

Informe 19/2012, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Cómputo del plazo de un año para proceder a la revisión de precios en los contratos administrativos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público. Interpretación del artículo 77 LCSP tras la reforma operada por la Ley 34/2010.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón, se dirige con fecha 28 de septiembre de 2012, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Con fecha 4 de agosto de 2011 se suscribió contrato administrativo de obra entre el Gobierno de Aragón y la empresa Arquitectura y Energía, SA (Arensa) para la construcción del nuevo edificio de la Audiencia Provincial y Juzgados de Huesca.

El contrato se había adjudicado por Orden del Consejero de Política Territorial, Justicia e Interior de 9 de junio de 2011.

Durante la ejecución del mismo se ha producido una controversia en relación con la revisión de precios aplicable al contrato.

En concreto el Departamento de Presidencia y Justicia, a quien corresponde la gestión del contrato en virtud del Decreto de 22 de julio, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, por el que se asignan las competencias a los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma y se les adscriben sus organismos públicos, estima que el primer año desde la formalización debe ser excluido de la revisión y ello porque entiende que resulta aplicable la dicción literal del artículo 89.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que dice:

“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 formalización. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión”. Es

cierto que el contrato se licitó estando vigente la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en la que el párrafo primero del artículo 77.1 decía textualmente: “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 este se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión”.

La redacción de este precepto era incongruente, porque la ejecución del contrato desde la reforma general por la Ley 34/2010 no podía comenzar hasta que el mismo se formalizara, de modo que el “año desde su adjudicación” y el “primer año de ejecución” eran plazos distintos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 35/10, de 6 de abril de 2011, entendió que el último inciso del artículo 77.1 relativo 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 y computable a partir de éste”.

Sin embargo en el Texto Refundido el artículo 77.1 se convierte en el artículo 89.1. Con la nueva redacción, entendiendo que la diferencia de redacción entre ambos se debe a las facultades del Gobierno de integrar, regularizar, aclarar y armonizar la Ley 30/2007 y el resto de las normas en materia de contratación, entre ellas la Ley 34/2007 y que por lo tanto la interpretación del artículo 77.1 LCSP debe hacerse conforme a la nueva redacción del correlativo artículo 89.

Por su parte la empresa alega que a su entender el plazo exento de revisión debe computarse desde la fecha de adjudicación por aplicación del artículo 77.1 LCSP, que a su entender además viene corroborado por la redacción del artículo 91.3 TRLCSP que referido a las fórmulas aplicables».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 14 de noviembre 2012, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del

Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea la Secretaria General Técnica del Departamento de Presidencia y Justicia, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen jurídico de la revisión de precios en contratos administrativos, contenido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), y la posibilidad de integrar dicho régimen en contratos —como el que da origen a la consulta— iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, estando vigente en dicho momento la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), con la reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los sectores postales y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para su adaptación a la normativa comunitaria en las dos primeras (en adelante Ley 34/2010), ya que ésta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación pública, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Consideraciones generales: la revisión de precios en los contratos administrativos.

La revisión de precios es una más de las técnicas o mecanismos (junto al denominado *factum principis*, y riesgo imprevisible) que la legislación en materia de contratos establece para preservar el equilibrio financiero del contrato, matizando de esta forma el principio de riesgo y ventura.

Concretamente, la figura de la revisión de precios en la contratación administrativa cubre todas las circunstancias que concurren normalmente en la vida de un contrato y, desde luego, los incrementos de costes derivados de la inflación. Así lo expresa, entre otras, la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala 3ª, de 2 de julio de 2004 (Recurso nº 3119/2000), del Tribunal Supremo:

«La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1977 (RJ 1977, 4420), citada por los actores en su escrito de demanda, -que contempla un caso similar a la de autos-, declara que “En la contratación administrativa separándose de la civil, por aplicación del principio del equilibrio técnico financiero del negocio jurídico, el mismo se abona por la Administración al empresario en ‘función de la importancia real de las prestaciones efectuadas’ y no de lo convenido por la parte como ocurre en derecho civil, art. 1450 del Código Civil (LEG 1889, 27) y jurisprudencia que lo integra, por lo cual ese equilibrio financiero, no se respetaría si el precio que ha de recibir el empresario fuese el que ofertó 18 meses antes del perfeccionamiento del contrato».

En este sentido, como ha precisado el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Tercera de fecha 17 de diciembre de 1987), el instrumento o mecanismo de la revisión de precios en la contratación administrativa nace precisamente como una excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura del contratista, que constituyen la regla en los contratos administrativos, de tal manera que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas concibe la revisión de precios como una cláusula de estabilidad o equilibrio financiero del contrato que implica una garantía frente a la inestabilidad económica, de suerte que en los contratos de larga duración o volumen importante, la prestación dineraria a favor del contratista no se vea perjudicada como consecuencia de la inflación.

III. Perfección del contrato y ejercicio de la revisión de precios.

El régimen jurídico de la revisión de precios ha experimentado una evolución estrechamente ligada a la perfección del contrato.

Tras la Constitución Española, la primera legislación en materia de contratos; la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), determinaba, en su artículo 54, que los contratos se perfeccionaban mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados. Por su parte, el artículo 104, indicaba que la revisión de precios, en los contratos regulados en esta Ley, tendrá lugar en los términos establecidos en el título en que se incardinaba, cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hubieran transcurrido seis meses desde su adjudicación.

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la LCAP, mantuvo la perfección del contrato con la adjudicación (artículo 53), ampliando el plazo exento de revisión a un año de ejecución, contado desde dicha adjudicación (artículo 104). Y en idénticos términos, en tanto se le habilitaba para una refundición y armonización, se pronuncia el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en sus artículos 53 y 103. Esta regulación suponía que dado que con la adjudicación se perfeccionaba el contrato, a partir de ese momento comienza el plazo del año de ejecución a que se refiere expresamente la norma. Y es que, en definitiva, lo que decide el día inicial para el plazo de la revisión de precios es la perfección del contrato.

En este sentido, el Consejo de Estado ya había indicado: *«Es bien sabido que la exigencia de forma propia del contrato administrativo no es un requisito constitutivo del mismo. No es un requisito de perfeccionamiento sino un requisito de formalización. Como los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes –CC art 1258- el contrato administrativo se*

perfecciona por la adjudicación (CEst Dict 41914/79, 24-5-79 y Dict 1022/2005, 20-6-05)».

Esta técnica se contempla en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Una de las novedades introducidas en esta norma fue la dualidad de adjudicaciones (provisional y definitiva) y, en consecuencia, la modificación de la perfección del contrato. En su artículo 27.1, indicaba textualmente: *«Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella».*

Por su parte, el artículo 77 LCSP determinaba que la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendría 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 ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión».*

Se mantenía, en suma, la regulación de la derogada LCAP, aunque con la posible duda de en qué tipo de adjudicación, la provisional, que era la que ponía fin al procedimiento de licitación y posibilitaba el recurso (ver nuestro Informe 18/2008), o la definitiva, que era cuando se perfeccionaba. Y en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 1/2010, de 5 de febrero, ya se precisó que la expresión *«adjudicación del contrato»* debía entenderse al momento de la adjudicación definitiva, en tanto era éste el momento en que se perfeccionaba el contrato y, por tanto, se iniciaba la ejecución del mismo.

Así pues, en la legislación administrativa, el elemento que decide cuando comienza la revisión de precios ha sido siempre el momento de perfección del contrato, pues allí nacen las distintas obligaciones sinalagmáticas y comienza la ejecución del contrato. De hecho, y como se recordaba en nuestra Circular 1/2010, de 22 de septiembre, la no formalización, en tanto ya existía contrato, era una de las causas de resolución del mismo.

IV. Interpretación del artículo 77 LCSP tras la reforma operada por la Ley 34/2010.

La Ley 34/2010, para cumplir con las exigencias comunitarias de la Directiva 89/665 y la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por la insuficiencia del régimen de recursos, junto a la nueva regulación del recurso especial, altera el régimen de perfección al momento de la formalización. Y, al no cambiarse la redacción del artículo 77 LCSP, surge la duda interpretativa objeto de consulta en este Informe, relativa a si es el momento de adjudicación o el de formalización el que decide el inicio del plazo para la revisión de precios.

Respecto a la posible contradicción contenida en el párrafo primero de este precepto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 35/2010, de 6 de abril, ha afirmado:

«Respecto de la norma general, la consulta formulada plantea una aparente contradicción entre los dos párrafos del artículo 77.1, al señalar que el hecho de que hubiese transcurrido un año desde su adjudicación, puede resultar contradictorio con la afirmación de que el primer año de ejecución quede excluido de la revisión. No obstante, la interpretación válida de este precepto es la de considerar que el segundo inciso del mismo realiza una función aclaratoria del primero, de manera que, al señalar que es necesario que “hubiese transcurrido un año desde su adjudicación”, significa que “el primer año de ejecución queda excluido de la revisión”, de manera que, teniendo en cuenta que la ejecución del contrato es posterior a la adjudicación, sólo podrá

procederse a aplicar las fórmulas de revisión de precios, una vez que haya transcurrido el plazo de un año desde su adjudicación».

Sin embargo, tal y como se ha explicado en el epígrafe anterior de este Informe, en tanto es la perfección —y no la adjudicación— el momento temporal de inicio del plazo de revisión, la correcta interpretación del artículo 77 tras la reforma obliga a concluir que será la perfección, es decir, ahora la formalización, cuando se comience el referido plazo del año de ejecución a que refiere el artículo 77.1 LCSP. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, hasta que el contrato no ha sido formalizado, éste no existe y, por tanto, no despliega efectos.

No puede olvidarse que la adecuada hermenéutica obliga a rechazar una interpretación literal de la frase «*desde la adjudicación*», en tanto sería contraria a la finalidad normativa y a la previsión del artículo 27 LCSP. Ello porque, al haberse trasladado la perfección del contrato a un momento posterior, la formalización, y habiéndose eliminado en la tramitación de urgencia (artículo 94 LCSP) la posibilidad de iniciar el contrato sin la previa formalización, éste no existe y, por tanto, no despliega efectos hasta que no se suscribe, una vez depurado el acto de adjudicación, que puede quedar en suspenso como consecuencia de la interposición de un recurso especial en materia de contratación. Y es que, lo que debe decidir la correcta interpretación, es la frase contenida en este artículo 77 LCSP, que es la que aporta en todo caso la solución a una aparente contradicción: «*En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión*». Comienzo de ejecución que coincide siempre, por la propia exigencia dogmática contractual, con la perfección del contrato y, por ello, tras la Ley 34/2010, con la formalización del mismo.

Esta aparente contradicción interpretativa resultado de la nueva regulación de la perfección del contrato (artículo 27 LCSP) tras la Ley 34/2010, queda resuelta, en el sentido de este Informe, por el Real Decreto Legislativo 3/2011, con la nueva redacción del artículo 89 TRLCSP, al amparo de la delegación

legislativa recepticia, aclarando —y no innovando— que es el momento de formalización, en tanto es el de la perfección, cuando se inicia el plazo de revisión de precios. Así, queda clara cual debe ser la interpretación del artículo 77 LCSP que debe darse tras la Ley 34/2010 y que, en otro supuesto, resultaría incompatible con la exigencia de que el contrato ya exista y comience su ejecución tras la perfección del contrato.

Aunque se trata de una cuestión ajena a la función consultiva de esta Junta, en aras al principio de seguridad jurídica, conviene realizar alguna observación a las alegaciones de la empresa, que entiende que el plazo exento de revisión debe computarse desde la fecha de adjudicación por aplicación del artículo 77.1 LCSP, lo que a su entender además viene corroborado por la redacción del artículo 91.3 TRLCSP, que se refiere a las fórmulas aplicables. Tal interpretación no altera lo argumentado en este Informe, ya que dicho precepto conserva su redacción dada por la LCSP, y ésta resulta compatible con la fecha de inicio del cómputo de la revisión de precios a partir del año tras la formalización, toda vez que se refiere a la aplicación del índice o fórmula y determinación de la cuantía resultante, por comparación de precios entre la fecha de adjudicación y de ejecución de la parte del contrato objeto de revisión, siendo la primera de ellas más cercana a la oferta presentada por el empresario y, por tanto, más favorable, cuando la revisión de precios resulta positiva.

III. CONCLUSIONES

I. En la legislación contractual, el régimen jurídico de la revisión de precios como técnica de ajuste de las prestaciones económicas de un contrato ha tenido siempre como fecha de inicio el momento de la perfección del contrato,

ya que es aquí cuando nacen las obligaciones sinalagmáticas y comienza la ejecución del mismo.

II. El artículo 89 TRLCSP no ha modificado el régimen de revisión de precios de los contratos, sino que es, ya con la Ley 34/2010, cuando se lleva al momento de formalización, al ser éste el de la perfección del contrato. Nada innova el TRLCSP, sino que aclara —conforme a su función normativa—, que en todo contrato celebrado tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010, será el momento de formalización el que determine el inicio del plazo de un año para la revisión de precios.

III. El artículo 91.3. TRLCSP, relativo a fórmulas de revisión, resulta compatible con el artículo 89 TRLCSP.

Informe 19/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 14 de noviembre de 2012.