



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 5 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 1 de marzo de 2013.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de interpretación contractual realizada por esa Administración al amparo de lo establecido en el art. 60 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre la fórmula de revisión de precios pactada en el contrato de gestión de servicio público de limpieza y conservación de la red de saneamiento de Puerto del Rosario suscrito con la entidad D., S.A. (EXP. 18/2013 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, es la Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento de interpretación contractual en el cual la contratista se ha opuesto a la interpretación propugnada por la Administración.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo en relación el primer precepto citado con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan la emisión de un Dictamen sobre el fondo.

* PONENTE: Sr. Brito González.

II

1. El contrato se adjudicó el 27 de septiembre de 1995, por lo que la legislación material aplicable es la contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, y su normativa de desarrollo, conforme disponen la Disposición Transitoria I (D.T.) del Texto Refundido (TR) de dicha Ley aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la D.T. I.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP; y la D.T. I.2 del TR de ésta, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Se trata de un contrato administrativo típico de los contemplados en el art. 155.1 LCAP pues su objeto es la concesión de la gestión del servicio público de limpieza y conservación de la red de saneamiento de Puerto del Rosario.

3. El art. 29 del Pliego de Bases Técnicas, PBT, del contrato establece que serán por cuenta del Ayuntamiento el suministro de energía eléctrica y de agua potable consumidas por las instalaciones.

El art. 89 PBT establece la fórmula para la revisión de precios, señalando que para aplicarla "*será imprescindible que el adjudicatario proceda a su petición y justificación*". Dicha fórmula de revisión de precios entre sus factores el coste de la energía eléctrica.

Esta fórmula es la siguiente:

$$K_t = 0'76 \frac{H_t}{H_0} + 0'06 \frac{E_t}{E_0} + 0'10 \frac{IPC_t}{IPC_0} + 0'08$$

donde:

K_t = Índice de revisión resultante en el mes "t", o coeficiente de revisión

H = Índice del coste de la mano de obra

E = índice del coste de la energía

IPC = Índice de precios a consumo, índice general nacional

Índices sub-cero, correspondiente al mes que se adopte el Acuerdo de adjudicación; Índices sub-t, correspondiente al mes "t" de años sucesivos".

El precio de los contratos administrativos se determina por el coste de la prestación más el beneficio industrial. Por ello las fórmulas de revisión deben reflejar

la participación en el precio del contrato de los costes básicos que soporta el contratista (art. 105.2 LCAP).

Por esta razón la fórmula del art. 89 PBT es incorrecta porque incluye entre los factores de la revisión de precios el incremento del precio de la energía eléctrica, el cual no soportaba el contratista, sino el Ayuntamiento. Esta fórmula estaba en franca contradicción con el art. 29 PBT.

4. El Pleno del Ayuntamiento, por Acuerdo de 29 de marzo de 2010, modificó el contrato para incluir entre las prestaciones de la contratista el vaciado de pozos negros, fosas sépticas, y depuradores y mantenimiento y limpieza de las nuevas estaciones de bombeo, y para incrementar el canon en 494'79 euros diarios.

La modificación se formalizó el 1 de junio de 2010 mediante un Anexo al contrato. La estipulación IV de este anexo establecía una nueva fórmula de revisión de precios de la cual desaparecía el factor E, expresivo del coste de la energía eléctrica.

La nueva fórmula, recogida en la Estipulación IV del Anexo, es la siguiente:

$$K_t = 0'76 \frac{H_t}{H_0} + 0'10 \frac{IPC_t}{IPC_0} + 0'08$$

donde:

K_t = índice de revisión resultante en el mes "t", o coeficiente de revisión

H = Índice del coste de la mano de obra

IPC = Índice de precios a consumo, índice general nacional

Índices sub-cero, correspondiente al mes que se adopte el Acuerdo de adjudicación; *Índices sub-t*, correspondiente al mes "t" de años sucesivos.

Si del resultado de la fórmula se desprende que la cantidad es inferior la unidad se aplicará esta última (1)".

5. La contratista solicitó el 11 de junio de 2012 que se modificara la nueva fórmula de revisión en el sentido de que el sumando fijo correspondiente a los gatos invariables pasara de 0'08 a 0'14 a fin de que la base revisable fuera el 100% del precio del contrato. Además, solicita que la revisión se realice con eficacia retroactiva a fecha 1 de junio de 2010.

6. Sobre esta solicitud emitió informe el Servicio de Contratación, informe que se recoge íntegro en la propuesta de resolución y cuyos argumentos fundamentales son los siguientes:

“(...) 3) Tal como se expone en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación, la solicitud de la Entidad adjudicataria del servicio público de limpieza y conservación de la red de saneamiento de Puerto del Rosario de modificación de la fórmula de revisión de precios se debe resolver mediante los artículos que se establecen en el Código Civil para la interpretación de los contratos.

En el caso nos ocupa, y en aplicación del art. 1.285 del Código Civil, debe interpretarse la fórmula de revisión de precios no teniendo en cuenta el factor de la Energía, ya que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras. En este sentido, si el Ayuntamiento asume el coste de la energía es incompatible con que en la fórmula de revisión de precios se incorpore como ponderación del precio del contrato el factor de la energía., (modificación formalizada en el Anexo al Contrato Administrativo de Gestión del Servicio Público de fecha 1 de junio de 2010).

4) En el mismo sentido, se procede a interpretar el importe de los coeficientes que ponderan el resto de los índices, ya que en la modificación formalizada en el Anexo al Contrato Administrativo de Gestión del Servicio Público de fecha 1 de junio de 2010, la suma de los importes de los coeficientes no llegan a la unidad.

Hay que tener en cuenta que la revisión de precios debe constituir un mecanismo de reasignación de riesgos entre los operadores económicos y constituye un sistema establecido en aras del principio del equilibrio financiero del contrato para compensar los desajustes que la falta de estabilidad de la realidad socio-económica causa a los contratistas privados, suponiendo una excepción al principio de riesgo y ventura que proclama actualmente el art. 215 del RDL- 3/2011, de 14 noviembre por el que se aprueba el TRLCSP.

Se incorpora como término independiente el importe de 0,14 (suma del importe 0,06 que acompañaba al factor energía y de 0,08 como el término independiente que existía en la fórmula inicial) (...).”

Este informe señala además que:

“La nueva interpretación de la fórmula se aplicará con efecto retroactivo, desde el año 2.000. De ésta manera se toma como punto de partida un canon real que

podemos comparar con el resultado de aplicar al nueva fórmula de revisión de precios, dado que el contrato se encuentra todavía en fase de ejecución (...)”.

De la aplicación retroactiva de esta fórmula al canon abonado a la contratista desde el año 2000 el informe concluye

“(...) Haciendo, un resumen, desde septiembre del año 2000 hasta diciembre del año 2011, utilizando los índices de la Mano de Obra Nacional, el IPC Nacional obtenidos del INE, eliminado el factor energía aplicando el importe de 0,14 de coeficiente independiente, existe una diferencia de 159.679,06 euros a favor de la Corporación, debido a la aplicación de la nueva interpretación de la fórmula”.

porque

“La facturación real asciende a 6.440.797,02 euros, que restándole la cantidad de 6.281.118,95 euros, obtenida debido a la eliminación del factor energía da como resultado generan un saldo a favor del Ayuntamiento de Puerto del Rosario de 159.678,07 euros”.

7. En trámite de audiencia la contratista alega que la fórmula de revisión es inmodificable, por lo que hay que atenerse a la fórmula inicial del art. 89 PBT, es la que se ha aplicado por el Ayuntamiento durante diecisiete años; que el art. 90 PBT fue redactado por el Ayuntamiento que la interpretación que se propone de la fórmula de revisión no es tal sino su modificación, y que la aplicación retroactiva de dicha fórmula es contraria a Derecho y que incluso aun existiendo un error en la aplicación de la fórmula de revisión de precios pactada ya ha caducado la posible acción para la rectificación de ese error.

8. Como se incorporó nueva documentación al expediente se le dio nuevo trámite de audiencia a la contratista, en el cual ésta reiteró sus anteriores alegaciones y señaló la improcedencia de la aplicación retroactiva de la nueva fórmula al canon abonado en el período comprendido entre los años 1995 y 1999, porque en dicho período no hubo revisión de precios.

9. Las alegaciones de la contratista son rebatidas por la Propuesta de Resolución en los siguientes términos:

“Las alegaciones presentadas por la entidad adjudicataria son las siguientes:

a).- De la indisponibilidad para las partes de modificación de la fórmula de revisión de precios, en la que hace referencia a la imposibilidad de modificación por

aplicación de los preceptos legales que corresponden no es susceptible de ser llevada a cabo por la autonomía de voluntad de las partes al ser considerada parte esencial del Contrato descrito en el expositivo primero formalizada en fecha del 1 de junio de 2012.

Ante la alegación formulada, ya se hizo mención sobre la imposibilidad de modificación de la fórmula de revisión de precios en el informe de fecha 13 de julio de 2012, haciendo referencia al informe 2/2010 de la Junta Consultiva de Contratación de fecha 23 de julio de 2010, sobre «Consulta sobre la posibilidad de subsanación de errores apreciados en el pliego de cláusulas administrativas particulares durante la ejecución del contrato».

Tal y como se expone en el Informe de la Junta Consultiva, la solicitud de la Entidad adjudicataria la modificación de la fórmula de revisión de precios se debe resolver mediante los artículos que se establecen en el Código Civil para la interpretación de los contratos.

b).-De la interpretación del contrato realizada por el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Del Rosario.

En cuanto a la segunda alegación, D., S.A. formula que la aplicación de la fórmula de revisión de precios no es susceptible de interpretación, ya que tanto su literalidad como los términos de aplicación a la misma no ofrecen margen a dudas interpretativas y, conforme se indica en el propio Código Civil, habrá de ser aplicada en sus propios términos.

También expone en su alegación que la incorporación de la fórmula de revisión de precios no fue realizada por el contratista, sino que fue incorporada al pliego de la licitación por el Ayuntamiento y sobre el hecho de la aplicación retroactiva al contratista de la interpretación de la fórmula de revisión de precios desde la fecha de inicio del contrato.

1).-Ante ésta segunda alegación, se advierte que el art. 210 del TRLCSP enumera la prerrogativas de que goza la Administración en los contratos de naturaleza administrativa, con lo cual no sólo podrá la Administración interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, sino que la Administración, en el caso de cláusulas o cuya interpretación pueda dar lugar a resultados distintos según el punto de vista de cada parte, decidirá en última instancia .Se debe dejar claro que esa decisión no puede ampararse en la pura voluntad de la Corporación, sino

que debe quedar justificada y siempre desde la perspectiva del interés público. (STS 24 de septiembre de 1991)

Como ya se comentó en el informe mencionado anteriormente, en el caso nos ocupa, y en aplicación del art. 1.285 del Código Civil, debe interpretarse la fórmula de revisión de precios obviando el factor de la Energía, ya que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras. En este sentido, si el Ayuntamiento asume el coste de la energía es incompatible con que en la fórmula de revisión de precios se incorpore como ponderación del precio del contrato el factor de la energía.

Como dato relevante se informa que una vez comprobado el consumo anual de energía eléctrica de la Depuradora existente para la prestación del servicio de saneamiento de las redes de alcantarillado, se obtiene que el Ayuntamiento de Puerto del Rosario asume el coste de 201.284,19 euros correspondiente al gasto de energía eléctrica durante el ejercicio 2011 (dato del último ejercicio económico), lo que supone anualmente un 23,97 % sobre el coste anual de la prestación del servicio. (Se adjuntan copias de la facturación de la depuradora de Risco Prieto durante el ejercicio 2011).

2) Por otra parte se aprecia que al menos en dos ocasiones la Entidad D., está de acuerdo con eliminar el factor energía de la fórmula de revisión de precios, la primera, en el ANEXO II firmado con fecha 1 de junio de 2010, y la segunda, a solicitud de la propia entidad adjudicataria, en el escrito presentado en el Registro Municipal con fecha 11 de julio de 2012, en la que no sólo solicitan eliminar el factor energía sino además corregir el término independiente de la fórmula de revisión de precios.

3) La aplicación de la nueva interpretación de la fórmula de revisión de precios con efecto retroactivo, desde el inicio del contrato, se debe a que su aplicación únicamente desde la detección del error, estaría causando un perjuicio al interés general y un beneficio al contratista. No hay que obviar, como ya se indicó en el informe de fecha 13 de julio de 2012, que la revisión de precios debe constituir un mecanismo de reasignación de riesgos entre los operadores económicos y constituye un sistema establecido en aras del principio del equilibrio financiero del contrato para compensar los desajustes que la falta de estabilidad de la realidad socio-económica causa a los contratistas privados, suponiendo una excepción al principio

de riesgo y ventura que proclama actualmente el art. 215 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP”.

10. La parte dispositiva de la propuesta de resolución expresa:

“1).- Interpretar la fórmula de revisión de precios de la siguiente manera:

$$K_t = 0'76 \frac{H_t}{H_0} + 0'10 \frac{IPC_t}{IPC_0} + 0'14$$

Donde

K_t = índice de revisión resultante en el mes "t", o coeficiente de revisión

H = índice del coste de la mano de obra nacional

IPC = índice de precios a consumo, índice general nacional

índices sub-cero, correspondiente al mes que se adopte el Acuerdo de adjudicación; índices sub-t, correspondiente al mes "t" de años sucesivos.

2).- Ratificarme en la primera propuesta notificada al contratista, obviando el periodo de los años comprendidos entre 1996 y 1999, ya que se consideran una estimación y se carece de facturación y datos contables como justificantes del gasto, obteniendo un saldo resultante de la aplicación de la nueva interpretación de la fórmula de 159.678,07 euros a favor del Ayuntamiento de Puerto del Rosario.

3) Establecer el canon actual en 2.098,75 euros al día, durante la facturación realizada en el ejercicio 2012”.

11. Como se puede apreciar con la comparación entre el escrito de solicitud de la contratista y la parte dispositiva de la propuesta de resolución, ésta acoge la pretensión de la contratista porque la fórmula de revisión establecida en la estipulación IV del Anexo de modificación del contrato suscrito el 1 de junio de 2010 es modificada en el sentido de que el valor 0'08 del sumando fijo correspondiente a los gastos invariables se incrementa hasta 0'14 (incremento que se corresponde con el 0'06 del índice de energía que se elimina de la fórmula) fin de alcanzar la unidad. En lo que difiere es que pretende aplicar retroactivamente la nueva fórmula de revisión de precios a las cantidades abonadas en concepto de canon actualizado a la contratista desde el inicio del contrato, por lo que, conforme a ella se recalculan las cantidades abonadas en el pasado en concepto de canon actualizado, con lo que se obtiene un saldo a favor del Ayuntamiento.

III

1. Para el análisis de la propuesta de resolución se ha de partir de los siguientes datos normativos:

El art. 103.3 LCAP dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable. Luego el art. 104 LCAP generaliza a todo tipo de contratos la revisión de precios, salvo los excluidos en su apartado 2. Pero diferencia entre el sistema de revisión de precios en los contratos de obra y de suministro de fabricación (arts. 105.1 y 107 LCAP) y el sistema de revisión de precios de los restantes contratos. Para los primeros la regulación de la revisión de precios es bastante detallada, pues el art. 104 LCAP dispone que se llevará a cabo mediante fórmulas tipo establecidas reglamentariamente. Respecto a los segundos la LCAP distingue entre el contrato de gestión de servicios públicos y todos los demás, pues el art. 104.1 LCAP señala que para estos últimos el órgano de contratación determinará los índices o fórmulas de carácter oficial, sin precisar cuáles serán estos, sólo exige que tengan carácter oficial, mientras que para el primero el art. 162 LCAP establece que *"el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca"*. Con ello el art. 162 LCAP concede libertad al órgano de contratación para establecer la revisión de precios y el sistema conforme al cual se procederá a ella. Por consiguiente, son las cláusulas del contrato y por tanto las del pliego las que regulan la revisión de precios, cláusulas que prevalecen sobre las prescripciones que en materia de revisión de precios la LCAP establece para los otros tipos de contrato. Véanse al respecto los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 48/00, de 21 de diciembre de 2000; 15/02, de 13 de junio de 2002; y 68/04, de 11 de marzo de 2005.

2. Las cláusulas del contrato y del pliego de cláusulas administrativas particulares constituyen la ley del contrato (arts. 4 y 50 LCAP). Mientras estas cláusulas no sean anuladas o modificadas a través de los procedimientos establecidos al efecto, vinculan a ambas partes sin que ninguna de ellas se pueda desvincular unilateralmente de su cumplimiento. Véanse en tal sentido las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de marzo de 2007, RJ\2007\2897; de 16 de abril de 2008, RJ\2008\2458; y de 29 de septiembre de 2009, RJ\2010\343.

Estas cláusulas pueden ser declaradas nulas como consecuencia de la declaración de nulidad realizada por la propia Administración a través del procedimiento de revisión de oficio (arts. 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, y con los arts. 1.261 y 1.300 del Código Civil), bien por la jurisdicción contencioso-administrativa ya a instancias de la propia Administración, previa la declaración por esta misma de su lesividad en el caso de que adolecieran de un vicio de anulabilidad (arts. 64 y 67 LCAP en relación con el art. 63 LPAC), ya a instancias del contratista.

3. La potestad administrativa de interpretación del contrato sólo procede ejercerla en caso de que el tenor de sus cláusulas sea dudoso o ambiguo. Si los términos de las cláusulas son claros y no generan dudas sobre la intención de los contratantes ha de estarse a su sentido literal (art. 1.281 del Código Civil). En ningún caso esta potestad de interpretación unilateral puede utilizarse para la modificación del contrato, sólo para solucionar las dudas y ambigüedades de sus cláusulas. Éstas sólo pueden ser modificadas por el procedimiento especial de modificación contractual que la legislación de contratación administrativa regula a tal fin.

4. La estipulación IV del Anexo por el que se modificó el contrato no ha sido declarada nula. Mientras no lo sea, la fórmula de revisión de precios que establece vincula a la partes y conforme a ella se ha de proceder a la actualización del canon desde la fecha en que fue suscrita por haberlo solicitado así la contratista. La interpretación que se realiza en la Propuesta de Resolución pretendiendo la aplicación retroactiva de la cláusula de revisión conforme la interpretación que de la misma realiza la Administración constituye una vulneración del principio de la buena fe contractual y de vinculación a sus propios actos ya que pretende, vía interpretación contractual, cambiar lo realizado durante más de diez años.

La Administración, mientras esa estipulación IV no sea declarada nula, bien a través del procedimiento de revisión de oficio, bien por decisión judicial, no puede tenerla por inexistente y acudir a la fórmula inicialmente pactada, para, con el pretexto de interpretación, modificar esta fórmula inicial para transformarla en la fórmula establecida en 2010 y aplicar retroactivamente ésta desde el inicio del contrato.

5. No cabe duda que inicialmente había una contradicción entre el art. 29 PBT y el art. 89 PBT. Pero esta contradicción es insalvable por vía interpretativa porque no cabe otra solución que la modificación de la fórmula de revisión mediante la

eliminación en ella del factor E, lo cual prohíbe expresamente el art. 105.3 LCAP. Una interpretación de la fórmula de revisión original que implique su modificación es pura y simplemente esto último y no una interpretación.

La potestad de interpretación del contrato de este caso está limitada por el art. 105.3 LCPAP. La modificación de la fórmula inicial con efectos a la fecha del contrato sólo es posible a través de su anulación por alguna de las causas legales y a través del procedimiento debido y su sustitución por una nueva.

C O N C L U S I Ó N

La interpretación contractual realizada en la Propuesta de Resolución no es ajustada a derecho conforme se señala en el Fundamento III.