

INFORME 2/2012, DE 3 DE MAYO, SOBRE "POSIBILIDAD DE QUE EL PRECIO DE UN CONTRATO DEBA DETERMINARSE EN FUNCIÓN DE DETERMINADOS OBJETIVOS DE PLAZOS O DE RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR CONSECUENCIA DE LA FORMALIZACIÓN DE OTRO CONTRATO DISTINTO".

ANTECEDENTES

La Secretaria General de la Consejería de Economía y Hacienda se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

En la Memoria que acompaña al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, se decía que "En el nuevo texto la exigencia de certeza en el precio se pone en relación con su carácter determinable sin necesidad de nuevo pacto entre las partes, suavizando así ciertas rigideces de la legislación actual. En la misma línea, se admite el contrato con precios provisionales, si bien estableciendo las cautelas necesarias para que la provisionalidad no suponga indeterminación".

Pues bien, teniendo en cuenta lo que se exponía en la citada Memoria en relación con el precio de los contratos y que el artículo 75.4 de la Ley 30/2007 aparecía redactado en idénticos términos que el actual 87.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), conteniendo ambos preceptos la previsión de que los contratos puedan incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, se plantea la cuestión de si de la redacción del artículo 87.4 TRLCSP ha de entenderse que el cumplimiento del objetivo de plazos o de rendimiento al que se refiere ha de aparecer vinculado con la adjudicación y/o ejecución del propio contrato en el que se incluyan tales cláusulas, o en cambio, si es posible que el precio del contrato pueda determinarse en función de que se alcancen dichos objetivos como consecuencia de la adjudicación y/o ejecución de otro contrato diferente respecto del cual, aquel tiene un carácter instrumental.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 87.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) determina que "los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación".

Por otra parte, el artículo 25.1 TRLCSP, relativo al principio de la libertad de pactos, señala que *“en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*.

Asimismo, el artículo 26.1 f) incluye entre las menciones que deben contener los contratos que celebren las entes, organismos y entidades del sector público, la del precio cierto o el modo de determinarlo. Ahora bien, dado que el concepto de certeza del precio no se define en el articulado del TRLCSP ni en otras normas de Derecho Administrativo, ello obliga *ex art. 19.2 TRLCSP*, a acudir a la regulación prevista en el Derecho Privado, recogiendo este concepto en los artículos 1.447 y 1.449 del Código Civil (CC), que respectivamente establecen: *“Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada”* y *“El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”*

En lo que se refiere a la consulta que se plantea a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre si los objetivos de plazos o de rendimiento que pretenden obtenerse han de derivar del propio contrato en cuyo clausulado se incluyen, o bien pueden obtenerse como consecuencia del procedimiento para la adjudicación o de la ejecución de un contrato posterior respecto del cual aquél tiene un carácter instrumental, en primer lugar, se ha de tener en cuenta que, de conformidad con lo proclamado en el artículo 25.1 TRLCSP, la contratación pública está presidida por el principio de la libertad de pactos, siempre que no se rebasen ninguno de los límites que el propio precepto menciona, a saber, que no vayan en contra del interés público, el ordenamiento jurídico o los principios de la buena administración. Pues bien, no parece que, en principio y con carácter general, pueda proclamarse que el hecho de vincular la cuantía definitiva del precio de un contrato concreto al hecho de que se cumplan determinadas condiciones durante la adjudicación y/o ejecución de otro contrato en relación con el cual, aquél tiene un carácter instrumental en el sentido de que el resultado de los trabajos realizados durante su ejecución son determinantes para la configuración técnica o para el buen desarrollo del proceso de ejecución del segundo, suponga una vulneración de lo que exige la salvaguarda del interés público o de lo que determina la normativa vigente sobre contratación pública, pues se ha de tener en cuenta que del tenor literal del artículo 87.4 TRLCSP antes mencionado, en ningún caso se deduce que el precio que pudiera experimentar variaciones en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento incluidos en los pliegos, ha de ser el del mismo contrato en cuyo clausulado se insertan tales pliegos, es decir, que el precepto no se opone expresamente a que el cumplimiento de los objetivos de que se trate aparezca vinculado a un contrato diferente. Estaríamos, por tanto, en presencia de un contrato en el que la percepción de todo o parte del precio por el contratista estará sujeta al cumplimiento de una determinada condición futura que es la que hará posible su determinación, práctica en absoluta desconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, se ha de poner de manifiesto que la posible vinculación e interrelación jurídica entre varios contratos (y más concretamente, que el precio cierto de un determinado contrato dependa de la licitación y/o ejecución de otro), es admitida sin problemas tanto por los órganos consultivos como por la jurisprudencia, que es lo que ocurre, por ejemplo, en relación con el servicio de mediación de seguros, en el que la retribución definitiva del corredor dependerá tanto del porcentaje sobre la prima neta del coste del seguro que resulte aplicable y que habrá de satisfacerse, no por la Administración, sino por la compañía aseguradora que resulte adjudicataria en el contrato de aseguramiento que habrá de licitarse posteriormente, como del volumen de pólizas suscritas durante la ejecución de éste último contrato.

En este sentido, en el Informe 7/99, de 28 de mayo, de 1999 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares se dice que *“...Pero es que, además, no puede afirmarse que no exista cláusula fijadora de precio en el pliego que examinamos, pues, como se refleja en las cláusulas transcritas en los antecedentes de este informe, el precio o “presupuesto del contrato” viene constituido por el corretaje o comisión que el adjudicatario deberá percibir de los contratistas de seguros, en función del porcentaje que se fije en el contrato que se adjudique, quedando perfectamente determinado como cierto el precio..., habiendo dicho el Tribunal Supremo que el art. 1447 del Código Civil, por más que referido, en concreto, el contrato de compra-venta, es de aplicación general para cualquier clase de contrato en que de precio se trate, según el cual, para que éste se tenga por cierto bastará con que lo sea con referencia a otra cosa cierta (STS de 9 de marzo de 1991).*

Por su parte, la sentencia dictada por la Sección 4ª de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 señala que *“...Así pues, el contrato tiene un precio, que es la comisión derivada de las pólizas intermediadas. Dicha comisión o corretaje es uno de los elementos que los licitadores tienen necesariamente que expresar en sus ofertas siendo tal comisión uno de los criterios decisivos para la adjudicación del concurso. Por tanto, no puede afirmarse que no exista cláusula fijadora del precio en el Pliego que examinamos, pues el precio viene constituido por el corretaje o comisión que el adjudicatario deberá percibir de los contratistas de seguros, en función del porcentaje que se fije en el contrato que se adjudique, quedando por tanto perfectamente determinado como cierto el precio...”*

También podría citarse, en relación con las fórmulas de determinación del precio a que se refiere el artículo 87.4 TRLCSP, el Informe 52/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el que se dice: *“Como ya adelantó el Consejo de Estado antes de que el legislador introdujera el actual artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, como por otra parte exige el actual artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y exigía antes el ya derogado artículo 14 y exigía antes el ya derogado artículo 14 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1485, 1948) , «precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a*

aquel lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias» (dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993). Así el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso.

Ahora bien, estas variaciones deben introducirse respetando lo dispuesto en el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público. El mismo dispone que los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento. En el caso que nos ocupa la cuantía del precio dependerá del cumplimiento del objetivo de incrementar la recaudación del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, objetivo que queda perfectamente definido. Adicionalmente el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público exige que se determine con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación. El supuesto es, una vez más, el incremento en la recaudación y la regla para la determinación del montante del precio es tan claro como aplicar un porcentaje sobre ese incremento.

Cabe concluir que esta Junta Consultiva entiende que la formulación del precio en los términos que plantea la consulta es conforme con el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, resultando un precio determinable que cumple con el principio del precio cierto”.

CONCLUSIONES

Que la redacción del artículo 87.4 del TRLCSP no impide que el precio de un contrato concreto pueda determinarse en función de determinados objetivos de plazos o de rendimientos obtenidos por consecuencia de la formalización de otro contrato distinto entre los que exista una relación de instrumentalidad en el sentido de que los trabajos realizados durante la ejecución del primero sean determinantes para la configuración técnica o para el buen desarrollo del proceso de ejecución del segundo, siempre que la naturaleza y objeto de ambos contratos lo permitan, y aquellas cláusulas de variación del precio no resulten contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración.

Este es nuestro Informe que emitimos en Mérida, a 3 de mayo de 2012.

LA PRESIDENTA



Fdo.: **María Guardiola Martín.**

A handwritten signature in black ink, enclosed within a large, hand-drawn oval.

LA SECRETARIA

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the end.

Fdo.: **María José Navas Bravo.**