



Informe 5/2016, de 8 de xullo de 2016, sobre modificación de fórmula ou índice de revisión de prezos unha vez formalizado un contrato.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Ponteareas dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Cuestión sobre a que se solicita informe: "a"

ANTECEDENTES DE FEITO:

O Alcalde do concello de Ponteareas presenta escrito que di 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 V.I 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.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.



2.- O Concello de Ponteareas solicita que esta Xunta se pronuncie sobre se na revisión de prezos dun contrato se deben ter en conta as repercusións derivadas do incremento o custe da man de obra derivado do convenio colectivo ou se polo contrario a determinación da variación do custe da man de obra debe realizarse acudindo aos datos publicados polo INE, como sinala a cláusula do prego de referencia.

3.- Cabe sinalar en primeiro lugar que, respecto á presente solicitude, este órgano consultivo debe reiterar o reflectido en informes anteriores no senso de que non lle corresponde informar expedientes concretos de contratación, nin suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, competen a outros órganos da actividade contractual. Tampouco actúa como fiscalizador das actuacións acordadas polos órganos con competencia na materia nin como preliminar nin substituta de instancias ás que lles corresponde resolver as reclamacións ou recursos que os interesados interpoñan.

4.- Dito o anterior, indicar que o teor da consulta permite facer abstracción da súa literalidade e emitir un pronunciamento xenérico sobre a procedencia de modificar a fórmula ou o índice da revisión de prezos unha vez formalizado o contrato.

5.- Convén sinalar que, polas datas indicadas na consulta, este pronunciamento vai a vir referido, por razóns cronolóxicas tendo en conta a data de celebración do contrato, ao Real Decreto Legislativo 2/2000, do 10 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas.

6.- As cláusulas de revisión de prezos son cláusulas tendentes a lograr o mantemento do equilibrio económico, por iso nos contratos de xestión de servizos públicos, como son contratos de longa duración, a súa inclusión nos pregos ten unha importancia substancial. Conforme dispón o art. 49 da citada norma (en adiante TRLCAP), previa o conxuntamente á autorización do gasto e sempre antes da licitación do contrato, deberán de aprobarse os pregos de cláusulas administrativas particulares que incluírán os pactos e condicións definidoras dos dereitos e obrigas que asumirán as partes do contrato e a cuio contido axustaranse os contratos cuíñas cláusulas considéranse parte integrante dos mesmos.

Unha das condicións que necesariamente deben sinalarse nos pregos de cláusulas administrativas particulares é, segundo dispón o artigo 103 do mesmo corpo legal, detallar a fórmula ou sistema de revisión aplicable, misión que corresponde determinar, segundo o previsto no artigo 104, ao órgano de contratación. Non é baladí a referencia se temos en conta que os efectos dos contratos réxense pola lei, as súas disposicións de desenvolvemento e polos pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas, xerais e particulares (art. 94).

Chegado este punto debemos poñer de relevo, unha vez máis, que no noso ordenamento contractual administrativo o prego de condicións é a lexislación do contrato para a contratista e para a administración contratante tendo, polo tanto, forza de lei entre as partes. De aí a súa relevancia. É reiteradamente declarado polo Tribunal Supremo que o prego de condicións na contratación administrativa constitúe a "lex contractus" con forza vinculante para a contratante e a Administración (sentenzas do 10 de marzo de 1982, 6 de febreiro e 8 de novembro de 1988 e 22 de xaneiro de 1990). Por todas trascríbese o texto da Sentencia de 27 de Maio do 2009: *"...o prego de condicións é a lexislación do contrato para a contratista e para a administración contratante tendo polo tanto forza de lei entre as partes (...) o significativo é que a participación no concurso polos licitadores comporta a asunción dos dereitos e deberes definidos no prego que, como lei primordial do contrato, constitúe a fonte á que debe acudir para resolver todas as cuestións que se susciten en relación ao cumprimento, interpretación e efectos do contrato en cuestión. Non convén esquecer que os contratos se axustarán ao contido dos Pregos Particulares cuxas cláusulas se consideran parte integrante dos respectivos contratos"*. Así mesmo, a sentenza da Sección Cuarta da Sala Terceira do Tribunal Supremo do 3 de febreiro de 1992, pronúnciase, igualmente, acerca do prego de condicións que serviu de base ao concurso e constitúe o réxime obrigacional do mesmo: *"O Prego de Condicións eríxese en lei do contrato e seguindo reiterados criterios xurisprudenciais desta Sala (sentenzas do 4 de abril de 1961, 31 de marzo de 1975, 20 de xaneiro de 1977, entre*



outras), tal facultade incorporada ao Prego, pasa a ser lei do contrato, condicións ou cláusulas particulares é que estas resultan obrigatorias en canto rexe os dereitos e obrigacións do contrato se non se impugnaron e aceptáronse voluntariamente (art. 49 TRLCAP)”.

Con outros matices pero idéntico obxectivo, o Tribunal Supremo ten reiteradamente establecido (Sentenza do 11 de maio de 2004) que os Pregos de Condicións dos contratos administrativos constitúen un ditado para os que participan no concurso quedando obrigados os que obteñen a adxudicación da obra ó servizo ao seu cumprimento e sometidos a todas as consecuencias que se deriven das devanditas condicións (Sts. 26-2-1952; 25-9-1965; 3-11-1967; e 30-1-1995 entre outras), e que todo aquel que toma parte nun concurso sen impugnar previamente as bases polo que se vai a rexer perde a oportunidade de alegar irregularidade algunha respecto ás mesmas (T.S. 9-3-1991).

7.- Respecto á vixencia temporal dos índices ou fórmulas de revisión, o artigo 104 do TRLCAP é claro ao respecto ao sinalar, no seu apartado 3 que *“O índice ou fórmula de revisión aplicados ao contrato será invariable durante a vixencia do mesmo e determinará a revisión de prezos en cada data respecto da data final do prazo de presentación de ofertas na subhasta e no concurso e a da adxudicación no procedemento negociado”.*

8.- Tal e como figura no escrito presentado polo Concello, as revisións ordinarias de prezos correspondentes aos anos 2008, 2009 y 2010 aprobáronse polo Pleno da Corporación nos termos sinalados pola empresa adxudicataria, trasladando á fórmula de revisión repercusións derivadas do incremento do custe da man de obra derivado do convenio colectivo de traballo.

Resulta de interese citar ao respecto o informe 38/2000, 21 de decembro da JCCAE que entende que *“os contratos obrigan ás partes ao expresamente pactado e se neste caso concreto se pactou un prezo e unha fórmula de revisión de prezos non pode pretendese empregar outra distinta (o custe da man de obra resultante do convenio colectivo), porque en realidade o que está suscitando é a improcedencia de ter pactado o IPC, o que resulta improcedente enxuizar neste momento dado que foi aceptado expresamente polo contratista ao concorrer á adxudicación do contrato e coñecer as súas condicións que necesariamente, e así se afirma, se tiveron que incorporar ao prego”.* Conclúe a JCCAE que *no contrato no que figura como fórmula de revisión o IPC, non procede practicar dita revisión como consecuencia de incrementos de custes de persoal derivadas da aplicación dun convenio colectivo.*

Tamén o informe 25/06, de 20 xuño de 2006, reproduce os argumentos e a conclusión do anterior informe engadindo que na cláusula 13 do prego respecto das obrigas do contratista unha delas era o cumprimento, baixo a súa exclusiva responsabilidade, das disposicións vixentes ou que se diten no futuro sobre relacións laborais, xerais ou derivadas de convenios colectivos. A Conclusión foi a mesma a JCCAE sinala que *“a revisión do prezo do contrato efectuarase aplicando o IPC, sen que poidan influír en dito prezo repercusións derivada do incremento de custe derivados de convenios colectivos de traballo.”*

O Tribunal Supremo tamén se ten pronunciado sobre a posibilidade de actualización e revisión de prezos sobre as melloras pactadas en convenio colectivo. Así, na sentenza do 18 de setembro de 2001, sinala: *“En consecuencia, non cabe trasladar, e esta é a doutrina de aplicación a este suposto, ao ente público titular do servizo, neste caso, a Corporación municipal, os efectos dun Convenio colectivo de empresa pactado polo concesionario si dito ente público non tivo intervencións sobre esta acción.”*

9.- Á vista destes informes pódese afirmar que na aplicación da revisión de prezos, o órgano de contratación debe axustarse ao sinalado no prego, é dicir, atendendo ao índice sinalado no mesmo que, non olvidemos, foi coñecido e aceptado polo contratista, que o consentiu, obtivo a adxudicación do contrato e o formalizou cun índice de revisión concreto que non pode pretender cambiar. Actuar doutra forma podería supoñer unha alteración das cláusulas do prego que vulneraría o principio de igualdade de trato, xa que de coñecer esta nova fórmula de revisión podería implicar un cambio nas ofertas doutros

licitadores e, mesmo a presentación de novos candidatos á adxudicación.

CONCLUSIÓN

Esta Xunta consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia entende que a variación das fórmulas ou índices da revisión de prezos dun contrato unha vez formalizado contradí o disposto no parágrafo 3 do artigo 104 do Real Decreto Legislativo 2/2000, do 10 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas e podería supoñer unha alteración das cláusulas do prego que vulneraría o principio de igualdade de trato que debe presidir toda a actuación administrativa en materia contractual, reiterando, a maior abundamento, que os pregos de cláusulas teñen o valor de lei entre as partes e obrigan a executar e resolver as incidencias que xurdan no contrato consonte as mesmas.

En Santiago de Compostela, 8 de xullo de 2016