



Informe 5/2016, de 8 de julio de 2016, sobre modificación de fórmula o índice de revisión de precios una vez formalizado un contrato.

ANTECEDENTES

Por el Ayuntamiento de Ponteareas se dirigió a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

ANTECEDENTES DE HECHO:

El Alcalde del ayuntamiento de Ponteareas presenta escrito que dice literalmente: “El Ayuntamiento de Ponteareas (Pontevedra) gestiona de manera indirecta los “Servicios de recogida y transporte de RSU, gestión de punto limpio municipal y limpieza viaria”, según contrato formalizado el día 18-12-2006, y los pliegos de condiciones y prescripciones técnicas que se adjuntan.

- En el PPT se establece en la cláusula VI la fórmula para la revisión ordinaria de precios en los siguientes términos:
Revisión ordinaria de precios.

Dado el carácter plurianual de la prestación, se establece la siguiente fórmula de revisión de precios, con el fin de mantener el equilibrio financiero del contrato. La apertura de plicas se toma como origen, y a partir de ahí el importe del contrato será actualizado anualmente de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Pt = [(Po-A)*Kt + A]$$

$$Kt = X1 *(Ht/Ho) + X2*(Ct/Co) + X3*(Gt/Go) + X4*(Et/Eo)$$

Pt e Po = Importe año t e inicial.

A = Amortización de la inversión

Ht e Ho = Coste mano de obra inicial año t e inicial

Ct e Co = Índice de precios de consumo I.P.C. año t e inicial

Gt e Go = Índice nacional costes especiales, coste carburantes año t e inicial publicados por el INE

Et e Eo = Índice nacional de costes especiales, coste de energía año t e inicial publicado por el INE

Los coeficientes X1, X2, X3 y X4 serán definidos por las empresas licitadoras de acuerdo con la estructura de coste.

Siendo X1 + X2 + X3 + X4 = 1

Con el fin de proceder a la revisión de precios, se tomará como referencia los datos anteriormente citados según el Instituto Nacional de Estadística.

Este sistema de revisión se aplicará al contrato adjudicado así como a las posibles ampliaciones que puedan producirse durante la vigencia de éste.

De conformidad con lo previsto en el artículo 103 del R.D.L. 2/2000 la primera revisión ordinaria de precios tendrá lugar cuando transcurra un año del contrato. ”

Las revisiones ordinarias de precios correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010 se aprobaron por el Pleno de la Corporación en los términos señalados por la empresa adjudicataria, consecuencia de la incidencia económica del preacuerdo de fecha 29-02-08, y a la vista del convenio colectivo presentado con fecha de registro de entrada 24-04-08 (nº



05542). Esto es, se trasladaron a la fórmula de revisión repercusiones derivadas del incremento del coste de la mano de obra derivado del convenio colectivo de trabajo.

En tales expedientes figuraban informes de secretaría e intervención en los que se recoge que: *“Por lo que respecta a la incidencia del coste de la mano de obra en la fórmula de revisión ordinaria de precios citada, señalar que, por una parte, resulta inherente a la fórmula concesional que el concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura y, además, como se indica en la STS de 2 de diciembre de 1988 (sala sexta)”.../...en un convenio de empresa queda siempre la duda de si la firmeza negociadora del empresario no habría sido mayor de no haberse tenido cubierta la repercusión del incremento salarial en el ente público concedente por virtud de una cláusula expresa de revisión.../...”*

No obstante, no es menos cierto que el pliego y sus cláusulas, como Ley del contrato, vincula a las partes y, en el supuesto concreto objeto de este informe se prevé en el PPT una fórmula de revisión de precios en la que incide el coste de la mano de obra.

Por otra parte, como señala la STS de 2-12-1988,.../... no cabe trasladar al ente titular del servicio público los efectos de un convenio colectivo de empresa pactado por el concesionario si dicho ente público no tuvo intervención en su gestación .../...

A la vista de los antecedentes señalados en el encabezado del informe y del preacuerdo de fecha 29 de febrero de 2008, intervinieron en el citado preacuerdo el Alcalde del Ayuntamiento, la Concejala de Hacienda y el Concejal de Servicios Comunes.”

- Contratada una auditoría/asistencia técnica externa, con fecha 28 de febrero de 2013 se emite informe por la misma (del que se adjunta copia), en el que se interpreta y concluye que la determinación de la variación del coste de la mano de obra debe realizarse acudiendo a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, basándose fundamentalmente en:

- Que el PPT establece en la cláusula V.I como inciso final que *“...Con el fin de proceder a la revisión de precios, se tomará como referencia los datos anteriormente citados según el Instituto Nacional de Estadística.”*, y que con ello se hace referencia a todos los datos anteriormente citados sin distinción.

- El marco jurídico en que fueron aprobados los pliegos (el art. 104 TRLCAP prevé que *“La revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación”*) y la prohibición de interpretación en contra de las normas jurídicas o los principios estructurantes del ordenamiento.

- La imposibilidad de compensación integral de todos los perjuicios del concesionario y el principio de riesgo y ventura del concesionario.

- Teniendo en cuenta las distintas interpretaciones expuestas (informe de la auditoría/asistencia externa e informes de secretaría e intervención) se ruega a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncie sobre cómo entiende que debe articularse la revisión de precios del contrato por lo que respecta a *“Ht e Ho = Coste mano de obra inicial año t e inicial”*, esto es, si en dicha revisión hay que tener en cuenta las repercusiones derivadas del incremento del coste de la mano de obra derivado del convenio colectivo de trabajo en cuya gestación intervino el Alcalde, Concejala de Hacienda y Concejal de Servicios Comunes, o si por el contrario la determinación de la variación del coste de la mano de obra debe realizarse acudiendo a los datos publicados por el INE y sin reflejo de incrementos derivados del convenio colectivo.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- Según lo dispuesto en el artículo 2.1 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, por lo que se crea la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa le corresponde a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquellas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, sometan a su consideración las entidades enumeradas en su artículo 1 entre las que figuran las entidades locales de Galicia.



2.- El Ayuntamiento de Ponteareas solicita que esta Junta se pronuncie sobre si en la revisión de precios de un contrato se deben tener en cuenta las repercusiones derivadas del incremento del coste de la mano de obra derivado del convenio colectivo o si por lo contrario la determinación de la variación del coste de la mano de obra debe realizarse acudiendo a los datos publicados por el INE, como señala la cláusula del pliego de referencia.

3.- Cabe señalar en primer lugar que, respeto a la presente solicitud, este órgano consultivo debe reiterar lo reflejado en informes anteriores en el sentido de que no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que, en virtud de la legislación vigente en materia de contratación, competen a otros órganos de la actividad contractual. Tampoco actúa como fiscalizador de las actuaciones acordadas por los órganos con competencia en la materia ni como preliminar ni sustituta de instancias a las que les corresponde resolver las reclamaciones o recursos que los interesados interpongan.

4.- Dicho lo anterior, indicar que el tenor de la consulta permite hacer abstracción de su literalidad y emitir un pronunciamiento genérico sobre el origen de modificar la fórmula o el índice de la revisión de precios una vez formalizado el contrato.

5.- Conviene señalar que, por las fechas indicadas en la consulta, este pronunciamiento va a venir referido, por razones cronológicas teniendo en cuenta la fecha de celebración del contrato, al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

6.- Las cláusulas de revisión de precios son cláusulas tendentes a lograr el mantenimiento del equilibrio económico, por eso en los contratos de gestión de servicios públicos, como son contratos de larga duración, su inclusión en los pliegos tiene una importancia sustancial. Conforme dispone el art. 49 de la citada norma (en adelante TRLCAP), previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la licitación del contrato, deberán de aprobarse los pliegos de cláusulas administrativas particulares que incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y deberes que asumirán las partes del contrato y la cuyo contenido se ajustarán los contratos cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos.

Una de las condiciones que necesariamente deben señalarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares es, según dispone el artículo 103 del mismo cuerpo legal, detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable, misión que corresponde determinar, según lo previsto en el artículo 104, al órgano de contratación. No es baladí la referencia si tenemos en cuenta que los efectos de los contratos se rigen por la ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares (art. 94).

Llegado a este punto debemos poner de relieve, una vez más, que en nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo, por lo tanto, fuerza de ley entre las partes. De ahí su relevancia. Es reiteradamente declarado por el Tribunal Supremo que el pliego de condiciones en la contratación administrativa constituye a "lex contractus" con fuerza vinculante para la contratante y la Administración (sentencias de 10 de marzo de 1982, 6 de febrero y 8 de noviembre de 1988 y 22 de enero de 1990). Por todas se transcribe el texto de la Sentencia de 27 de Mayo del 2009: *"...el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por lo tanto fuerza de ley entre las partes (...) lo significativo es que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudirse para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión. No conviene olvidar que los contratos se ajustarán al contenido de los Pliegos Particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos"*. Asimismo,



la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992, se pronuncia, igualmente, acerca del pliego de condiciones que sirvió de base al concurso y constituye el régimen obligacional del mismo : *"El Pliego de Condiciones se erige en ley del contrato y siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1961, 31 de marzo de 1975, 20 de enero de 1977, entre otras), tal facultad incorporada al Pliego, pasa a ser ley del contrato, condiciones o cláusulas particulares que estas resultan obligatorias en cuanto rigen los derechos y obligaciones del contrato si no se impugnaron y se aceptaron voluntariamente (art. 49 TRLCAP)"*.

Con otros matices pero idéntico objetivo, el Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido (Sentencia de 11 de mayo de 2004) que los Pliegos de Condiciones de los contratos administrativos constituyen un dictado para los que participan en el concurso quedando obligados los que obtienen la adjudicación de la obra al servicio a su cumplimiento y sometidos a todas las consecuencias que se deriven de dichas condiciones (Sts. 26-2-1952; 25-9-1965; 3-11-1967; y 30-1-1995 entre otras), y que todo aquel que toma parte en un concurso sin impugnar previamente las bases por lo que se va a regir pierde la oportunidad de alegar irregularidad alguna respecto a las mismas (T.S. 9-3-1991).

7.- Respeto a la vigencia temporal de los índices o fórmulas de revisión, el artículo 104 del TRLCAP es claro al señalar, en su apartado 3 que *"El índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo y determinará la revisión de precios en cada data respecto de la fecha final del plazo de presentación de ofertas en la subasta y en el concurso y la de la adjudicación en el procedimiento negociado"*.

8.- Tal y como figura en el escrito presentado por el Ayuntamiento, las revisiones comunes de precios correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010 se aprobaron por el Pleno de la Corporación en los términos señalados por la empresa adjudicataria, trasladando a la fórmula de revisión repercusiones derivadas del incremento del coste de la mano de obra derivado del convenio colectivo de trabajo.

Resulta de interés citar al respecto el informe 38/2000, 21 de diciembre de la JCCAE que entiende que *"los contratos obligan a las partes a lo expresamente pactado y si en este caso concreto se pactó un precio y una fórmula de revisión de precios no puede pretenderse emplear otra distinta (al coste de la mano de obra resultante del convenio colectivo), porque en realidad lo que está suscitando es la improcedencia de haber pactado el IPC, lo que resulta improcedente enjuizar en este momento dado que fue aceptado expresamente por el contratista al concurrir a la adjudicación del contrato y conocer sus condiciones que necesariamente, y así se afirma, se tuvieron que incorporar al pliego."* Concluye la JCCAE que *en el contrato en el que figura como fórmula de revisión el IPC, no procede practicar dicha revisión como consecuencia de incrementos de costes de personal derivadas de la aplicación de un convenio colectivo.*

También el informe 25/06, de 20 junio de 2006, reproduce los argumentos y la conclusión del anterior informe añadiendo que en la cláusula 13 del pliego respecto de los deberes del contratista una de ellas era el cumplimiento, bajo su exclusiva responsabilidad, de las disposiciones vigentes o que se dicten en el futuro sobre relaciones laborales, generales o derivadas de convenios colectivos. La Conclusión fue la misma la JCCAE señala que *"la revisión del precio del contrato se efectuará aplicando el IPC, sin que puedan influir en dicho precio repercusiones derivada del incremento de costes derivados de convenios colectivos de trabajo."*

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la posibilidad de actualización y revisión de precios sobre las mejoras pactadas en convenio colectivo. Así, en la sentencia de 18 de septiembre de 2001, señala: *"En consecuencia, no cabe trasladar, y esta es la doctrina de aplicación a este supuesto, al ente público titular del servicio, en este caso, la Corporación municipal, los efectos de un Convenio colectivo de empresa pactado por el concesionario sí dicho ente público no tuvo intervenciones sobre esta acción."*

9.- A la vista de estos informes se puede afirmar que en la aplicación de la revisión de precios, el órgano de contratación debe

ajustarse a lo señalado en el pliego, es decir, atendiendo al índice señalado en el mismo que, no olvidemos, fue conocido y aceptado por el contratista, que lo consintió, obtuvo la adjudicación del contrato y lo formalizó con un índice de revisión concreto que no puede pretender cambiar. Actuar de otra forma podría suponer una alteración de las cláusulas del pliego que vulneraría el principio de igualdad de trato, ya que de conocer esta nueva fórmula de revisión podría implicar un cambio en las ofertas de otros licitadores y, mismo la presentación de nuevos candidatos a la adjudicación.

CONCLUSIÓN

Esta Junta consultiva de contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia entiende que la variación de las fórmulas o índices de la revisión de precios de un contrato una vez formalizado contradice lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas y podría suponer una alteración de las cláusulas del pliego que vulneraría el principio de igualdad de trato que debe presidir toda la actuación administrativa en materia contractual, reiterando, a mayor abundamiento, que los pliegos de cláusulas tienen el valor de ley entre las partes y obligan a ejecutar y resolver los incidentes que surjan en el contrato conforme a las mismas.

En Santiago de Compostela, 8 de julio de 2016