

Dictamen núm. 53/2013, relativo a la interpretación de la cláusula sobre la revisión de precios del contrato para la redacción del proyecto y la ejecución de las obras de la variante de Ferreries*

I. ANTECEDENTES

1. El 15 de abril de 2010, el Consell Insular de Menorca subscribió con la unión temporal de empresas «X y Y» (F UTE) contrato administrativo para la redacción del proyecto constructivo y la ejecución de las obras de la variante Ferreries, en Menorca, con sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas que pasan a formar parte del contrato.

2. Constituyen antecedentes reseñables, de interés para el presente dictamen, los siguientes:

a) El 1 de junio de 2009, la Comisión de Gobierno del referido Consejo Insular aprobó los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas del citado contrato a tramitar por el procedimiento abierto y ordinario y sujeto a regulación armonizada.

b) El 8 de marzo de 2010 se acordó la adjudicación provisional, que se convirtió en definitiva mediante acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 6 de abril de 2010.

c) El 15 de abril de 2010 se suscribe el contrato mixto de redacción del proyecto constructivo y ejecución de obras.

d) El proyecto constructivo, tras su correspondiente tramitación reglamentaria, fue aprobado definitivamente mediante acuerdo de la Comisión de Gobierno de 30 de julio de 2010. El siguiente día 2 de agosto se levantó el acta de comprobación de replanteo que abría paso a la ejecución de las obras.

3. La cláusula 7ª del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió la contratación, y se incorporó al contenido contractual, estableció, en relación a la «Fórmula de revisión de precios», lo siguiente:

[...]

7ª. FÓRMULA DE REVISIÓ DE PREUS

Aquest contracte està subjecte a revisió de preus, d'acord amb l'art. 77.1 de la LCSP, una vegada s'hagi executat, almenys, en el 20 per cent del seu import i hagi transcorregut una any des de la seva adjudicació. En conseqüència, el primer 20 per cent executat i el primer any d'execució quedaran exclosos de la revisió.

La revisió de preus es farà d'acord amb el previst a l'article 78 i següents de la LCSP.

* Ponencia del Hble. Sr. D. Pedro A. Aguiló Monjo, consejero.

La revisió de preus es realitzarà d'acord amb la fórmula núm. 1 del Decret 3650/1970, de 19 de desembre, pel qual s'aprova el quadre de fórmules-tipus generals de revisió de preus, i altra normativa, en els termes expressats en la disposició transitòria segona de la LCSP. L'esmentada fórmula determinarà la revisió de preus en cada data respecte a la data d'adjudicació del contracte, sempre que l'adjudicació es produeixi en el termini de tres mesos des de la finalització del termini de presentació d'ofertes, o respecte a la data en què acabi l'esmentat termini de tres mesos si l'adjudicació es produeix amb posterioritat.

S'usarà la fórmula polinòmica (núm. 1) adjuntada a continuació adequada per a obres de: explanació en general, fermes en general amb tractaments superficials, obres completes de nova carretera amb explanació i paviments de formigó, túnels de gran secció i canals.

$$K_t=0,34 \cdot H_t/H_o+0,26 \cdot E_t/E_o+0,05 \cdot C_t/C_o+0,18 \cdot S_t/S_o+0,02 \cdot L_t/L_o+0,15$$

On els símbols usats corresponen als paràmetres següents:

- K_t = Coeficient teòric de revisió pel moment d'execució t
- H_o = Índex de cost de la mà d'obra en la data de licitació
- H_t = Índex de cost de la mà d'obra en el moment de l'execució t
- E_o = Índex de cost de l'energia en la data de licitació
- E_t = Índex de cost de l'energia en el moment de l'execució t
- C_o = Índex de cost del ciment en la data de la licitació
- C_t = Índex de cost del ciment en el moment de l'execució t
- S_o = Índex de cost de materials siderúrgics en la data de la licitació
- S_t = Índex de cost de materials siderúrgics en la data de l'execució t
- L_o = Índex de cost de lligants bituminosos en la data de licitació
- L_t = Índex de cost de lligants bituminosos en la data d'execució t

(el subrayado es nuestro)

Dicha cláusula constituye el objeto directo de la interpretación que se solicita, como más adelante tendremos ocasión de precisar.

No obstante, por la relación que mantiene con la interpretación solicitada, conviene también transcribir el último apartado de la cláusula 5ª, según la cual:

D'acord amb l'article 108.3, de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, el contractista ha de presentar el projecte constructiu a l'òrgan de contractació per a la seva supervisió, aprovació i replantejament. Si s'observen defectes o referències de preus inadequats en el projecte rebut, s'ha de requerir el contractista perquè ho esmeni, en els termes de l'article 286 de la LCSP, i no es pot iniciar l'execució de l'obra fins que no es faci la nova supervisió, aprovació i replantejament del projecte. En el supòsit que l'òrgan de contractació i el contractista no arribin a un acord sobre els preus, l'últim queda exonerat d'executar les obres, sense cap altre dret davant l'òrgan de contractació que la percepció dels honoraris per a la redacció del projecte corresponent, que s'haurà de justificar degudament davant l'Administració. No obstant l'anterior, el preu màxim a satisfer per aquest concepte no podrà superar l'import de 500.000,00 euros, IVA inclòs.

4. Consta, a continuació, en el expediente una «nota jurídica», de 14 de julio de 2011, en la que se destaca que la inclusión como índice de ponderación para la revisión de

precios del coste de la mano de obra vulnera el artículo 79.1, en relación con la Disposición Transitoria Segunda-2, de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Recuerda, en cambio, que la fecha de inicio del cómputo para la revisión de precios es la de la adjudicación definitiva del contrato (art. 77.1 y 79.3 de la ley 30/2007).

5. El 25 de noviembre de 2011, se incorpora al expediente informe jurídico según el cual la fecha a tener en cuenta para la revisión de precios será la del transcurso de un año desde la adjudicación definitiva (6.04.2010), pero dado que el plazo de presentación de ofertas finalizó el 29.07.2009 y la adjudicación no se produjo hasta el 6.04.2010, transcurridos, por lo tanto, más de tres meses, habría que aplicar la regla especial del artículo 79.3 de la ley 30/2007, reflejada en la cláusula 7ª del pliego, y, en consecuencia, estimar que aquella fecha debía ser el 29.10.2009. Pero, a continuación de dicha conclusión añadía que:

No obstant encara que l'anterior sigui la conclusió d'aquest informe atenent al sentit literal dels plecs i de la LCSP, vull també assenyalar que es podria considerar d'acord amb la argumentació assenyada anteriorment, que aquí tenint en compte que ens trobem amb un supòsit de contracte mixt que conforme l'abans esmentat determina que els preus que han de ser objecte de revisió no els tenim fixats fins l'aprovació del projecte, i per tant i atenent als principis del de preu cert i immutabilitat del contracte, i risc i ventura, la data correcta hauria de ser la de tancament d'aquests preus, i del objecte del contracte, es a dir la data d'aprovació del projecte (30/07/2010). No obstant aquesta última interpretació exigeix un anàlisi que va més enllà de l'establert literalment pels plecs, i obliga a fer una interpretació de conjunt de la LCSP, la qual cosa considero que hauria de ser analitzada per la Junta Consultiva de Contractació. Per tant s'hauria de sol·licitar el corresponent dictamen en aquesta Junta, essent la decisió de sol·licitar-ho del departament de mobilitat.

El informe antedicho acompañaba como documentación a tener en cuenta, entre otros escritos, el informe, de 29 de junio de 2009, del Abogado General del Estado para el Consejo del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), que contiene las siguientes conclusiones

Primera.- Esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que en el caso de los contratos mixtos de elaboración de proyectos y de ejecución de obras no es posible la aplicación literal de las previsiones contenidas en los artículos 103.1 y 104.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas acerca del período de tiempo durante el cual no procederá la revisión de precios y de la fecha a tomar como referencia para la aplicación de los índices o fórmulas de revisión, dado que dicha aplicación literal conduce a consecuencias ilógicas y contrarias al sentido, finalidad y espíritu de las citadas normas legales.

Segunda.-La aplicación literal a estos contratos mixtos del artículo 103.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas llevaría a la consecuencia de que una parte del período temporal de un año durante el cual no procede la revisión de precios transcurriría antes de la fecha de fijación de los

precios del contrato de obras y de la fecha de iniciación de la ejecución de la obra por parte del contratista.

Por consiguiente, debe prevalecer una interpretación lógica, sistemática y teleológica del precepto, con arreglo a la cual el plazo de un año durante el cual no procede la revisión de los precios deberá contarse desde el momento en que, una vez presentado el proyecto por el contratista, la Administración procede a su aprobación y replanteo, por ser éste el momento a partir del cual el contratista da inicio a la ejecución de la correspondiente obra.

Tercera.- Tampoco es posible aplicar literalmente a los contratos mixtos de elaboración de proyectos y ejecución de obras la previsión del artículo 104.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por motivos análogos a los expuestos en la conclusión anterior, ya que en tal caso el cálculo de la revisión tomaría en consideración un período temporal durante el cual los precios de las obras a ejecutar aún no estaban determinados de forma definitiva e irrevocable y el contratista podía valorar la situación existente en el mercado al fijar los precios a incorporar al proyecto.

En este caso, el espíritu y finalidad de la regla del artículo 104.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe conducir a entender que, en estos contratos mixtos, la fecha a considerar para el cálculo de la revisión de precios ha de ser que aquella en la que, en cada caso, hayan quedado fijados definitivamente, y de forma vinculante para ambas partes, los precios de la obra, lo que puede ocurrir bien cuando el contratista presente su proyecto inicial, su la Administración lo aprueba en sus mismos términos, bien cuando el contratista presente su proyecto debidamente subsanado, si la Administración otorga su aprobación al mismo, o bien cuando la Administración y el contratista alcance un acuerdo sobre los precios de las obras, en el caso del último inciso del artículo 125.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuarta.- Los precios a los que habrá de aplicarse la revisión serán aquéllos por los que había de regirse inicialmente la ejecución de las obras, que eran los determinados en la forma expuesta en la conclusión anterior, bien en los proyectos iniciales o subsanados presentados por el contratista y aprobados por la Administración, bien en el correspondiente acuerdo alcanzado entre la Administración y el contratista.

6. Consta, también, informe del Ingeniero Director de las obras del que se deduce que todos los precios utilizados figuran en el cuadro de precios del Doc. nº 4 del Proyecto Constructivo del que resulta que las unidades para las que se tuvieron en cuenta precios del Proyecto de Licitación representan el 89'83% del presupuesto total mientras que las que sufrieron modificaciones o supusieron nuevas unidades incorporadas durante la redacción y aprobación del Proyecto Constructivo representan el 10'17 del presupuesto total.

7. El Conseller Executiu del Departament de Mobilitat i Projectes, en fecha 13 de diciembre de 2011, solicitó informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB acerca de:

- 1.- En quin moment o data s'ha de considerar té lloc la revisió de preus?
- 2.- Respecte de quina data s'ha de produir aquesta revisió de preus?

8. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa emitió el informe 1/2012, de 29 de febrero, en el que asume las conclusiones del informe 7/2009, de 29 de junio, de la Abogacía del Estado, considerando que «[...] en atención a las características específicas de los contratos de elaboración de proyectos y ejecución de obras y a las consideraciones que se han hecho hasta ahora, se ha de entender que el «*dies a quo*» para la revisión de precios y la fecha de referencia para la aplicación de los índices o fórmulas de revisión es en ambos casos, la fecha de aprobación del proyecto, a saber que es en este momento cuando quedan fijados definitivamente los precios de las obras y cuando se cumple la condición que afectaba a la adjudicación de las obras quedando obligadas ambas partes, y así se había de constatar en el pliego de cláusulas administrativas particulares». Por ello, superando una interpretación únicamente literalista, concluye que «De acuerdo con una interpretación lógica, sistemática y teleológica de los artículos 89 y 91 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se ha de considerar que en los contratos de elaboración de proyectos y ejecución de obras el «*dies a quo*» para la revisión de precios y la fecha de referencia para la aplicación de los índices o fórmulas de revisión es la fecha de aprobación del proyecto de obras».

9. Consta, a continuación, informe jurídico, de 26 de abril de 2012, que asume la interpretación anterior y remite a la prerrogativa de interpretación de los contratos administrativos que corresponde a la Administración, con cita de los artículos 194 y 195 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

10. De acuerdo con la misma, el Conseller Executiu del Departament de Mobilitat i Projectes, acuerda el inicio del procedimiento con incorporación al mismo de todos los informes recaídos, cuya interpretación asume, y, en fecha 28 de mayo de 2012, otorga trámite de audiencia al contratista para manifestar conformidad o alegar lo que estime conveniente acerca de la interpretación dada a la cláusula 7ª, sobre revisión de precios, del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato.

11. Con aprovechamiento del trámite, el contratista presenta alegaciones, en fecha 8 de junio de 2012, oponiéndose tanto a la fecha a considerar como «*dies a quo*» para la revisión de precios —que estima debe ser la de la adjudicación del contrato— como a la exclusión de la fórmula de revisión aplicable del índice correspondiente al coste de la mano de obra —por razón de su invariabilidad—, alegando, en síntesis, lo siguiente:

a) En cuanto a la primera cuestión, que no cabe acudir a interpretación alguna cuando la norma es clara. Y lo es, en su criterio, tanto la regla del artículo 77.1 de la Ley 30/2007, como la cláusula 7ª del pliego de cláusulas administrativas particulares que reitera su contenido. Cita en su apoyo la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2012 que se enfrentó, también, a un contrato mixto de aprobación del proyecto y ejecución de la obra, aunque estuviera sometido al régimen jurídico de la revisión de precios contenido en el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R. D. L. 2/2000 de 16 de junio (arts. 103 a 108) y sostuvo que:

— Esa tesis —la de ser suma de dos contratos— no puede compartirse, ya que el contrato, aún reconociéndole una naturaleza mixta, no es una agregación de dos acuerdos contractuales que tuvieran sustantividad propia, sino de dos prestaciones sucesivas (proyecto y ejecución de obras) [...].

— En definitiva, tanto la Cláusula 22 del Pliego, como la 6 del contrato y los artículos 103 a 108 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respaldan la tesis hecha valer por la entidad apelante, por conformar un «corpus» normativo de nítidos tenor y aplicabilidad, al que no es dable oponer el artículo 59 del referido Texto Refundido («Prerrogativas de la Administración»), pues no existen dudas en cuanto a la interpretación y cumplimiento del contrato origen del litigio («in claris non fit interpretatio»).

— «[...] deberá proceder al cómputo de la revisión de precios [...] computando el umbral de un año exento de revisión desde la fecha de adjudicación del contrato (13 de febrero de 2004) y tomando como fecha para la aplicación de los índices subcero aplicables la final del plazo de presentación de ofertas [...].

b) Por lo que se refiere a la segunda, que, según el artículo 79.3 de la Ley 30/2007, «[...] el índice o fórmula de revisión aplicable al contrato será invariable durante la vigencia del mismo» y que se incorporó el índice de mano de obra ahora cuestionado tanto al pliego de cláusulas administrativas particulares como a la formalización del contrato, con una redacción absolutamente clara que no puede variarse por vía interpretativa.

12. En fecha 4 de marzo de 2013 se emite informe de los Servicios Jurídicos desfavorable acerca de las alegaciones formuladas por el contratista sosteniendo, en resumen, que:

a) El contrato mixto de aprobación de proyecto y ejecución de obra aunque sea un sólo contrato se ejecuta en dos fases sucesivas diferenciadas y se caracteriza «[...] per l'existència d'una condició suspensiva; mentre no hi hagi un acord sobre el contingut i els preus del projecte d'obres no se'n pot iniciar l'execució». Además la revisión de precios constituye un instrumento al servicio del principio de equivalencia económica del contrato que permite tener en cuenta las variaciones económicas que se producen durante la ejecución del contrato; y

b) La fórmula polinómica de la revisión de precios comprende literalmente el índice del coste de la mano de obra pero debe realizarse en los términos expresados en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de los Contratos del Sector Público, lo que debe determinar su exclusión.

13. El 11 de marzo de 2013 se incorpora al expediente la certificación del técnico director de la obra que, en aplicación al criterio mantenido por el informe de la JCCA de la CAIB de 29 de febrero de 2012, cuantifica el importe de la revisión de precios en 1.373.037,92 euros.

14. El Conseller Executiu de Mobilitat i Projectes acuerda proponer a la Comisión de Gobierno de la Corporación Insular que se asuma la interpretación efectuada por los Servicios Jurídicos contratada en:

a) Fijar el 30 de julio de 2010, fecha de aprobación definitiva del proyecto constructivo, como la fecha a tener en cuenta para la revisión de precios del contrato y fecha de referencia para la aplicación de la fórmula de revisión.

b) Determinar que la fórmula de revisión de precios a aplicar es la nº 1 del Decreto 3650/1970 con exclusión del efecto variación de precios de la mano de obra, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la LCSP.

c) Solicitar, con carácter previo a la aprobación definitiva del expediente de interpretación del contrato, informe del Consejo Consultivo.

Dicha propuesta se asume, sucesivamente, por la Comisión Informativa de Economía, Territorio y Servicios Generales, celebrada el 11 de marzo de 2013 y por la Comisión de Gobierno, en sesión del siguiente día 18 de mismo mes y año.

15. Mediante escrito de 25 de marzo de 2013, que tuvo entrada en el Consejo Consultivo del siguientes día 2 de abril, se solicitó dictamen preceptivo remitiendo para ello copia íntegra del expediente tramitado encabezado por el índice correspondiente.

Posteriormente, para cumplir el requerimiento de completación de antecedentes, en fecha de 15 de abril de 2013 tuvieron entrada en el Consejo Consultivo de las certificaciones de los acuerdos de la Comisión de Gobierno de 6 de abril de 2010, de aprobación definitiva de la adjudicación del contrato para la redacción del proyecto constructivo y la ejecución de las obras de la Variante de Ferreries y de 30 de julio de 2010, de aprobación definitiva del proyecto.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

El artículo 18 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, establece que el Consejo Consultivo será consultado preceptivamente en los siguientes casos:

[...]

12. Procedimientos tramitados por las administraciones públicas de las Illes Balears en los cuales la ley exija preceptivamente el dictamen de un órgano consultivo, referidos, entre otras, a las siguientes materias:

[...]

c) Interpretación, modificación, resolución y anulación de concesiones y contratos en los términos y las condiciones establecidos en la ley.

Por su parte, el artículo 195, apartado 3, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aplicable en el presente caso, previene igualmente que «[...] será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista».

En consonancia con la normativa expuesta y, en relación a la interpretación contractual, este órgano de consulta ya se pronunció en sus dictámenes 137/2011 y 52, 62 y 85/2012, por citar algunos de los más recientes, señalando que: «la interpretación de los contratos administrativos, si existe oposición del contratista, sea la que fuere la cuantía del negocio jurídico, es actividad que la Administración no puede consumir sin que previamente se haya manifestado al respecto, por vía de informe, el Consejo Consultivo de las Comunidad Autónoma de las Illes Balears. En consecuencia, la emisión de éste dictamen tiene carácter preceptivo».

En el presente caso, corresponde al Presidente del consejo Insular de Menorca la legitimación para solicitar el presente dictamen, con carácter preceptivo, de conformidad con el artículo 21.c de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

Segunda

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable al contrato administrativo cuya interpretación es objeto de consulta, conviene recordar que la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y la disposición transitoria primera del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece que los contratos administrativos adjudicados antes de la entrada en vigor de esa ley y decreto legislativo se rigen, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por la normativa anterior. Por ello, dado que en nuestro caso el contrato para la redacción del proyecto constructivo y la ejecución de las obras de la Variante de Ferreries se adjudicó definitivamente el 6 de abril de 2010, la legislación aplicable al presente contrato está formada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas.

Tercera

En cuanto al procedimiento para resolver las incidencias que surjan entre la Administración y el contratista sobre la interpretación de los contratos, en aplicación del artículo 195 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre y el artículo 97.2 del Real Decreto 1098/20001, de 12 de octubre, resultan exigibles, según la norma citada en último lugar, los siguientes trámites:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

A ello debe añadirse que, por exigencia del artículo 195.3.a de la ley 30/2007 ya citado en la consideración jurídica primera, si existe oposición del contratista, resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo que debe recaer como trámite final previo a la resolución.

En el presente caso consta el acuerdo de la Administración que inicia el procedimiento de interpretación contractual, planteado de oficio, y no a petición del contratista, con los informes técnicos y jurídicos previos pertinentes. También se ha otorgado audiencia al contratista, en los términos del artículo 97.2 del R.D. 1098/2001, aunque el plazo otorgado fuera de diez días, y no de cinco días, hábiles. Consta también, no sólo informe de los servicios jurídicos sino, también, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. No se incorpora, en cambio, informe de la Intervención, pero debe tenerse en cuenta que el referido artículo 97.2.c sólo requiere «en su caso» y que la interpretación que se postula es estrictamente jurídica aunque no pueda dudarse de su trascendencia económica. Finalmente, consta propuesta en la que se concreta la interpretación contractual que se sostiene e, incluso, acuerdo de la de la Comisión de Gobierno que la asume, aunque lo supedita al informe del Consell Consultiu que solicita con carácter previo a la aprobación definitiva del expediente de interpretación del contrato. Dicha resolución definitiva corresponderá a la Comisión de Gobierno del Consell Insular de Menorca como órgano que celebró el contrato.

Cuarta

Con carácter previo a examinar el fondo del asunto, debemos recordar que, en aras a la protección del interés público inherente a la contratación administrativa, la Administración Pública tiene atribuidas legalmente potestades administrativas y prerrogativas (potestad de dirección, de inspección, sancionadora y de interpretación de contratos, de modificación y de resolución), compensadas, para la garantía de los contratistas, con el principio de equilibrio financiero del contrato administrativo y la prohibición del enriquecimiento injusto. Dichas potestades que son, en cualquier caso, una manifestación del «*ius variandi*» de la Administración, tienen carácter reglado y, tal como afirma la doctrina administrativa, la prerrogativa de la interpretación contractual aparece subordinada en su ejercicio a las limitaciones establecidas en la propia Ley, e, incluso, tal como ya se pronunció este Consejo Consultivo en su día (dictamen 14/2000, por ejemplo), el criterio de la Administración contratante no es un dogma inatacable, sino que es exteriorización de un punto de vista susceptible de controversia y revisable ante los órganos jurisdiccionales competentes.

En el presente caso, la Administración insular ejercita su facultad de interpretación contractual, regulada en el artículo 194 de la Ley 30/2007, según el cual:

Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Asimismo, habrá que tener en cuenta que el artículo 193 del mismo texto legal, bajo el rótulo de «Vinculación al contenido contractual», establece que:

Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

En el presente caso, la prerrogativa de interpretación contractual se proyecta, conforme resulta de los antecedentes expuestos, básicamente sobre la cláusula 7ª, relativa a la revisión de precios, del contrato para la redacción del proyecto constructivo y la ejecución de las obras de la Variante de Ferreries en Menorca, y se concreta en las dos siguientes cuestiones:

- a) Cual es la fecha que se ha de tener en cuenta para determinar el inicio del cómputo de la revisión de precios y la fecha de referencia para la aplicación de los índices contenidos en la fórmula de revisión; y
- b) Si la fórmula polinómica de revisión de precios aplicable debe comprender o no la variación del índice del coste de la mano de obra.

Quinta

Para examinar la primera cuestión será relevante deslindar dos perspectivas posibles de análisis: una relativa a la interpretación de la legislación contractual aplicable y otra circunscrita a la interpretación del clausulado contractual. Y no es ocioso recordar que la prerrogativa atribuida a la Administración en materia contractual se ciñe con mayor precisión a la segunda perspectiva.

A) No obstante, es adecuado iniciar el examen por la interpretación de la legislación aplicable y anticipar que, a este respecto, se comparten las conclusiones contenidas en el informe de la Abogacía del Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, que constan en el expediente. En ellas se sostiene que el «*dies a quo*» para la aplicación de la revisión de precios en contrato mixto de redacción del proyecto constructivo y ejecución de obras no deber ser el de la fecha de la adjudicación definitiva, según literalmente deriva del artículo 77.1 y 79.3 de la Ley de 30/2007, de 30 de octubre, sino el de la fecha de aprobación del proyecto constructivo según resulta de una interpretación lógica, sistemática y teleológica del contenido de la indicada Ley que se asienta en síntesis, en las siguientes argumentaciones:

a) Desde el prisma teleológico general la revisión de precios constituye un mecanismo que tiene su origen en el principio de equivalencia económica o equilibrio financiero del contrato para hacer frente a circunstancias externas y ajenas a las partes que normalmente concurren en la vida de un contrato de larga duración que constituye una excepción a los principios de «*pacta sun servanda*», de riesgo y ventura del contratista y de inmutabilidad de los contratos.

b) El artículo 75.1 de la Ley 30/2007 establece que «En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto», como también exige, como contenido mínimo contractual, el artículo 26.1.f del mismo texto legal. A partir de dicha premisa, el artículo 75.3 añade que «Los precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados, en los términos previstos en el capítulo II de este Título, si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución de los contratos». De ello se desprende que la revisión de precios exige, por naturaleza, que, como «*prius*», existan «precios ciertos» fijados en el contrato y que las variaciones económicas que la justifican sólo son «las que acaecen durante la ejecución de los contratos». La aproximación cada vez más precisa a éste último requisito ineludible está en la base de las sucesivas modificaciones legislativas producidas acerca de la determinación de dicho «*dies a quo*», desde la legislación iniciada por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que culminó en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que atendió a la adjudicación (art. 103.1), pero para la aplicación de los índices de la fórmula de revisión tuvo en cuenta la fecha final del plazo de presentación de ofertas en la subasta y en el concurso y la de la adjudicación en el procedimiento negociado (art.104.3); hasta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que es aplicable al caso, que atiende a la fecha de adjudicación (art.77.1), pero para la aplicación de los índices a la de la misma adjudicación si se produce en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas o desde que transcurran dichos tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad (art. 79.3); para finalizar en el Texto Refundido, aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que se fija, en cambio, en la fecha de formalización del contrato para iniciar el cómputo del primer año de exclusión (art. 89.1), pero mantiene para la aplicación de los índices de la fórmula de revisión la misma regla anterior (art. 91.3). Es claro que la última variación consistente en atender al momento de formalización en vez de al de adjudicación deriva de la modificación introducida en orden al perfeccionamiento del contrato que, en la ley 30/2007, se identificaba con la adjudicación mientras que en el TRLCSP se vincula a la formalización (en virtud de modificación introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

c) La contratación conjunta de la elaboración del proyecto constructivo y de la ejecución de las obras, que posibilitaba el artículo 108 de la Ley 30/2007 aplicable al caso, comporta que la administración sólo redacta un anteproyecto o documento similar que, incluso si concurren causas justificadas de interés público podrá limitarse a unas

bases técnicas a las que debe ajustarse el proyecto que debe elaborar el contratista. Y, por lo que ahora importa según resulta del artículo 108.3 de la LCSP, que se reproduce en la cláusula 5ª «in fine» del pliego de cláusulas administrativas particulares:

El contratista presentará el proyecto al Órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo. Si se observasen 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 la 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 llegasen a un acuerdo sobre 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.

Y en el apartado 4, del mismo artículo 108 añade que la reserva de crédito fijará «[...] el importe estimado máximo que el futuro contrato puede alcanzar» y la fiscalización del gasto se pospone 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».

d) Por lo expuesto en el apartado anterior, la regla general de atender a la adjudicación como «*dies a quo*» para la revisión de precios (art. 77.1 citado) que tiene plena lógica para el contrato de obras, en tanto que aquélla contiene el precio cierto y abre la puerta a la ejecución, deviene en incoherente y contradictoria con la naturaleza y finalidad legal de la revisión de precios si estamos ante un contrato mixto que como prestación adicional previa integra también la elaboración del proyecto constructivo, ya que, en tal caso, la adjudicación no contiene precio cierto ni habilita para la ejecución. Sólo con la aprobación del proyecto constructivo presentado por el contratista se concreta definitivamente el objeto y el precio cierto del contrato y se abre paso a la ejecución. En el bien entendido que si no hay acuerdo sobre los precios, que se consideran inadecuados, cabrá incluso que el contratista quede exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho que el pago por la redacción del proyecto.

Pero es importante reseñar que la interpretación lógica, sistemática y teleológica que en tal caso postulamos, que remite como «*dies a quo*» a la aprobación del proyecto constructivo pudo, mejor debió, ser incorporada al pliego de cláusulas administrativas particulares, lo que, según resulta de los antecedentes, no ocurrió.

e) La conclusión expuesta no queda desvirtuada por lo previsto en el artículo 12 de la Ley 30/2007 según el cual «Cuando 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», ya que, aunque suponga, en el presente caso, remisión al contrato de obras sólo lo es para «[...] las normas que deban observarse en su adjudicación [...]», pero no para resolver la cuestión suscitada en el presente dictamen.

Tampoco resulta atendible, contra la conclusión alcanzada, que el artículo 77 de la LCSP contenga norma especial para el contrato de gestión de servicios públicos y no haga lo mismo en relación con el contrato mixto que examinamos. Y ello porque este último no es contrato típico como el de gestión de servicios públicos que lo haga merecedor de una regla especial y el silencio al respecto debe entenderse laguna a colmar mediante la interpretación lógica, sistemática y teleológica postulada.

B) Por lo que se refiere ya a la interpretación de la cláusula 7ª, sobre revisión de precios, del pliego de cláusulas administrativas particulares, expresamente incorporada al clausulado contractual, hay que partir de que su contenido, aunque pudo incorporar la interpretación legal expuesta, se limitó a reflejar la regla general del artículo 77.1 de la LCSP, a remitirse a lo previsto en los artículos 78 y siguientes del mismo texto legal y a reproducir el inciso final del artículo 79.3, de modo que, con absoluta claridad atiende, junto al requisito de que se haya ejecutado al menos el 20% de su importe —que no se cuestiona— a que haya transcurrido un año «[...] desde su adjudicación [...]» y, además, precisa, que para la aplicación de la fórmula de la revisión de precios se partirá de la fecha de adjudicación si se produce dentro de los tres meses siguientes a la finalización del plazo de presentación de ofertas o a la fecha en que terminan dichos tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad a la misma.

Así expuesto, no existen términos hábiles para realizar una «interpretación» de dicha cláusula superadora de su clara literalidad. En particular, cuando dicho pliego pudo, mejor debió, incorporar la interpretación teleológica de la normativa que hemos sostenido. Pero no lo hizo. Dicho en otros términos, no cabe solventar por la vía del uso de la prerrogativa de interpretación de los contratos lo que en realidad se postula como posible vulneración de una interpretación teleológica de la normativa aplicable que conduce a una solución acerca del «*dies a quo*» para la revisión de precios distinta de la fijada con claridad en los pliegos que rigieron la licitación. Tal planteamiento sólo sería viable por la vía de la revisión de oficio del acto preparatorio de aprobación de los pliegos, en aplicación del artículo 34.1 de la Ley 30/2007, que remite a los arts. 102 a 106 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, sea mediante la revisión de oficio de actos nulos, sea mediante la declaración de lesividad de actos anulables. Pero para ello deben concurrir los estrictos requisitos que su respectiva aplicación precisa, que, obviamente, por otra parte, constituyen cuestiones ajenas al presente dictamen.

El criterio expuesto en este punto se ve ratificado por la sentencia de la Sala de los Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de marzo de 2012, relativa a un supuesto análogo, correspondiente a un contrato de redacción del proyecto constructivo y ejecución de las obras, en el que, tanto el pliego como el clausulado contractual remitía el «*dies a quo*» para la revisión de precios a la fecha de la adjudicación y no a la de aprobación del proyecto constructivo. Dicha sentencia concluye que:

[...] no es dable oponer el artículo 59 del repetido Texto Refundido («Prerrogativas de la Administración»), pues no existen dudas en cuanto a la interpretación y cumplimiento del contrato origen del litigio («in claris non fit interpretatio»)

Sexta

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, consistente en determinar si la fórmula polinómica de revisión de precios derivada de la repetida cláusula 7ª del pliego debe comprender o no el índice relativo a la variación del coste de la mano de obra, conviene recordar que, aunque se reproduce la fórmula polinómica nº 1 del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, que comprende expresamente, entre otros que conforman la fórmula, el referido índice, en dicha cláusula 7ª también se establece que:

La revisió de preus es realitzarà d'acord amb la fórmula núm. 1 del Decret 3650/1970, de 19 de desembre, pel qual s'aprova el quadre de fórmules-típus generals de revisió de preus, i altra normativa, en els termes expressats en la disposició transitòria segona de la LCSP

Y, antes, la propia cláusula 7ª ha señalado que:

La revisió de preus es farà d'acord amb el previst a l'article 78 i següents de la LCSP

Pues bien, el artículo 79.1 de la Ley 30/2007 enseña que:

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.

Y la disposición transitoria segunda del mismo texto legal 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.

Resta añadir que el referido plazo de un año transcurrió sin que se hubieran aprobado las nuevas fórmulas de revisión de precios.

Lo expuesto se traduce en que la cláusula 7ª incurre en contradicción interna, en tanto reproduce exactamente la fórmula polinómica nº 1 del Decreto 3650/1970 que comprende como índice el de la variación del coste de la mano de obra al tiempo que remite a una normativa de aplicación que ineludiblemente determina su exclusión del cómputo.

Se trata, sin duda, de un problema de interpretación que debe ser resuelto en favor de la preeminencia de la norma legal imperativa que no puede dejar de aplicarse.

Téngase en cuenta que, aunque reproduce en sus propios términos la fórmula nº 1 del Decreto 3650/1970, la cláusula 7ª advierte que su aplicación se realizará «[...] en los términos expresados en la disposición transitoria segunda de la LCSP» y que de esta última resulta, con claridad meridiana, que «[...] la aplicación de las actualmente vigentes se efectuará con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra».

La conclusión interpretativa que se obtiene es la de que debe aplicarse la fórmula polinómica nº 1 del Decreto 3650/1970, con exclusión, sin embargo, del índice (sumando) correspondiente a la variación del coste de mano de obra.

III. CONCLUSIONES

1ª. El Presidente del Consejo Insular de Menorca está legitimado para solicitar con carácter preceptivo el presente dictamen y el Consejo Consultivo es competente para emitirlo.

2ª. La competencia para resolver el presente procedimiento de interpretación contractual corresponde a la Comisión de Gobierno del Consejo Insular de Menorca.

3ª. La cláusula 7ª del pliego de cláusulas administrativa particulares del contrato de redacción del proyecto constructivo y ejecución de obras de la Variante de Ferreries es clara al computar el «*dies a quo*» para la revisión de precios desde la fecha de la adjudicación, de modo que, por vía interpretativa, no puede variarse ésta, sustituyéndola por la de la aprobación del proyecto constructivo, aunque pudiera ser una interpretación lógica, sistemática y teleológica de la normativa contractual aplicable que, en su caso, debió incorporarse al referido pliego.

4ª. El requisito del umbral exento de revisión a que alude el artículo 77.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y el apartado 1 de la cláusula 7ª del pliego de cláusulas administrativas particulares, debe ser el de un año desde la adjudicación definitiva del contrato, es decir, desde el 6 de abril de 2010.

5ª. La fecha origen para la determinación de los índices subcero de la fórmula de revisión de precios aplicable debe ser la del día 29 de octubre de 2009, resultante de añadir tres meses a la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas, que fue el 29 de julio de 2009 (art. 79.3, Ley 30/2007 y cláusula 7ª del pliego).

6ª. Para la aplicación de la fórmula polinómica nº 1 del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, reproducida literalmente en la cláusula 7ª del pliego de cláusulas administrativas particulares, debe excluirse el índice correspondiente a la variación del coste de la mano de obra, por aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, a la que expresamente se remite la indicada cláusula 7ª.

Palma, 15 de mayo de 2013