



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 5 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de julio de 2013.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la interpretación del contrato administrativo de los "Servicios de colaboración en la gestión recaudatoria y tributaria, que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos del Ayuntamiento de Pájara", adjudicado a la sociedad mercantil R.R.C., S.A. el día 30 de septiembre de 2010 (EXP. 279/2013 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento correspondiente a la interpretación del contrato administrativo de servicios de colaboración en la gestión recaudatoria y tributaria que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el artículo 195.3.a), de carácter básico, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (LCSP), preceptos que son de aplicación porque el contratista ha formulado oposición a la interpretación ofrecida por la Administración.

2. El contrato del que trae causa el presente expediente fue adjudicado el 30 de septiembre de 2010. Por tanto, de conformidad con lo previsto en la Disposición transitoria Séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y la Disposición transitoria primera, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley de

* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la legislación aplicable viene constituida por la citada LCSP.

II

1. Mediante Acuerdo plenario de 30 de septiembre de 2010 se adjudicó a la entidad R.R.C., S.A. el contrato de servicios de colaboración en la gestión recaudatoria y tributaria que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos.

De acuerdo con la Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la contratación (PCAP), la duración del contrato es de cuatro años contados desde el día siguiente a la fecha de la firma del contrato, con posibilidad de prórroga por periodos de un año, con un máximo de dos prórrogas. El contrato se suscribió en documento administrativo con fecha 7 de octubre de 2010, previa constitución de la garantía definitiva.

El presupuesto del contrato, de acuerdo con la cláusula 6 PCAP asciende a la cantidad de 1.785.000 euros.

De acuerdo con la Cláusula sexta PCAP el precio a cobrar por el contratista está en función del incremento o disminución de la recaudación óptima, de modo que el precio del contrato (ofertado por el contratista) se incrementará o disminuirá en función del porcentaje de incremento o disminución del importe de la recaudación óptima, con un tope máximo de incremento del 20%. Esta recaudación óptima quedó fijada en la misma cláusula en la cantidad de 13.508.700 euros.

2. Con fecha 12 de noviembre de 2012 la intervención municipal, al advertir ciertas incidencias en la ejecución de contrato en lo que se refiere a su precio, insta al órgano de contratación el inicio del procedimiento de interpretación contractual, fundamentado en las razones a las que más adelante se aludirá.

Tras esta solicitud se incoa por el Pleno de la Corporación el procedimiento solicitado, en el que se emitieron los correspondientes informes y se dio audiencia al contratista, que demostró en este trámite su disconformidad con la interpretación sostenida por la Administración.

Este procedimiento, sin embargo, fue declarado caducado mediante Acuerdo plenario adoptado en sesión celebrada el 18 de abril de 2013.

3. Con estos antecedentes y previa emisión de los informes de la Tesorería e Intervención municipales, así como de la Secretaría, mediante Acuerdo del Pleno del

Ayuntamiento de fecha 16 de mayo de 2013 se inicia un nuevo procedimiento de interpretación del contrato de servicios de referencia motivado por las mismas causas de interpretación contractual relativas al precio del contrato.

En el procedimiento tramitado se han emitido los preceptivos informes que acaban de señalarse y se ha otorgado trámite de audiencia al contratista, que en el plazo concedido presenta alegaciones en las que manifiesta su oposición a la interpretación efectuada por la Administración.

Se ha elaborado asimismo la Propuesta de Resolución, en la que se ha contestado razonadamente a las citadas alegaciones, que han sido desestimadas, ratificándose la Administración en su interpretación.

No existe, pues, obstáculo procedimental que impida la emisión de un Dictamen de fondo.

III

1. La cuestión interpretativa planteada en el presente procedimiento se centra en determinar cuál es el precio cierto del contrato y la retribución al contratista, toda vez que el mismo se encuentra fijado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) mediante porcentajes en función del importe recaudado y, concretamente, si de las citadas cláusulas se deriva algún límite, máximo o mínimo, a la retribución del contratista.

A estos efectos, las Cláusulas del PCAP objeto de interpretación son las 6, 7 y 8, cuyo tenor literal es el siguiente:

“6. PRESUPUESTO DE LICITACIÓN VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO Y TIPO DE LICITACIÓN (arts. 76 y 278 LCSP)

El presupuesto base de licitación es de un millón setecientos ochenta y cinco mil euros (1.785.000 €) con exclusión del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) distribuido en las siguientes anualidades:

2010: 360.000 €

2011: 475.000 €

2012: 475.000 €

2013: 475.000 €

El presupuesto anual está fijado para una recaudación óptima de 13.508.700 € anuales. El precio a cobrar por el contratista estará en función del incremento o disminución de la recaudación óptima de modo que el precio del contrato (ofertado por el contratista) se incrementará o disminuirá en función del porcentaje de incremento o disminución del importe de la recaudación óptima, con un tope máximo de incremento del 20%.

El importe del IGIC es de ochenta y nueve mil doscientos cincuenta euros (89.250 €) que resulta de aplicar el 5% al presupuesto base de licitación.

El valor estimado del contrato es de dos millones setecientos treinta y cinco mil euros (2.735.000 €) que incluye la duración máxima del contrato incluidas las posibles prórrogas, excluido el IGIC.

Tipo máximo de licitación:

a) Con carácter general por la colaboración a la gestión realizada en vía voluntaria respecto a todos los ingresos afectados por el contrato a excepción hecha de la tasa por licencia urbanística y del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, el 5%, incluido el IGIC.

b) Por la colaboración a la gestión realizada en vía voluntaria respecto a los ingresos por la Tasa de licencia Urbanística y del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, el 2,5, incluido el IGIC.

c) Por la colaboración en la gestión realizada en vía ejecutiva, el 100% del recargo de apremio, incluido el IGIC.

7. EXISTENCIA DE CRÉDITO PRESUPUESTARIO (art. 261k LCSP y 672d RG)

Existe el crédito presupuestario preciso para atender a las obligaciones económicas que se deben de la contratación, en el presente ejercicio, con cargo a la partida presupuestaria 934.227.08 por importe de 378.000 €.

Dado el carácter plurianual del contrato, el contrato estará sujeto a condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente en la anualidad correspondiente. A tal efecto, el importe a consignar en el Presupuesto General de la Corporación en cada una de las anualidades de duración del contrato es la siguiente:

2010: 360.000 €

2011: 475.000 €

2012: 475.000 €

2013: 475.000 €

Dadas las características de la presente contratación no habrá revisión de precios.

8. RETRIBUCIÓN ECONÓMICA AL CONTRATISTA.

El adjudicatario del contrato percibirá por la ejecución del mismo las retribuciones consiguientes y a determinar porcentualmente en función de su propia oferta sobre los ingresos efectivamente recaudados a través de la Oficina Municipal de Recaudación con relación a las previsiones de Ingresos presupuestarios.

Los porcentajes máximos admitidos serán:

a) Con carácter general por la colaboración a la gestión realizada en vía voluntaria respecto a todos los ingresos afectados por el contrato a excepción hecha de la tasa por licencia urbanística y del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, el 5%, incluido el IGIC.

b) Por la colaboración a la gestión realizada en vía voluntaria respecto a los ingresos por la Tasa de licencia Urbanística y del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, el 2,5, incluido el IGIC.

c) Por la colaboración en la gestión realizada en vía ejecutiva, el 100% del recargo de apremio, incluido el IGIC".

De acuerdo con la oferta presentada por el contratista con ocasión de la licitación, los porcentajes máximos a que se refiere la cláusula octava quedaron fijados de la siguiente manera, reflejados en la cláusula segunda del contrato suscrito:

"a) 3,5% con carácter general por la colaboración a la gestión realizada en vía voluntaria respecto a todos los ingresos afectados por el contrato a excepción hecha de la tasa por licencia urbanística y del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, incluido el IGIC.

b) 1% por la colaboración a la gestión realizada en vía voluntaria respecto a los ingresos por la Tasa de licencia Urbanística y del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, incluido el IGIC.

c) 56% del recargo de apremio, incluido el IGIC por la colaboración en la gestión realizada en vía ejecutiva”.

2. De acuerdo con el informe de la Intervención municipal que consta en el expediente, la cuestión interpretativa surge al haberse constatado que se encuentran reconocidas a favor de la entidad contratista obligaciones durante el año 2012 por un importe de 684.966,04 euros, cantidad que excede de los créditos previstos en el presupuesto general del Ayuntamiento para el ejercicio 2012 que da cobertura a las obligaciones que emanan de dicho contrato. Del mismo modo, indica, existen dos facturas presentadas en el registro general de facturas pendientes de imputar al presupuesto general del ejercicio 2012 por falta de consignación presupuestaria y que ascienden a un importe total de 239.536,33 euros.

A este respecto indica que el precio del contrato viene determinado por lo expuesto en la Cláusula sexta del PCAP, de tal forma que el precio del contrato está limitado, por un lado, a la cantidad de 475.000 euros y, por otro, a los créditos consignados en los presupuestos para ese ejercicio. El precio del contrato para esta anualidad se determina en función de una recaudación óptima por importe de 13.508.700,00 euros, si bien la cantidad que puede percibir el contratista podrá experimentar una variación en un incremento o disminución del 20% de esa cantidad, en función de que si la recaudación efectiva en el año mejore o empeore la recaudación óptima.

Estima por ello que sostener que la retribución del contratista puede alcanzar cantidades anuales superiores a los 475.000 euros, más el 20% de margen al alza por el incremento de la recaudación (567.365,40 euros), determinaría la nulidad sobrevinida del contrato por insuficiencia presupuestaria.

En el mismo sentido, el informe jurídico emitido por la Secretaría Municipal pone de relieve que la recaudación óptima fijada en 13.508.700 euros actúa como parámetro que determina la retribución del contratista, admitiéndose un incremento o disminución máximo de la misma en un 20%, de donde resulta que el mínimo y el máximo de la recaudación óptima sobre la que se retribuirá al contratista se traduce, respectivamente, en las cantidades de 10.806.960 euros y 16.210.440 euros. Sobre estas cantidades serán de aplicación los porcentajes ofertados por el contratista conforme a lo establecido en la cláusula segunda del contrato suscrito, a las que ya se ha aludido. Estima que la literalidad de la cláusula 6ª es clara y meridiana, pues el contratista percibirá como contraprestación por la ejecución del contrato la cantidad

resultante de la aplicación de los porcentajes por él ofertados con un tope máximo de incremento del 20% respecto de la recaudación óptima.

Señala seguidamente este informe que, sin entrar en la distinción de ingresos afectados por el tipo específico menor (1%) y en el recargo de apremio, que minoraría en su caso la retribución máxima posible, la aplicación del tipo general del 3,5 en las cantidades de recaudación antes descritas, arrojan las siguientes cantidades mínimas y máximas como retribución anual:

- Recaudación por importe de 13.508.700 euros, a la que se aplica el 3,5%: 472.804,50 euros (retribución normal).

- Recaudación máxima, que resulta de añadir el 20% a la retribución óptima (16.210.440 euros), a la que se aplica el 3,5%: 567.365,40 euros (retribución máxima).

- Recaudación mínima, que resulta de minorar en un 20% la retribución óptima (10.806.960 euros), a la que se aplica el 3,5%: 378.243,60 euros (retribución mínima).

Esta es, finalmente, la interpretación acogida en la Propuesta de Resolución, en la que se fijan las citadas cantidades como retribución anual máxima (567.365,40 euros) y mínima (378.243,60 euros), sin perjuicio de las cantidades que resulten de la aplicación cuando proceda de los porcentajes residuales de su oferta (1% y 56% del recargo de apremio).

El contratista se opone a esta interpretación alegando en esencia que el precio del contrato y por tanto sus retribuciones son las que ofertó en el momento de la licitación en virtud de la Cláusula 8ª PCAP, en la que en ningún momento incluyó límites máximos ni mínimos, por los que éstos no resultan en ningún caso aplicables. Su retribución, indica, consiste en un porcentaje de los ingresos efectivamente recaudados, tal como viene reflejado en la cláusula segunda del contrato suscrito, en la que no se hizo constar limitación alguna.

A esta alegación añade que la cantidad fijada en los pliegos como recaudación óptima constituye un importe aleatorio que no está soportado por análisis, estudio o dato económico serio.

2. La interpretación sostenida por la Administración se considera conforme a Derecho.

El contrato de servicios objeto de interpretación se caracteriza porque la retribución al contratista no viene establecida por un precio fijo, sino que se establece en función de determinados porcentajes.

En relación con el precio de los contratos administrativos el artículo 75.1 LCSP establece que la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros. No obstante, el apartado 4 de este mismo precepto permite que los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos, de plazos o de rendimiento, si bien exige que se determine con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación. Con ello, el precepto legal permite el establecimiento de un precio sujeto a variaciones, aunque ha de ser determinable en todo caso.

Las cláusulas previstas en relación al presupuesto, precio y retribución del contratista en el PCAP responden a estas exigencias, pues su contenido, a pesar de no establecer un precio fijo, permite determinar la retribución del contratista, de tal forma que la interpretación que sostiene la Administración resulta de la propia literalidad de las cláusulas que ahora son objeto de interpretación.

A este respecto ha de tenerse presente que 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).

Pues bien, de las citadas cláusulas se extrae, sin mayor esfuerzo interpretativo, que el precio a cobrar por el contratista estará en función del incremento o disminución de la recaudación óptima, de modo que el precio del contrato (ofertado por el contratista) se incrementará o disminuirá en función del porcentaje de incremento o disminución del importe de la recaudación óptima, con un tope máximo de incremento del 20% (Cláusula 6)

A su vez, la Cláusula 8 determina que el adjudicatario del contrato percibirá por la ejecución del mismo las retribuciones consiguientes y a determinar porcentualmente en función de su propia oferta sobre los ingresos efectivamente recaudados a través de la Oficina Municipal de Recaudación con relación a las previsiones de Ingresos presupuestarios.

De la conjunción de ambas cláusulas resulta que:

- Los ingresos efectivamente recaudados a que se refiere la cláusula 8 se tienen en cuenta a los efectos del incremento/disminución de la recaudación óptima, de tal forma que si son superiores a la fijada en la cláusula 6 (13.508. 700 euros), esta última cantidad se incrementará hasta un 20% (16.210.440 euros) y si son inferiores se disminuirá correlativamente hasta un 20% (10.806.960 euros).

- Sobre estas cantidades resultantes se aplicará el porcentaje ofertado por el contratista.

Con ello efectivamente el 20% fijado en tales términos actúa como tope máximo de variación del precio a abonar al contratista.

La pretensión del contratista es que a efectos de su retribución sólo se tenga en cuenta lo estipulado en la Cláusula 8 PCAP y en la Cláusula segunda del contrato suscrito, señalando que en ambas nada se establece en relación con el límite del 20%. Esta interpretación, sin embargo, no puede sostenerse porque supone un incumplimiento del PCAP, que constituye la ley del contrato, ya que supone dejar sin efecto lo establecido en la cláusula 6. El hecho de que no se reflejara en el contrato suscrito no altera esta conclusión, pues el mismo ha de ejecutarse de conformidad con lo estipulado en ellos, como por otra parte se hizo constar expresamente en la cláusula primera del citado contrato.

Es más, el contratista no tiene en cuenta que entre las condiciones de la oferta económica que se establecieron en la cláusula 10.3 PCAP no se incluyó ninguna posibilidad de que en las proposiciones presentadas por los licitadores se incluyera variación alguna en relación con el porcentaje del 20%, ni su eliminación, que es lo que pretende el contratista.

La oferta económica establecida en el Pliego únicamente venía referida a la baja de los tipos máximos de licitación establecidos en la cláusula 6 y a ello se ajustó la oferta presentada por el contratista. De aquí no puede extraerse que su oferta tuvo la virtualidad de eliminar lo dispuesto en la misma cláusula sobre el citado porcentaje, que es directamente aplicable e innegociable. Si se aceptara su tesis, se estaría operando por la vía de la interpretación del contrato una modificación del mismo, lo que se encuentra vedado por la LCSP, ya que las modificaciones contractuales han de seguir su propio procedimiento. La potestad de interpretación que a la Administración otorga el artículo 194 LCSP sólo puede utilizarse para solucionar las dudas y ambigüedades de sus cláusulas, no para alterar las condiciones que rigieron la contratación y que quedaron determinadas en el Pliego.

Alega el contratista por otra parte que la cantidad fijada en los pliegos como recaudación óptima constituye un importe aleatorio que no está soportado por análisis, estudio o dato económico serio.

Esta alegación tampoco puede acogerse. El contratista participó en la licitación sin impugnar los Pliegos que la rigieron, de donde resulta su aceptación de los mismos, incluida por tanto la cantidad fijada como retribución óptima. En este sentido, de forma reiterada la jurisprudencia ha considerado que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas, han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes han concurrido a la correspondiente licitación, asumiendo así que tales pliegos se convertirían en ley del contrato (SSTS de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990, 12 de mayo de 1992, 25 de mayo de 1999, 9 de febrero y 19 de marzo de 2001, 26 de junio de 2004, y 26 de diciembre de 2007, entre otras).

No procede, en consecuencia, discutir ahora la exactitud de aquella cantidad fijada en los Pliegos, máxime teniendo en cuenta, como señala la Propuesta de Resolución, que el contratista ya realizaba las labores de colaboración con la recaudación municipal en virtud del contrato suscrito con fecha 13 de junio de 2006, por lo que era conocedor de los datos obrantes en la Recaudación municipal a la fecha de realización del concurso y se encontraba, por tanto, en disposición de valorar la exactitud de la cantidad fijada como recaudación óptima, que, sin embargo, fue aceptada por él al no haber impugnado los Pliegos.

C O N C L U S I Ó N

La interpretación efectuada por la Administración se considera conforme a Derecho.