTA LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO Y EL QUE SE HABRÍA CERTIFICADO SI DICHA EJECUCIÓN HUBIERA TENIDO DERECHO A REVISIÓN DE PRECIOS**, aplicando la fórmula que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad. Esta regla se aplicará, aunque todavía no se hubiera ejecutado el 20 por ciento del importe del contrato o no hubiesen transcurrido dos años desde su formalización.

En ambos casos, **LA FECHA A CONSIDERAR COMO REFERENCIA PARA LOS ÍNDICES DE PRECIOS REPRESENTADOS CON SUBÍNDICE 0 EN LAS FÓRMULAS DE REVISIÓN SERÁ LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO, SALVO QUE ÉSTA SEA ANTERIOR AL 1 DE ENERO 2021, EN CUYO CASO SE TOMARÁ COMO REFERENCIA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2020.**

Es decir, que se debe volver nuevamente a la fórmula de revisión que corresponda a cada contrato, **pero ahora, prescindiendo, únicamente, del término que represente el elemento de coste correspondiente a la energía** (pero no los anteriormente mencionados), de tal forma que el coeficiente asignado a la misma pasa a ser un coeficiente fijo (al coincidir numerador y denominador) engrosando el correspondiente sumando fijo de la fórmula. Además, el subíndice cero, será el correspondiente al **mes de enero de 2021** (con lo cual se pierden los incrementos anteriores a esta fecha), **salvo que el contrato haya sido formalizado antes del 1 de enero de 2021**. En este último caso, el subíndice cero, será el correspondiente al mes de diciembre de 2020, lo cual permitirá tener en cuenta todo el incremento de precios durante el año 2021.

Se advierte que en la versión conocida del Anteproyecto de este RD-ley se preveía un límite de la compensación hasta el 20% del precio primitivo del contrato, lo cual ha desaparecido ahora o, mejor dicho, **ha sido trasladado (de forma incomprensible) al artículo anterior** (que trata del “*umbral*” para tener derecho a la compensación extraordinaria), tal y como ya ha sido puesto de manifiesto.

El precepto establece, de hecho, dos sistemas diferentes para el cálculo de la compensación máxima a solicitar, dependiendo de que se trate de contratos que tengan reconocida la revisión de precios o de contratos que no la tengan reconocida.

Así, en los **contratos que tengan reconocida la revisión de precios** -apartado a) del precepto- la cuantía de la compensación viene determinada por el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 hasta el momento en el que (de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 103 de la LCSP de 2017), pueda ser efectiva la revisión prevista en la correspondiente cláusula del PCAP. Es decir, que hayan transcurrido los umbrales del 20% del contrato ejecutado y dos años desde el inicio de las obras.

Y en los **contratos que tengan reconocida la revisión de precios** -apartado b) del precepto- la cuantía de la compensación viene determinada por la diferencia entre el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde 1 de enero de 2021 hasta la conclusión del contrato y el que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios.

Cabe entender que el legislador realiza esta diferenciación con la finalidad de equiparar ambas situaciones, pero entendemos que, en la práctica, **puedan dar lugar a resultados distintos. Y ello porque en los contratos de duración no superior a los dos años** (sin derecho a la revisión de precios, por tanto) en los que la finalización del mismo tenga lugar transcurridos esos dos años, **la compensación abarcará todo el importe de la obra pendiente desde el 1 de enero de 2021**. De esta forma, el sistema excepcional del RD-ley podría ser aplicable a todo el importe de la obra pendiente de ejecutar hasta su finalización. Y si a esto se añaden posibles “*alargamientos*” del plazo del contrato, la compensación excepcional del RD-ley se “*alargaría*”, también, hasta la finalización de las obras. **Pero todo ello, con sujeción a las limitaciones impuestas a la fórmula polinómica de aplicación (con supresión del elemento correspondiente a la energía).**

Por su parte, en los contratos que tengan reconocida la revisión de precios, la compensación extraordinaria llegará hasta el momento en que pueda aplicarse esta revisión. Y como quiera que en la revisión ordinaria se tienen en cuenta los incrementos de precio de todos los elementos de la correspondiente fórmula polinómica, la compensación que se obtenga por esta vía resultará superior a la extraordinaria. **O, dicho de otro modo, estos contratos se encontrarán en mejor situación que los que no tienen reconocida la revisión de precios.**

Tema, no obstante, para la polémica y para ser tratado caso por caso, ya que las situaciones de hecho que pueden presentarse son muy heterogéneas.

Por otra parte, debe tenerse muy presente que la compensación puede no resultar interesante en todos aquellos contratos en donde el componente de la energía (considerando, además, el sumando fijo) sea muy elevado, como sucede, por ejemplo, con los siguientes tipos de contratos:

En OBRAS DE CARRETERAS

FÓRMULA 141. Construcción de carreteras con firmes de mezclas bituminosas.

$$Kt = 0,01At/A0 + 0,05Bt/B0 + 0,09Ct/C0 + 0,11Et/E0 + 0,01Mt/M0 + 0,01Ot/O0 + 0,02Pt/P0 + 0,01Qt/Q0 + 0,12Rt/R0 + 0,17St/S0 + 0,01Ut/U0 + 0,39$$

Ya que el componente fijo quedaría en la siguiente forma: $0,11 + 0,39 = 0,50$

FÓRMULA 151. Rehabilitación de firmes con mezclas bituminosas con preponderancia, media de materiales bituminosos (sin incluir barreras y señalización).

$$Kt = 0,33Bt/B0 + 0,05Ct/C0 + 0,14Et/E0 + 0,01Ft/F0 + 0,01Pt/P0 + 0,01Qt/Q0 + 0,15Rt/R0 + 0,01St/S0 + 0,29$$

Ya que el componente fijo quedaría en la siguiente forma: $0,14 + 0,29 = 0,43$

FÓRMULA 161. Señalización horizontal de carreteras.

$$Kt = 0,14Et/E0 + 0,33Qt/Q0 + 0,01St/S0 + 0,08Vt/V0 + 0,44$$

Ya que el componente fijo quedaría en la siguiente forma: $0,14 + 0,44 = 0,59$

FÓRMULA 181. Túneles ejecutados con tuneladora.

$$Kt = 0,01Bt/B0 + 0,08Ct/C0 + 0,16Et/E0 + 0,02Pt/P0 + 0,02Qt/Q0 + 0,07Rt/R0 + 0,12St/S0 + 0,02Tt/T0 + 0,01Ut/U0 + 0,49$$

Ya que el componente fijo quedaría en la siguiente forma: $0,16 + 0,49 = 0,65$

En OBRAS FERROVIARIAS

FÓRMULA 231. Montaje de vía sobre balasto sin aportación de materiales por el contratista.

$$Kt = 0,02Bt/B0 + 0,01Ct/C0 + 0,2Et/E0 + 0,04Rt/R0 + 0,04St/S0 + 0,69$$

Ya que el componente fijo quedaría en la siguiente forma: $0,2 + 0,69 = 0,89$

FÓRMULA 245. Plataformas ferroviarias sin elementos singulares.

$$Kt = 0,01Bt/B0 + 0,11Ct/C0 + 0,15Et/E0 + 0,01Mt/M0 + 0,02Pt/P0 + 0,22Rt/R0 + 0,13St/S0 + 0,01Xt/X0 + 0,34$$

Ya que el componente fijo quedaría en la siguiente forma: $0,15 + 0,34 = 0,49$

Todo ello sin contar con que: i) deben ser utilizados los índices oficiales de precios (que siempre están por debajo de la realidad), y ii) que el índice sub cero se coloca

en enero de 2021. Con todo ello, se pone claramente de manifiesto que el legislador está aplicando como compensación por “*riesgo imprevisible*”, una revisión de precios “*capada*”, al mantener (e incrementar), en todos los casos el sumando fijo en las fórmulas de revisión que resulten aplicables.

5. PROCEDIMIENTO A SEGUIR

Respecto de este punto, tan solo interesa destacar, de momento, el plazo para la presentación de la solicitud de compensación (dos meses desde la entrada en vigor del RD-ley o desde la publicación de los índices oficiales de precios). Y resulta especialmente interesante, el hecho de que se haga mención a los “*datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística*” (INE) y no a los que se publiquen a efectos de la revisión de precios (dada la demora en su publicación). El texto del artículo 9 del RD-ley es el siguiente:

Artículo 9. Procedimiento para la revisión excepcional de precios.

1. La revisión excepcional de precios se aprobará, en su caso, por el órgano de contratación previa solicitud del contratista, que **deberá presentarla en el plazo de dos meses a contar bien desde la entrada en vigor de este real decreto-ley o bien desde la publicación de los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes, relativos al último trimestre del año 2021, si dicha publicación fuera posterior.**

2. La solicitud irá acompañada de la documentación necesaria para acreditar la concurrencia de la circunstancia de excepcionalidad establecida en este real decreto-ley.

El órgano de contratación deberá apreciar el cumplimiento de la mencionada circunstancia. Para ello, y siempre que sea posible, **EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN UTILIZARÁ DATOS PROCEDENTES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.** En caso de no aportarse debidamente la citada documentación el órgano de contratación concederá un plazo improrrogable de siete días hábiles para subsanar tal defecto. En caso de que en dicho plazo no se subsanase la deficiencia, denegará la solicitud.

3. Una vez recibida la documentación, el órgano de contratación dictará una propuesta provisional indicando en ella si procede reconocer la revisión excepcional de precios y, de ser así, la fórmula aplicable al contrato. De esta propuesta se dará traslado al contratista por un plazo de 10 días hábiles para que presente sus alegaciones.

Transcurrido el citado plazo, el órgano de contratación **resolverá motivadamente lo que proceda en el plazo de un mes** a contar desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo para su presentación. La concesión de la revisión excepcional de precios no requerirá el reajuste de la garantía definitiva.

La finalización del plazo máximo para resolver sin haber tenido resolución expresa, faculta al solicitante para entender desestimada su solicitud por silencio administrativo.

Aparte de la utilización de los índices de precios del INE, cabe destacar la doble posibilidad que se le ofrece al contratista para presentar la solicitud correspondiente. O bien espera a la publicación de los citados índices para todo el año de 2021 (aún no han sido publicados todos), o bien presenta la solicitud sin esperar a dicha publicación, lo cual puede resultar una alternativa interesante. Y ello por cuanto si le resulta conveniente acudir a la compensación extraordinaria del RD-ley **puede anticipar su reclamación/solicitud, dejando para un momento posterior (cuando se publiquen o aprueben los índices oficiales del INE), completarla con los correspondientes datos.** Posibilidad, realmente, interesante, cuya justificación y desarrollo no puedo realizar ahora, por lo que dejaré, simplemente, apuntado el tema.

6. PAGO DE LA COMPENSACIÓN

Aquí es en donde quedan patentes los riesgos para quienes soliciten la compensación extraordinaria del RD-ley, teniendo ya en cuenta que no se conseguirá una compensación *“integral”* del perjuicio sufrido por el incremento de precios desde enero de 2021. **En el mejor de los casos, se obtendrá una *“compensación parcial”* de tales perjuicios,** debido a las dos circunstancias que ya han sido expuestas: i) aplicación de índices oficiales (siempre inferiores a los precios reales) y ii) aplicación de un alto sumando fijo en la correspondiente fórmula polinómica (por encima del ya establecido en la misma).

Pero es que, además, el contratista puede verse metido en una especie de *“callejón sin salida”*, habida cuenta de que el Órgano de contratación puede imponerle un nuevo Programa de Trabajo con severas penalizaciones en caso de incumplimiento del mismo (y aquí se aprecia el *“componente político”* de la norma, porque pretende evitar retrasos en los contratos en vigor). El texto del precepto es el siguiente:

Artículo 10. Pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios.

1. El pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios quedará condicionado, en caso de que el contratista hubiera interpuesto cualesquiera reclamaciones o recursos en vía administrativa o ejercitado cualquier tipo de acción judicial por causa del incremento del coste de los materiales en ese contrato, a **que acredite fehacientemente que ha desistido de aquéllos.**
2. La cuantía resultante de esta revisión excepcional se aplicará en la certificación final de la obra como partida adicional con pleno respeto a la legislación

presupuestaria. El órgano de contratación estará facultado, siempre que cumpla con los requisitos exigidos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra.

El importe se corregirá, en su caso, al alza o a la baja, en la liquidación del contrato, con los índices oficiales definitivos correspondientes al período en que se haya aplicado la revisión.

3. El contratista que perciba la cuantía resultante de esta revisión excepcional **deberá repercutir al subcontratista la parte de la misma que corresponda a la porción de la obra subcontratada**. El subcontratista tendrá acción contra el contratista para reclamarle dicha parte. Los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

4. En los casos en que se haya reconocido al contratista el derecho a la revisión excepcional de precios, el **órgano de contratación, previa audiencia del contratista deberá aprobar un nuevo programa de trabajo adaptado a las circunstancias actuales de la obra**. El contratista estará obligado a cumplir el citado programa.

El incumplimiento del programa de trabajo por causa imputable al contratista, una vez percibida la cuantía resultante de la revisión excepcional en todo o en parte, producirá los siguientes efectos:

a) Si el retraso fuera superior a un mes, el órgano de contratación **podrá imponer al contratista multas coercitivas** cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones siempre que hubiera sido requerido previamente y no las hubiera cumplido en el plazo fijado. El importe diario de la multa será proporcional al daño causado al interés público, con un límite máximo de 10.000 euros al día.

b) Si el retraso fuera superior a dos meses, el órgano de contratación podrá imponer además al contratista una penalidad del diez por ciento del precio de adjudicación del contrato.

c) **Si el retraso fuera superior a tres meses, sin perjuicio de las multas y penalidades ya impuestas, el contratista perderá el derecho a la revisión excepcional de precios y estará obligado a devolver todas las cantidades que en tal concepto hubiera recibido**. En este caso, el órgano de contratación podrá, previa audiencia al contratista, declarar resuelto el contrato por culpa del contratista a los efectos previstos en el artículo 71.2 c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

5. Los acuerdos que se adopten en aplicación de lo previsto en este artículo serán inmediatamente ejecutivos. Todas las deudas que de ellos deriven podrán hacerse efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos. Cuando la garantía no sea bastante para cubrir estas responsabilidades, se procederá al cobro

de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación aplicables.

Son varios, en consecuencia, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta si los contratistas solicitan este tipo de compensación. **En primer lugar**, la necesidad de desistir, expresamente, de cualquier otra reclamación que pudiese haber presentado (y, por supuesto, que tenga intención de presentar, puesto que sería incompatible con la prevista en el RD-ley). Este aspecto es muy importante, por cuanto **la renuncia no se impone hasta este momento**, lo cual permitirá “jugar” con esta circunstancia para poder “salir” del sistema del RD-ley en el último momento si así interesa al contratista. Para ello, el contratista puede utilizar dos vías diferentes consistentes en: i) solicitar simultáneamente una compensación más amplia (como pueda ser la resultante de aplicar íntegramente la correspondiente fórmula de revisión) y en escrito posterior, la compensación prevista en el RD-ley, o ii) realizar esta doble petición en el mismo escrito, señalando como subsidiario, el sistema previsto en el RD-ley. En cualquiera de estos casos, siempre podrá dejar para el último momento (el de recibir el pago de la compensación) la decisión de optar por un sistema o el otro. De este modo, y si decide optar por una compensación más amplia, podrá acudir a la vía judicial sin incurrir en “desviación procesal”.

En segundo término, la necesidad de repercutir en los subcontratistas la parte de la compensación correspondiente a los trabajos realizados por ellos. No se indica la forma en que debe realizarse esta repercusión, pero se otorga a los subcontratistas el derecho a reclamar contra el contratista principal, lo que puede ser una fuente de conflictos de consecuencias no previsibles (debido, entre otras cuestiones, a la existencia de “subcontratistas en cadena”). Además ¿bajo qué condiciones pueden reclamar los subcontratistas? Lo más lógico sería atender solamente a las reclamaciones pasen por los mismos umbrales y limitaciones impuestas al contratista por RDL, como si se tratase de un sistema “back to back”, ya que, de otro modo, se entraría en un “enriquecimiento injusto” muy claro.

Y, en tercer lugar, el reconocimiento de la facultad del Órgano de contratación para imponer un nuevo Programa de Trabajos, con la correspondiente posibilidad de imponer penalizaciones muy severas que pueden llegar hasta la devolución de la propia compensación. No obstante, por aplicación extensiva del principio general de que no puede sancionarse dos veces por la misma causa (non bis in ídem), debe interpretarse que el régimen de penalidades que regula el Art. 10.4 del RDL es sustitutivo y no adicional al que pudiera haberse pactado en el contrato.

Es decir, todo un cúmulo de imposiciones a quien solicite esta compensación, que deben ser debidamente sopesadas por los contratistas a la hora de tomar la decisión de acogerse a la compensación prevista en el RD-Ley que ahora se comenta. La ventaja más obvia de esta compensación consiste en la posibilidad de obtenerla sin necesidad de acudir a la vía judicial (especialmente lenta e incierta en estos momentos), lo cual es un factor muy importante que debe ser tenido en cuenta por los contratistas.

7. CONCLUSIONES

Entiendo que, con lo expuesto en los apartados anteriores (especialmente, en el último de ellos), no puede decirse con rotundidad si el sistema de compensación previsto en el RD-Ley es aconsejable, o no, para los contratistas. Existen todo un cúmulo de circunstancias a sopesar, por lo que se tratará de una decisión a tomar caso por caso. **En el lado favorable** se encuentra, muy especialmente, la circunstancia de que la compensación podrá ser concedida en vía administrativa sin necesidad de acudir a la vía judicial (siempre que se cumpla con el “*umbral de entrada*” que se impone en el artículo 7 del RD-Ley en los términos ya expuestos). **Y en el lado desfavorable**, el hecho de que el importe de la compensación es bastante limitado (artículo 8 del RD-Ley), a lo que deben añadirse las consecuencias previstas en el artículo 10 del RD-Ley (renuncia de otras acciones, repercusión en los subcontratistas e imposición de severas penalidades).

De ahí que lo mejor que puedo decir de esta iniciativa legislativa es que, al menos, deja abierta la puerta para solicitar una compensación significativa mediante otros sistemas (basados, esencialmente, en los modelos implantados en Galicia y Extremadura). Porque, a menos que tengan la posibilidad de aplicar directamente los citados modelos, o sistemas similares, los contratistas deberán hacer frente a un largo camino judicial para ver satisfechos sus legítimos derechos, dado que el incremento de precios desde 2021 cumple claramente los requisitos doctrinal y jurisprudencialmente exigibles para los supuestos de “*riesgo imprevisible*”. **Y ello, tanto en los contratos administrativos como en los contratos privados para la ejecución de una “obra pública”, porque tal equiparación ya se encuentra en el propio RD-Ley.**²

² Esto supondría sustituir la clásica cláusula “rebus” (difícilmente apreciable por los Tribunales) por el “riesgo imprevisible que tiene muchas más posibilidades de prosperar, aunque, obvio es decirlo, tal sustitución no será sencilla de plantear para que resulte admitida.

No obstante, debe siempre tenerse en cuenta que quien se acoja al sistema de “revisión excepcional” del RD-ley, tendrá la ventaja de poder acceder a una compensación en vía administrativa (cosa que difícilmente conseguirá si reclama otro sistema de compensación por “riesgo imprevisible”). Además, en el caso de que, por cualquier motivo, el Órgano de contratación le deniegue la “revisión excepcional” del RD-ley, difícilmente podrá alterar su petición en vía judicial (reclamando otro tipo de compensación), por la posible existencia de “desviación procesal”, lo que debe ser tenido muy en cuenta. A menos, claro está (y como ya se ha hecho constar) que: i) realice la solicitud inicial en términos muy genéricos o solicitando tanto una compensación mayor como la prevista en el RDL-ley y,ii) que, al llegar al momento del pago de la compensación, el contratista no realice ninguna renuncia y/o plantee también su derecho a la compensación, en otros términos. Algo que deberá ser analizado en cada caso concreto.

CONTACTO



José Luis Villar

José Luis Villar - Socio

joseluis.villar@villaryasociados.es

919 90 02 22

La presente nota posee un carácter exclusivamente informativo y su contenido no constituye asesoramiento jurídico profesional. A tal efecto, debe recabar asesoramiento legal específico que se adapte a sus circunstancias particulares con carácter previo a tomar cualquier decisión basada en esta nota informativa y los datos que en la misma se contienen.