ÓRGANOS CONSULTIVOS

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado del 28 de julio de 2021, Núm. 24/2021

Restablecimiento del equilibrio económico del contrato de gestión de servicios a favor de la Administración y Salario Mínimo Interprofesional

Órgano: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Tipo de pronunciamiento: Informe

Número: 24/2021

Clasificación de informes: 5. Cuestiones relativas al precio de los contratos. 5.5. Otras cuestiones relativas al precio en los contratos.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Benavente ha dirigido petición de informe a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en los siguientes términos:

"El Ayuntamiento tiene suscrito con fecha 25 de septiembre de 2012, un contrato para la

"GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO (ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN) DEL MUNICIPIO".

En el contrato se recoge la siguiente fórmula de revisión de precios: El precio del coste unitario de explotación del servicio, medido como coste unitario de explotación por m3 de agua facturada en baja medida o sobre lectura en contador, se entiende que corresponde a las condiciones económicas existentes en la fecha de presentación de ofertas, estando sujeto a revisión todos los años, mediante la aplicación de una fórmula que proporcione la variación de coste unitario de los servicios en función de variables de incidencia relevante en el desarrollo del servicio, debiendo basarse en la siguiente fórmula para el cálculo de costes unitarios de explotación:

Et Mt IPCt

Kt = 0,10 ---- + 0,30 ----- + 0,60 ------

Eo Mo IPCo

Et = Factor de energía o precio kw/h en el momento de la revisión

Mt = Salario mínimo interprofesional en el momento de la revisión

IPCt = Factor Índices Generales de Precios al Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística en el momento de la revisión

E0 = Factor de energía o precio kw/h en el momento de presentación de ofertas

M0 = Salario mínimo interprofesional en el momento de presentación de ofertas

IPC0 = Factor Índices Generales de Precios al Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística en el momento de presentación de ofertas

Es decir, un 30 % de la revisión de precio está afectado por el incremento del salario mínimo interprofesional desde el año de presentación de ofertas y el año de la revisión.

En el BOE de 27 de diciembre de 2018 se publicó el Decreto 1462/2018 de 21 de diciembre por el que se fija el SMI para el año 2019, estableciéndolo en 900 €/ mes, lo que supone un incremento del 22,3 % respecto del año anterior.

Con fecha 5 de febrero de 2020 ha sido publicado el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero por el que se fija el SMI para el año 2020, quedando fijado en 950 €/mes. La evolución de las subidas del SMI desde el año 2005 han sido pequeñas, y bastante acordes con las subidas salariales tanto en el empleo público como en las empresas privadas, fijadas en los convenios, razón por la que se optó por utilizar esa variable en la fórmula de revisión de precios.

El convenio colectivo que rige el contrato en cuestión es el convenio colectivo para las actividades de captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas para la provincia de Zamora para los años 2017, 2018, 2019 y 2020) (BOP Zamora 23/06/2017). En el citado convenio colectivo ningún trabajador, ni incluso el de menor categoría tiene salarios inferiores al SMI, y los incrementos retributivos de los años 2019 y 2020 son en torno a un 2% respecto del año anterior.

La revisión de precios es un mecanismo para compensar los desajustes de los precios a los operadores económicos, y con la finalidad de que los contratistas no asuman el riesgo financiero derivado de las fluctuaciones de precios y liberando al contratista de la carga de soportar aquellos.

Por todo ello podemos concluir, que aplicando tal y como viene en el pliego de cláusulas administrativas la fórmula de revisión de precios, se está produciendo un desequilibrio económico financiero del contrato a favor del contratista y en contra de la Administración, ya que un 30% de la revisión se está produciendo sobre una variable (SMI) que ha sufrido un gran incremento, y sin que esta fluctuación suponga una carga para el contratista, suponiendo eso sí una carga o un desequilibrio para la administración.

El artículo 127.2.2º. b) del Decreto 17 de junio de 1955 (Reglamento de Servicios de las Entidades Locales), parece dar cobertura a la posibilidad poco frecuente de que la administración reclame al contratista concesionario la ruptura del equilibrio financiero de la concesión, cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen en cualquier sentido la ruptura económica de la concesión.

El artículo 282 TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011), aplicable en este caso por ser un contrato anterior a la Ley 9/2017, recoge los supuestos de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos.

La pregunta que se plantea es la siguiente:

¿Sería posible modificar la cláusula del pliego que regula la revisión de precios sustituyendo la variable SMI por el salario del convenio o sería una cláusula no susceptible de modificación?

En el caso de que no sea posible la modificación del contrato en esos términos, ¿se podría restablecer el equilibrio económico del contrato a favor de la administración, al haberse roto el equilibrio por una variable, subida del SMI, ya que esta fluctuación no supone una carga para el contratista, suponiendo eso sí una carga o un desequilibrio para la administración, motivándolo en el riesgo imprevisible, aunque no venga recogido expresamente en el artículo 282 TRLCSP, habida cuenta de que el supuesto de riesgo imprevisible se recoge expresamente en el artículo 127.2.2º b) y 128.1.1º del RSEL y en el Considerando 109 de la Directiva 2014/24?.

En el caso de que tampoco fuera posible el restablecimiento, motivándolo en el riesgo imprevisible, ¿sería posible el restablecimiento a favor de la administración motivándolo en el "factum principis" o actuaciones de la administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (artículo 282.4 del TRLCSP)?"

CONSIDERACIONES JURIDICAS

El Alcalde del Ayuntamiento de Benavente plantea ante esta Junta Consultiva de Contratación Pública diversas cuestiones al respecto de la incidencia de la subida del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en el clausulado de un contrato de gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable y saneamiento (alcantarillado y depuración) del municipio celebrado al amparo del 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 (TRLCSP).

Partiendo de que en la cláusula de revisión de precios del contrato aparece el SMI como variable y de que, como consecuencia de la evolución del mismo en los últimos años, en este contrato se ha producido una revisión de los precios favorable para el contratista se argumenta que se está produciendo un desequilibrio económico financiero del contrato a favor del contratista y en contra de la Administración. Por todo ello, se plantean diversas alternativas para reestablecer el equilibrio económico del contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 282 del TRLCSP.

Antes de resolver la consulta planteada debe recordarse que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados.

Sobre este particular, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta. Por tanto, el informe se pronunciará declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones que se someten a consulta, correspondiendo a los servicios jurídicos de ese Ayuntamiento su interpretación en relación a los casos concretos suscitados.

La cuestión que se plantea, por tanto, en la presente consulta consiste en determinar si, una vez establecida en un contrato de gestión de servicios públicos celebrado al amparo del TRLCSP una cláusula de revisión de previos entre cuyas variables está la evolución del SMI, en el caso de que la evolución al alza de este último produzca una mayor retribución para el contratista procedería aplicar lo dispuesto en su artículo 282, dedicado a la modificación del contrato y al mantenimiento de su equilibrio económico.

Sobre el efecto de la subida del salario mínimo interprofesional aprobada por el Real Decreto 1462/2018 en los contratos públicos, esta Junta Consultiva ha tenido ocasión de pronunciarse en sendos informes de 9 de mayo de 2019, expedientes números 10/19 y 18/19, y en el informe de 21 de octubre de 2019, expediente número 33/19, cuyas consideraciones y conclusiones constituyen el punto de partida para responder a las preguntas planteadas. Estas consideraciones que a continuación glosaremos son extensibles a los efectos que sobre los contratos públicos pueda tener la subida operada mediante el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero por el que se fija el SMI para el año 2020. Estos informes analizan esta cuestión con carácter general respecto a todos los contratos del sector público a la vista de la nueva LCSP, pero su análisis resulta igualmente aplicable a los contratos celebrados al amparo del TRLCSP, dados los términos genéricos en que dichos informes se pronuncian sobre la base de principios vigentes también durante la vigencia del citado TRLCSP.

Tomando como referencia insoslayable el informe de la Abogacía General del Estado Ref.: A.G. – ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD 1/2019 (R- 33/19) de 1 de febrero, cuyos criterios se incorporan a nuestro informe 18/19, se concluye lo siguiente en términos generales:

El Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, es de aplicación obligatoria y general a todos los contratos públicos cualquiera que sea la entidad del sector público de que procedan.

Las reglas contenidas en el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, se aplicarán desde el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y surtirán efectos durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019, procediendo, en consecuencia, el abono del salario mínimo en el mismo establecido con efectos del 1 de enero de 2019.

Las partes del contrato están vinculadas por el mismo y deben cumplir las obligaciones a que se han comprometido. La no atención de tales obligaciones conllevará las consecuencias que en derecho procedan.

Para alcanzar tales conclusiones, señalamos entonces lo siguiente:

“La mayor onerosidad sobrevenida de una relación contractual puede resultar de tres supuestos diferentes:1) modificación del objeto del contrato en virtud del ejercicio de la potestad o prerrogativa que la legislación sobre contratación pública atribuye a estos efectos a la Administración contratante; 2) adopción de disposiciones o medidas de intervención u ordenación económica cuyos efectos inciden o pueden incidir en la relación contractual; 3) hechos o acontecimientos, imprevistos o imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, y que resultan completamente ajenos a la Administración contratante. (…)

Consiguientemente, ha de descartarse la técnica del reequilibrio económico consistente en la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible, que tiene su correlato, en el ámbito del Derecho privado, en la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, y que es precisamente la técnica que trata de corregir el desequilibrio económico del contrato en el tercero de los supuestos antes indicados”.

También señalamos que, descartada la aplicación de la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible, no cabe duda de que el supuesto que se examina tiene su adecuado encaje en la figura del factum principis, dado que la mayor onerosidad de la relación contractual tiene lugar por razón de la adopción de una disposición de ordenación económica cuyos efectos inciden en dicha relación, siendo precisamente la figura del factum principis la técnica de garantía del equilibrio económico del contrato en estos casos de adopción de tales disposiciones. Debe precisarse en este punto que, siendo, como acaba de decirse, el factum principis una técnica de garantía del equilibrio económico del contrato, ello no tiene por obligada consecuencia que en todo caso de adopción de medidas de ordenación económica necesariamente surja la obligación de compensar o reparar la mayor onerosidad de la relación contractual o de modificar el contrato.

Respecto a la posible aplicación de la modificación contractual, cuya aplicación se excluye, se señala en el citado informe que “en el ius variandi, la Administración contratante ejercita (dentro de los límites legales que actualmente establecen los artículos 203 y siguientes de la Ley 9/2007, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –LCSP–) una potestad de naturaleza contractual, en cuanto reconocida por la normativa sobre contratación pública, y que se dirige concreta y específicamente a la modificación del objeto del contrato, lo que, por tanto, determina también la modificación del precio del contrato. Como tal potestad contractual sancionada por la legislación sobre contratación pública, sus consecuencias, entre ellas las económicas, son las establecidas en la propia LCSP.

Respecto al factum principis, indicamos también lo siguiente:

"Con la denominación de factum principis se alude a disposiciones o medidas, básicamente, de ordenación económica o de enteros sectores de la actividad que, por tanto, no se adoptan con la finalidad de modificar la relación contractual, bien que inciden en ella, haciéndola o pudiendo hacerla más onerosa para el contratista. Si, por lo dicho, el factum principis no es una potestad o prerrogativa contractual, las consecuencias que se siguen de él no pueden resolverse con arreglo al marco normativo constituido por la legislación sobre contratación pública. Así las cosas, la mayor onerosidad de la relación contractual a que dé lugar el factum principis ha de recibir el tratamiento que resulte del régimen jurídico sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, en definitiva, esa mayor onerosidad que se produce en el seno de la relación contractual por razón del factum principis y respecto de la cual se pretende una compensación o indemnización no deja de ser un perjuicio ocasionado por consecuencia del ejercicio de una potestad jurídicopública de conformación u ordenación económico-social, ajena, como se ha dicho, a la materia contractual.

Trasladada así la cuestión al marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no resulta procedente compensar o indemnizar al contratista por el mayor coste que experimenta en la ejecución del contrato por consecuencia del incremento del salario mínimo interprofesional, tal y como seguidamente se expone. (…) En efecto, el incremento del salario mínimo interprofesional dispuesto por el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, es una medida de carácter general, puesto que afecta a todos los operadores o agentes económicos que tengan personal a su servicio sin excepción alguna, por lo que, de admitirse la compensación o indemnización, ésta habría de reconocerse no sólo a los adjudicatarios de contratos concertados con todas las Administraciones Públicas (Administración del Estado, Administraciones de las respectivas Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y entidades vinculadas o dependientes de cada una de esas Administraciones territoriales), sino también a los demás operadores o agentes económicos por razón de contratos concertados por ellos entre sí o con sus clientes (pues no cabe duda de que también a estos agentes económicos se les ha incrementado el coste de sus contratos), ya que en otro caso se privilegiaría a unos empresarios respecto de otros, rompiendo así la igualdad ante las cargas públicas.

Se pone así de manifiesto, como no podía ser de otra forma, la inexistencia de un perjuicio singular y de especial intensidad, es decir, la inexistencia de un perjuicio que se limite exclusivamente a unos agentes u operadores económicos, tratándose, por el contrario, de una carga general, lo que justifica, según lo dicho, que resulte improcedente el reconocimiento de una compensación o indemnización."

5. Obviamente, la singularidad de las preguntas planteadas por el Ayuntamiento de Benavente reside en que los efectos de la subida del SMI en este caso son los inversos, es decir, que por razón de la cláusula de revisión de precios incluida en el pliego el incremento del SMI en los años 2019 y 2020 produce un incremento en la retribución a abonar al concesionario por encima, al parecer, del incremento del coste efectivamente producido en la mano de obra del contratista.

En cualquier caso, ello no debe variar la conclusión alcanzada previamente por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en estos casos, pues cabe recordar la vinculación de las partes al contenido contractual expresada en el artículo 209 del TRLCSP y actualmente en el artículo 198 de la LCSP a tenor del cual "Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas." Recogida una cláusula de revisión de precios en un contrato, su aplicación deberá realizarse en los términos previstos en la misma ya que les corresponde a las partes cumplir las obligaciones a que se han comprometido conforme al principio pacta sunt servanda. De acuerdo con ello, tanto el artículo 89.4 del TRLCSP como el artículo 103.4 LCSP, expresamente reconocen el carácter invariable de la cláusula de revisión de precios durante la vigencia del contrato.

Por su parte, respecto de la posible modificación de la cláusula de revisión de precios, el artículo 282 del TRLCSP remite en cuanto al ejercicio de la potestad de modificación del contrato, a los supuestos y circunstancias previsto en el Título V del Libro I, siendo el restablecimiento del equilibrio económico del contrato la consecuencia del ejercicio de dicha potestad de modificación, no la causa que legitima su ejercicio y no procediendo la modificación en un caso como el presente.

Es cierto que a estos casos se debe aplicar el principio general de que la ejecución del contrato se lleva a cabo a riesgo y ventura del contratista (artículo 215 del TRLCSP y 197 de la LCSP), correspondiendo al contratista asumir las consecuencias económicas tanto favorables como desfavorables que la evolución de la cláusula de revisión de precios pudiera tener para la economía del contrato. No obstante, esta Junta ya ha considerado la subida del SMI como un supuesto de factum principis, recogido expresamente para el contrato de gestión de servicios públicos en su artículo 282.4 del TRLCSP, llegando a la conclusión final de que no resulta procedente compensar o indemnizar al contratista por el mayor coste que experimenta en la ejecución del contrato por consecuencia del incremento del salario mínimo interprofesional. Por las mismas razones que se exponen en dichos informes, especialmente por mor de la vinculatoriedad general de medidas de ordenación económica tales como la subida del SMI, cabe llegar a la misma conclusión en el supuesto examinado, aunque en este caso el efecto sea el contrario. Es decir, si no procede indemnizar o incrementar la retribución al contratista en el caso de que la subida del SMI le provoque un incremento de sus costes, tampoco resulta procedente reducir la retribución del contrato a abonar al contratista como consecuencia de que la incidencia en ella del incremento del SMI le resulte venturosa o beneficiosa económicamente. Otra solución sería claramente contraria a derecho y a la equidad que debe regir las relaciones contractuales.

En definitiva, a la vista de lo expuesto, y no resultando posible amparar la subida del SMI acordada por Real Decreto en los supuestos señalados, conforme el criterio de los anteriores informes de esta Junta cabe señalar que las partes del contrato, tanto el contratista como la entidad del sector público contratante, están vinculadas por el mismo y deberán cumplir las obligaciones a que se han comprometido contenidas en la documentación contractual, y ello a pesar de la mayor onerosidad que la subida de dicho SMI pueda suponer para ellas.

A todo lo anterior hay que añadir, desde luego, que parece que la cláusula de revisión de precios que se menciona en la consulta debe estar mal definida, en la medida en que incluye una variable (SMI) cuya evolución, se dice, no afecta al coste.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

Los Real Decretos 1462/2018, de 21 de diciembre, y 231/2020, de 4 de febrero, por los que se fija el SMI para los años 2019 y 2020, son de aplicación obligatoria y general a todos los contratos públicos cualquiera que sea la entidad del sector público de que procedan.

Las partes del contrato están vinculadas por el mismo y deberán cumplir las obligaciones a que se han comprometido no obstante la mayor onerosidad que la subida de dicho SMI suponga para ellas.

Los efectos de la subida del SMI sobre los contratos del sector público no conllevan ninguna compensación o indemnización para la parte que resulte perjudicada por la subida, sea el contratista o sea la entidad del sector público contratante, ni justifican una modificación contractual por tal motivo.