



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 454/2015

(Sección 2ª)

La Laguna, a 9 de diciembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *interpretación del contrato administrativo de elaboración del proyecto de ejecución y ejecución de las obras correspondientes al "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura", suscrito con O.H.L., S.A. (EXP. 447/2015 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, lo constituye la Propuesta de Resolución del procedimiento de interpretación de la cláusula cuarta del Contrato para la Elaboración del Proyecto de Ejecución y Ejecución de las Obras correspondientes del "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura", adjudicado el 26 de abril de 2011 a la empresa O.H.L., S.A.

2. Dado que la contratista se opone a la interpretación que sostiene el órgano de contratación, la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Cabildo Insular para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.C.a) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 211.3.a) 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 el expediente constan el Acuerdo, de 10 de septiembre de 2015, del Consejo de Gobierno Insular, iniciando el procedimiento de interpretación del contrato relativo a la fecha de aplicación de la fórmula de revisión de precios del

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

contrato; el trámite de audiencia a la empresa contratista y sus alegaciones por las que se opone al criterio del responsable del contrato respecto a la determinación de esa fecha; el informe jurídico al Secretario General de la Corporación; y el informe de fiscalización de la Interventora. Por consiguiente, en la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un dictamen sobre el fondo del asunto.

II

1. Respecto a la legislación aplicable para la interpretación del contrato, se ha de atender a que se adjudicó el 26 de abril de 2011. Esta fecha determina, por mor de la disposición transitoria primera. 2 TRLCSP, que la legislación sustantiva por la que se rige el contrato sea la vigente en dicha fecha, y la constituida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) con las modificaciones que en ella operó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), porque esta última ley se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 5 de marzo de 2011, por lo que en virtud de su disposición final sexagésima segunda, entró en vigor al día siguiente.

La disposición transitoria VII LES dispuso que:

“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En consecuencia, los contratos administrativos adjudicados con posterioridad al 6 de marzo de 2011, como es el caso del presente, se rigen por la Ley 30/2007 con las modificaciones que le introdujo la Ley 2/2011.

También al contrato le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, LCAP), vigentes a la fecha de su adjudicación.

2. Dado el tenor de la disposición transitoria primera y de la disposición final del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, este Real Decreto no es aplicable.

Tampoco la disposición adicional octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, porque según su tenor no es aplicable a los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor. Igual sucede con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española, porque su disposición transitoria excluye del nuevo régimen de revisión de precios de los contratos públicos a los contratos ya adjudicados.

III

1. El objeto del contrato estriba en la elaboración del proyecto de ejecución y la ejecución de las obras correspondientes del "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura", de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) el pliego de prescripciones técnicas particulares, el proyecto básico y la oferta del adjudicatario (cláusula primera del contrato y cláusula primera PCAP).

2. Según la cláusula primera PCAP, el proyecto de ejecución estaba integrado por dos proyectos parciales, cada uno de los cuales se referían a obras completas susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente.

El proyecto parcial nº 1 lo integraba el proyecto técnico y de instalaciones para la ejecución de la obra denominada "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura".

El proyecto parcial nº 2 correspondía al proyecto técnico y de instalaciones para la ejecución de la obra denominada "Plaza pública y aparcamientos subterráneos", con el correspondiente anejo de expropiaciones.

3. Respecto al precio, la cláusula segunda del contrato reza así:

"El precio del contrato es de veinte millones novecientos noventa y cuatro mil ochocientos setenta y ocho euros con cuarenta céntimos (20.994.878,40 €), excluido el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC). En este precio se entienden comprendidos todos los gastos que ocasione la ejecución del contrato y presenta el siguiente desglose:

El precio para la elaboración del proyecto de ejecución asciende a la cantidad de doscientos noventa y cuatro mil cuatrocientos euros (294.400,00 €), excluido el IGIC.

El precio para la ejecución de las obras asciende a la cantidad de veinte millones setecientos mil cuatrocientos setenta y ocho euros con cuarenta céntimos (20.700.478,40 €), excluido el IGIC y presenta el siguiente desglose:

El proyecto parcial nº 1 denominado "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura" por la cantidad de dieciocho millones setecientos veintinueve mil ochocientos treinta y ocho euros con cuarenta céntimos (18.729.838,4 0€).

El proyecto parcial nº 2 denominado "Plaza pública y aparcamientos subterráneos" por la cantidad de un millón novecientos setenta mil seiscientos cuarenta euros (1.970.640,00) ”.

4. Sobre el régimen de pagos, la cláusula décimo sexta PCAP establece:

“16.1. El precio del contrato se dividirá en pagos parciales, siendo el importe del primer pago parcial equivalente al precio de la elaboración del proyecto de ejecución y, el resto de los pagos parciales equivalente al precio de la ejecución de las obras.

16.2. En el primer pago parcial, el contratista tendrá derecho al abono de los trabajos efectivamente ejecutados y formalmente recibidos por la Administración. En todo caso, la entrega exigirá un acto formal, al que asistirá el responsable del contrato, y, en su caso, un representante de la Intervención General y el empresario, si lo desea.

El primer pago parcial se abonará una vez aprobado el proyecto de ejecución de las obras correspondientes al "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura", y recepcionado formalmente.

16.3. Para el pago del precio de la ejecución de las obras, se tendrá en cuenta cada proyecto parcial de forma independiente. A tal efecto, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, hasta el límite de los créditos comprometidos en la anualidad correspondiente, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.

16.4. El contratista tiene derecho al abono, con arreglo a los precios convenidos, de las obras que realmente ejecute con sujeción al proyecto aprobado por la Administración, a las órdenes dadas por escrito por la Administración y a la financiación programada en las anualidades (2010-2015).

Todos los trabajos, medios auxiliares y materiales que sean necesarios para la correcta ejecución y acabado de cualquier unidad de obra se considerarán incluidos en el precio de la misma aunque no figuren en la descomposición de los precios”.

5. El plazo de ejecución del contrato, según su Cláusula V, es el siguiente:

“La ejecución del contrato tendrá una duración de treinta y tres (33) meses, a contar a partir del día siguiente de la firma del presente mismo. La ejecución del contrato se efectuará en dos plazos parciales:

El primer plazo parcial (plazo para redactar el proyecto) es de cinco (5) meses, contados a partir del día siguiente de la firma del contrato; siendo el plazo en el que el contratista deberá presentar el proyecto, integrado en dos proyectos parciales.

A partir del día de entrega del proyecto, el plazo de ejecución del contrato quedará suspendido para que la Administración compruebe que el proyecto recibido se ajusta a lo acordado, y proceda a la supervisión y aprobación del mismo y, en su caso, al replanteo de los proyectos parciales.

En caso de que la Administración observara deficiencias o referencias inadecuadas en el proyecto recibido, se requerirá la oportuna subsanación al contratista, de conformidad con lo establecido en la cláusula 22.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Subsanadas las deficiencias se procederá a efectuar los trámites establecidos en el párrafo anterior.

El segundo plazo parcial (plazo de ejecución de las obras) es de veintiocho (28) meses para la ejecución de los dos proyectos parciales, siendo el plazo de ejecución de las obras el siguiente:

El plazo de ejecución del proyecto parcial nº 1 denominado "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura" es de veintiocho (28) meses.

El plazo de ejecución del proyecto parcial nº 2 denominado "Plaza pública y aparcamientos subterráneos" es de doce (12) meses.

Estos plazos son simultáneos

El plazo de ejecución del proyecto parcial nº 1 se inicia a partir de la firma del acta de comprobación de replanteo, que se considera como fecha oficial de comienzo de las obras y de reanudación del plazo de ejecución del contrato.

El plazo para la ejecución del proyecto parcial nº 2 quedará suspendido hasta que la Administración proceda a la formalización del acta de comprobación de replanteo, una vez obtenida el acta de ocupación de los terrenos, objeto de expropiación.

En caso de que la Administración no pudiera disponer de los terrenos necesario la ejecución de las obras correspondientes al proyecto parcial nº 2 en el plazo de 24 meses a contar desde la aprobación del proyecto y, por ello, se viera obligada a renunciar a la ejecución de la obra, el contratista no tendrá derecho a compensación alguna por no ejecutarse la obra por causa imputable a esta Administración. En todo caso, transcurrido el citado plazo, el contratista tendrá derecho a renunciar a la ejecución del proyecto parcial nº 2".

6. La citada cláusula quinta del contrato remite erróneamente a la cláusula 22.3 PCAP. La cláusula 22 PCAP no está dividida en apartados y consta de un único párrafo

dedicado a las causas de resolución contractual. En realidad se remite a la cláusula 21 PCAP que regula el cumplimiento del contrato del siguiente modo:

“21.1. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto.

21.2. El contratista presentará el proyecto al órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo. Si se observaren defectos o referencias de precios inadecuados en el proyecto recibido se requerirá su subsanación al contratista, en los términos del artículo 286 de la LCSP, sin que pueda iniciarse la ejecución de obra hasta que se proceda a una nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto.

21.3 Subsanación de errores y corrección de deficiencias en el proyecto. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, se hará constar así en el documento de recepción y se darán las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, otorgándole al efecto el plazo de un mes.

Si transcurrido este plazo las deficiencias no hubiesen sido corregidas, la Administración podrá, atendiendo a las circunstancias concurrentes, optar por la resolución del contrato o por conceder un nuevo plazo al contratista.

En el primer caso, procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en la obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25% del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución.

En el segundo caso, el nuevo plazo concedido para subsanar las deficiencias no corregidas será un mes improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25 % del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución.

De producirse un nuevo incumplimiento procederá la resolución del contrato con obligación por parte del contratista de abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado, referente a la elaboración del proyecto de ejecución, con pérdida de la garantía.

Cuando el contratista, en cualquier momento antes de la concesión del último plazo, renunciase a la realización del proyecto deberá abonar a la Administración una indemnización igual a la mitad del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución, con pérdida de la garantía.

21.4. Si las obras efectuadas no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, la Administración podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.

21.5. El contratista tendrá derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada.

21.6. Producida la terminación de las obras, se procederá a su constatación mediante acto formal de recepción, dentro del mes siguiente de haberse producido dicha terminación. A dicho acto concurrirá un facultativo designado por la Administración representante de esta, un representante de la Intervención, si procede, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de esta las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando, en su caso, el plazo de garantía.

Por el contrario, cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas se hará constar así en el acta y el director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquellos; si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato”.

7. Sobre la revisión de precios, la cláusula cuarta del contrato estipula lo siguiente:

«De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 17 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en este contrato procede la revisión de precios para la ejecución de las obras correspondientes del "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura", de conformidad con la fórmula de revisión de precios contenida en el proyecto y aprobada por el órgano de contratación y, en los términos establecidos en la LCSP, referente a la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas».

La citada cláusula 17 PCAP tiene idéntico contenido porque se limita a decir:

«En este contrato procede la revisión de precios para la ejecución de las obras correspondientes del "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura", de conformidad con la fórmula de revisión de precios contenida en el proyecto y aprobada por el órgano de contratación y, en los términos establecidos la LCSP, referente a la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas».

8. En cuanto al replanteo, la cláusula 13 PCAP estatuye:

“13.1. En el plazo no superior a diez días hábiles desde la fecha del replanteo del proyecto parcial nº 1 por parte de la Administración, se procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo del mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 212 de la LCSP.

13.2. Cuando, a juicio de la dirección facultativa de las obras, y sin reserva por parte del contratista, el resultado de la comprobación del replanteo demuestre la posesión real de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del proyecto, se dará por el director de la obra la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta extendida, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.

13.3. En la actualidad no existe plena disponibilidad de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras correspondientes al proyecto parcial nº 2; por tanto, una vez aprobado el proyecto, se procederá por parte de la Administración a la tramitación del expediente de expropiación de los terrenos necesarios para su ejecución, de modo que la ocupación efectiva de aquellos deberá ir precedida de la formalización del acta de ocupación. A continuación se formalizará el acta de comprobación del replanteo, empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta”.

IV

1. La contratista entiende que el *dies a quo* del plazo de un año de ejecución del contrato para que se proceda a la revisión de precios lo determina la fecha de adjudicación del contrato. La Administración, por el contrario, interpreta que ese *dies a quo* se sitúa en el día 21 de diciembre de 2012, fecha de aprobación de los proyectos nº 1 y nº 2.

2. La contratista apoya su interpretación en los arts. 77.1 y 79.3 LCSP que disponen, respectivamente:

Art. 77.1: “La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año de ejecución del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación”.

Art. 79.3: “(...) el índice o fórmula de revisión aplicable al contrato será invariable durante la vigencia del mismo y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad”.

Para la contratista, según estos preceptos, el *dies a quo* del plazo de un año de ejecución del contrato para que se proceda a la revisión de precios es el 26 de abril de 2011, fecha de adjudicación del contrato.

3. La Propuesta de Resolución argumenta lo siguiente:

Que hay que tomar, como se razona en el informe de la Abogacía del Estado 07/09, la fecha de aprobación y replanteo del proyecto por parte de la Administración como referencia para el momento inicial a considerar para el cálculo del índice de revisión de precios, pues es en ese momento cuando los precios quedaron fijados definitivamente, que en este caso es el momento de presentación del proyecto subsanado (14/12/2012); porque no puede considerarse la fecha de adjudicación del proyecto, ni tan siquiera la de presentación del primer proyecto, 26 de octubre de 2011, ya que éste fue informado desfavorablemente por la Administración, requiriendo su subsanación a la empresa contratista. El nuevo proyecto subsanado fue presentado el día 14 de diciembre de 2012 y fue aprobado por resolución de fecha 21 de diciembre de 2012. Este nuevo proyecto incorporó en su presupuesto precios en alguna de las unidades de obra diferentes a los del proyecto inicial, aunque el precio total de cada uno de los proyectos permaneció invariable.

Con base en que la cláusula 17 PCAP establece que “en este contrato procede la revisión de precios para la ejecución de las obras (...)”, considera que la redacción de proyectos está exenta de revisión de precios, no siendo computable la cuantía de esta prestación para el cálculo del 20% de ejecución del contrato exenta de revisión de precios. Por ello, la revisión de precios se ha de aplicar únicamente a la ejecución de obras y de forma independiente a cada uno de los dos proyectos; es decir, que el

primer 20% de los precios de las unidades de obra de cada uno de los dos proyectos parciales está exento de revisión de precios.

Para el cálculo del 20% exento de revisión de precios, el presupuesto total de cada uno de los proyectos parciales -incluyendo el proyecto modificado en el caso del proyecto parcial 1 al igual que en el resto de los casos- el primer 20 % debe considerarse que está exento de revisión de precios.

En el caso del proyecto parcial nº 1, "EDIFICIO DE FORMACIÓN Y CONGRESOS DE FUERTEVENTURA", el proyecto fue aprobado el 21/12/2012, mientras que el Acta de comprobación de replanteo fue suscrita el 26/12/2012, distando 5 días entre los dos actos administrativos y siendo irrelevante la consideración de la fecha de aprobación o replanteo; mientras que para el proyecto parcial nº 2, "PLAZA PÚBLICA Y APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS", dado el tiempo transcurrido entre la aprobación del proyecto (21/12/2012) y el inicio de las obras (24/03/2014), retraso no imputable al contratista, se debe considerar como fecha inicial la de aprobación del proyecto, 21 de diciembre de 2012, ya que de considerar como fecha inicial la de replanteo del proyecto parcial 2 se daría la circunstancia ilógica de que una misma unidad de obra que figura en el proyecto parcial 1 y 2, redactada, supervisada, aprobada y ejecutada en el mismo momento, se abonase a precios distintos en función de que perteneciese a un proyecto parcial u otro.

En conclusión, se propone considerar el 21 de diciembre de 2012 como la fecha de aprobación de los proyectos, fecha a partir de la cuál debe computarse el plazo de un año durante el cual no procede la revisión de precios.

V

1. Antes de abordar el núcleo de la cuestión de interpretación planteada, es necesario precisar tres extremos. Uno de ellos concierne a los dos requisitos para proceder a la revisión de precios que establece el art. 77.1 LCSP. El primero de esos requisitos es de carácter material y consiste en que debe haberse ejecutado el 20 por 100 del precio del contrato. Este 20% queda exento de revisión de precios, la cual solo se aplicará al 80% restante. El segundo es de carácter temporal, porque exige que haya transcurrido un año desde la adjudicación del contrato. Estos dos requisitos no son excluyentes, sino acumulativos porque ambos son condiciones mínimas de aplicabilidad de la institución de la revisión de precios; es decir, solo se puede revisar el precio del contrato en el caso de que se haya ejecutado un 20 por 100 de su importe, porcentaje mínimo que, en toda lógica, deberá cumplirse después de que se

haya iniciado la ejecución y una vez que haya transcurrido un año desde la adjudicación definitiva. Son dos requisitos distintos, que, no obstante, deben cumplirse de forma conjunta, de manera que necesariamente el porcentaje del 20 por 100 solo se puede referir a un aspecto material, relativo a la prestación objeto del contrato, cuyo plazo de iniciación solo puede ser el de la ejecución del contrato, mientras que el requisito temporal, relativo al plazo de un año, se establece con carácter general a partir del momento de adjudicación del contrato. Por tanto, la referencia del último inciso del art. 77.1 LCSP al “primer año de ejecución” simplemente se refiere a un periodo de tiempo de un año, exento de revisión de precios, posterior en todo caso al momento de adjudicación. Véase en tal sentido el informe 35/2010, de 6 de abril de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

2. El segundo extremo que hay que precisar concierne a la fórmula de revisión de precios. El contrato y el PCAP establecen que la revisión de precios para la ejecución de las obras se hará de conformidad con la fórmula de revisión de precios contenida en el proyecto y aprobada por el órgano de contratación “en los términos establecidos la LCSP, referente a la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas”.

El informe, de 13 de diciembre de 2012, de supervisión del proyecto, fija la fórmula polinómica 19 para edificios con estructura de hormigón armado y presupuesto de instalaciones superior al 20 por 100 del presupuesto total, recogida en el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios. En esta fórmula se incluye como uno de sus índices las variaciones en el coste de la mano de obra.

El art. 79.1 LCSP respecto las fórmulas de revisión de precios dice:

“Las fórmulas que se establezcan reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo. No se incluirán en ellas el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial”.

La disposición transitoria segunda LCSP añade que:

“1. Hasta que se aprueben las nuevas fórmulas de revisión por el Consejo de Ministros adaptadas a lo dispuesto en el artículo 79, seguirán aplicándose las aprobadas por el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre (...).

2. En todo caso, transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley sin que se hayan aprobado las nuevas fórmulas, la aplicación de las actualmente vigentes se efectuará con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra”.

Atendiendo a su fecha de publicación oficial y a su disposición final duodécima, la Ley 30/2007 entró en vigor el 31 de abril de 2007. Por ende, el plazo de un año contemplado en la disposición transitoria segunda.2 LCSP venció el 31 de abril de 2008. El contrato se adjudicó el 26 de abril de 2011. A esa fecha no se habían aprobado las nuevas fórmulas de revisión de precios.

Como se acaba de señalar, el contrato y el PCAP establecen que la revisión de precios para la ejecución de las obras se hará de conformidad con la fórmula de revisión de precios contenida en el proyecto “en los términos establecidos la LCSP, referente a la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas”. Esta remisión a las normas sobre revisión de precios de la LCSP es en bloque; por ende, también a su disposición transitoria segunda.2, en virtud de la cual y por imperativo legal quedaban excluidas de todas las fórmulas del Decreto 3650/1970 la variación de precios de la mano de obra. Por consiguiente, para la aplicación de la fórmula polinómica nº 19 del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, debe excluirse el índice correspondiente a la variación del coste de la mano de obra, por aplicación de la disposición transitoria segunda.2 LCSP, norma sobre revisión de precios de la LCSP a la que se remiten la cláusula cuarta del contrato y la cláusula 17 PCAP.

3. La tercera precisión es sobre el momento en que hace efectivo el importe de las revisiones. Al respecto, el art. 82 LCSP dispone que se haga, “de oficio, mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, cuando no hayan podido incluirse en las certificaciones o pagos parciales, en la liquidación del contrato”. La revisión de los precios no realiza de una sola vez cuando se cumple el año de ejecución y el valor de ésta representa el 20% del presupuesto, sino a medida que los correspondientes importes ejecutados se certifiquen o facturen. En el contrato de obras, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la Administración expide esas certificaciones mensualmente en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, y comprenden la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta (art. 215.1 LCSP).

VI

1. El contrato por el cual el contratista elabora el proyecto de las obras, y eventualmente las ejecuta si las partes llegan a un acuerdo sobre la obra y su precio, es un contrato administrativo. En cuanto contiene dos prestaciones, una actual y determinada, la redacción del proyecto, y otra futura y eventual, la construcción de la obra, se puede calificar como un contrato mixto. Pero esta calificación de contrato mixto sólo tiene trascendencia en cuanto a la determinación de su procedimiento de adjudicación, ya que el art. 12 LCSP, intitulado "Contratos mixtos" dispone que: "(c)uando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico".

Según este precepto, el carácter mixto del contrato solo afecta a la elección del procedimiento de adjudicación, no a su régimen jurídico. Este solo puede resultar de los preceptos de la ley (LCSP) que lo regulan.

2. El art. 105.2 LCSP dispone que: "(e)n el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de ésta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación".

En relación con esa regulación, el art. 108.3 LCSP establece que: "(e)l contratista presentará el proyecto al órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo. Si se observaren defectos o referencias de precios inadecuados en el proyecto recibido se requerirá su subsanación del contratista, en los términos del artículo 286, sin que pueda iniciarse la ejecución de obra hasta que se proceda a una nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto".

Por su parte, el citado art. 286 contiene la siguiente regulación:

"1. Cuando el contrato de servicios consista en la elaboración íntegra de un proyecto de obra, el órgano de contratación exigirá la subsanación por el contratista de los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, otorgándole al efecto el correspondiente plazo que no podrá exceder de dos meses.

2. Si transcurrido este plazo las deficiencias no hubiesen sido corregidas, la Administración podrá, atendiendo a las circunstancias concurrentes, optar por la resolución del contrato o por conceder un nuevo plazo al contratista.

3. En el primer caso procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en la obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25 por 100 del precio del contrato.

4. En el segundo caso el nuevo plazo concedido para subsanar las deficiencias no corregidas será de un mes improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25 por 100 del precio del contrato.

5. De producirse un nuevo incumplimiento procederá la resolución del contrato con obligación por parte del contratista de abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado con pérdida de la garantía.

6. Cuando el contratista, en cualquier momento antes de la concesión del último plazo, renunciare a la realización del proyecto deberá abonar a la Administración una indemnización igual a la mitad del precio del contrato con pérdida de la garantía”.

Esta regulación se completa con la contenida en el art. 108.4 LCSP que, al disciplinar la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, dice así:

“En los casos a que se refiere este artículo, la iniciación del expediente y la reserva de crédito correspondiente fijarán el importe estimado máximo que el futuro contrato puede alcanzar. No obstante, no se procederá a la fiscalización del gasto, a su aprobación, así como a la adquisición del compromiso generado por el mismo, hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, circunstancias que serán recogidas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Esta regulación se explica porque, por un lado, el art. 105.1 LCSP exige para la adjudicación de un contrato de obras la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. Sin este Proyecto que define el objeto del contrato no hay contrato de obras. Por otro, el art. 107 LCSP, que es el que determina el contenido de los proyectos, incluye como parte imprescindible de éste “(u)n presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración”.

3. Se debe retener que en este contrato la prestación que constituye y define al contrato de obras, la ejecución de una obra, queda suspendida hasta la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto (art. 105.2 LCSP). Esto es así porque hasta ese momento no se conoce el precio ni el concreto contenido material de la prestación

del contratista, la ejecución de la obra, que es definida por el proyecto. Solo con la aprobación del proyecto la Administración da su consentimiento a esa prestación y al precio; es decir, adjudica el contrato de obras aceptando la oferta del redactor del proyecto que es el documento que define con precisión su prestación y su contraprestación. Por esta razón, el art. 108.4 LCSP establece que en la tramitación del expediente de este tipo de contrato de obras el importe del gasto total del contrato, incluido el de la ejecución de las obras, se fije aproximativamente mediante una estimación que constituirá el límite que en ningún caso se podrá superar en el momento posterior de determinación del precio de las obras. Esto es lo que explica que este precepto disponga que se proceda a la fiscalización del gasto, su aprobación, y el compromiso del gasto únicamente cuando el importe quede debidamente establecido.

3. De la regulación de este tipo del contrato de obras resulta que se caracteriza porque tiene, en una primera fase, un objeto determinado, la elaboración del proyecto, pero indeterminado respecto a la segunda prestación, la ejecución de la obra, porque hasta que no se apruebe su proyecto no se conocen elementos esenciales del contrato de obra como son su precio y la definición, condiciones, características y cualidades de la obra, lo cual está en contradicción con el art. 75 LCSP, que exige que los contratos tengan un precio cierto, y con el art. 105.1 LCSP, que exige para la adjudicación de un contrato de obras la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. En esta primera fase, no hay contrato de obras porque lo impiden los arts. 75 y 105.1 LCSP, ya que no hay consentimiento sobre las características de la obra a realizar ni sobre su precio. Hasta que no se produce la aprobación del proyecto no existen los elementos esenciales del contrato de obras: precio cierto y proyecto que define la obra a ejecutar. Lo que existe es un contrato de servicios, el de elaboración del proyecto, porque tiene un objeto y un precio cierto. Es un contrato que genera la obligación de elaborar un proyecto de obra y la de la Administración de contratar con el redactor del proyecto su ejecución si ha cumplido a su satisfacción con dicho contrato y llegan a un acuerdo sobre el precio. Esta obligación es un *pactum de contrahendo*, un contrato bilateral que sienta las líneas básicas de un contrato posterior que se comprometen a celebrar en el futuro una vez definidas con precisión las prestaciones recíprocas (obra a realizar y su precio) y alcanzado el consentimiento de ambas partes sobre estas. Este precontrato o contrato preliminar no se confunde con el de celebración posterior que ha de ser

definitivo y que requiere un nuevo consentimiento de las partes. El cumplimiento del primer contrato condiciona la adjudicación del contrato futuro, la cual se presenta como eventual y, por ende, independiente de la primera, porque si las partes no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el contratista se libera de la obligación de ejecutar las obras, y la Administración está obligada a abonarle el precio del proyecto. Igualmente, si el contratista no redacta el proyecto a satisfacción de la Administración, esta puede resolver el contrato de elaboración del proyecto con obligación por parte del contratista de abonar una indemnización igual al precio pactado por la redacción del proyecto. Asimismo, de producirse un nuevo incumplimiento del contratista en el segundo plazo para subsanación de deficiencias, procederá la resolución con obligación por parte del contratista de abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado por la elaboración del proyecto.

De esta regulación resulta claro que no hay contrato de obras porque el contratista, si no hay acuerdo sobre el precio, no está obligado a ejecutar la obra y solo se le abona el precio del proyecto, sin que la Administración le haya de indemnizar por desistir de la obra, como sí establece el art. 222.4 LCSP cuando la Administración desiste de un contrato de obras. Igualmente, si el contratista incumpliere, las indemnizaciones que ha de satisfacer se calculan sobre el precio del proyecto, no sobre el precio de un inexistente contrato de obras.

En definitiva, como ya se explicó antes, hasta que no se produce la aprobación del proyecto no existen los elementos esenciales del contrato de obras: precio cierto y proyecto que define la obra a ejecutar. Solo cuando las partes están de acuerdo sobre el proyecto y su precio, es decir, cuando la Administración acepta el proyecto y el precio ofertado por el contratista mediante la aprobación del proyecto y, en consecuencia se lo adjudica, es cuando existe contrato de obras, cuando se cumple el *pactum de contrahendo* establecido en el contrato inicial. La fecha de la aprobación del proyecto en este tipo de contratos es la fecha de adjudicación del contrato de obras que la Administración se comprometía a celebrar si aceptaba el proyecto y el precio ofertado por el contratista.

El art. 77 LCSP establece que procede la revisión de precios cuando el contrato “se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión”. Por consiguiente, tal como sostiene la Propuesta de Resolución, el 21 de diciembre de

2012, fecha de aprobación de los proyectos nº 1 y nº 2, y por ende, de la adjudicación de los contratos de obra que las partes se habían comprometido a celebrar, constituye el *dies a quo* a partir de la cual debe computarse el plazo de un año durante el cual no procede la revisión de precios.

Esta interpretación encuentra apoyo en las Sentencias de 10 abril de 2008 (RJ 2008\2436), y de 8 julio de 2008 (RJ 2008\6743) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en las que se analiza el momento inicial para la aplicación de la revisión de precios en un contrato mixto (redacción del proyecto, ejecución y equipamiento y explotación del servicio público) y se establece que el día inicial es el de la prestación del servicio público, porque es lo más ajustado a la naturaleza del instituto de revisión de precios y al principio de equilibrio financiero del contrato, en cuanto principio esencial en la contratación administrativa ya que en ese momento es cuando comienza el desembolso real por las partes contratantes.

4. La contratista ha alegado que presentó el proyecto el 26 de octubre de 2011, dentro del plazo estipulado, y que no fue hasta el 22 de diciembre de 2012 que la Administración no aprobó el proyecto. Al respecto, se ha de observar que el art. 286 LCSP no fija un plazo para la aprobación del proyecto, porque el tiempo que requiera su comprobación, supervisión y planteo depende de la naturaleza, complejidad y extensión del proyecto.

El proyecto que presentó la empresa adolecía de deficiencias respecto al anexo de expropiaciones y a la composición del equipo multidisciplinar ofertado que obligaron a que la Administración pidiera al contratista su subsanación. Igualmente, durante ese tiempo la empresa encargada de la supervisión del proyecto y la entidad de control de calidad del proyecto no permanecieron inactivas sino que solicitaron informes y documentación técnica del proyecto a la contratista. Todas las solicitudes de subsanación, informes y documentación fueron atendidas diligentemente por la contratista, pero el hecho de que la comprobación y supervisión del proyecto requiriera ese tiempo fue debido en parte a la complejidad y extensión del proyecto y en parte a las deficiencias que presentaba. Por consiguiente, no se puede considerar que la Administración haya incurrido en mora en la aprobación del proyecto. La regla del art. 199 LCSP de que el contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista significa que el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y

que no tengan la consideración de fuerza mayor (STS de 22 noviembre de 2011, RJ 2012\2396).

C O N C L U S I Ó N

El 21 de diciembre de 2012, que es la fecha de aprobación de los proyectos nº 1 y nº 2, y por ende, de la adjudicación de los contratos de obra que las partes se habían comprometido a celebrar, constituye el *dies a quo* a partir del cual debe computarse el plazo de un año durante el cual no procede la revisión de precios. Por consiguiente, la Propuesta de Resolución de la interpretación del contrato administrativo de elaboración del proyecto de ejecución y ejecución de las obras correspondientes al "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura", suscrito con O.H.L., S.A., es conforme a Derecho.