

CONTRATO CIVIL DE OBRA

29. CONTRATO PRIVADO DE OBRAS. APLICACIÓN DE REVISIÓN DE PRECIOS

Revisión de precios de un contrato privado de obras concertado por sociedad estatal. Pretensión de que se apliquen para la revisión los índices básicos de costes de construcción elaborados por la Confederación Nacional de la Construcción en vez de los índices aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ¹.

ANTECEDENTES

1. Convocado por la «Sociedad Estatal de Infraestructura y Equipamientos Penitenciarios, S. A.» (SIEP, S. A.) concurso abierto para la adjudicación del contrato de ejecución de las obras de construcción del Centro Penitenciario de Córdoba, y previa adjudicación del mismo a la sociedad «F., S. A.», esta entidad y SIEP, S. A. formalizaron el 8 de abril de 1998 el citado contrato, estipulándose un precio de 5.768.463.000 pesetas y previéndose en la cláusula 32 del repetido contrato la revisión del precio en los términos a que más adelante se hará referencia.

2. Ampliado, por acuerdo de 3 de noviembre de 1999, el plazo de ejecución de las obras hasta el 28 de febrero de 2000, el 30 de diciembre de 1999 se remitió para su supervisión y aprobación técnica el Proyecto Modificado núm. 2 con un aumento del precio del contrato de 831.191.322 pesetas y con una ampliación del plazo de ejecución de tres meses, habiendo sido aprobado dicho proyecto el 8 de mayo de 2000.

3. Mediante escrito de fecha 7 de julio de 2000 «F., S. A.», solicitó que para el cálculo de la revisión del precio del contrato de referencia se aplicasen los «índices básicos de costes de construcción entre el año 1997 y 1999 publicados por la Confederación Nacional de la Construcción» y no los índices mensuales de precios publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, por entender que éstos últimos no reflejan las oscilaciones reales del mercado.

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 11 de octubre de 2000 (ref.: A.G. Entes Públicos 16/00). Ponente: Luciano J. Mas Villarroel.

4. El Presidente de SIEP, S. A. recaba el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la solicitud formulada por «F., S. A.». 29

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Para la adecuada resolución de la cuestión planteada es necesario determinar el sistema de revisión del precio del contrato a que se refiere la consulta.

El aludido contrato, concertado entre SIEP, S. A. y «F., S. A.», ha de calificarse como un contrato privado, y ello en razón de que, siendo el primer requisito para la calificación de un contrato como administrativo un requisito de índole subjetiva, cual es la presencia de una entidad de derecho público (Administración pública) en la relación contractual, este primer requisito falta en el caso que se examina, ya que SIEP, S. A. tiene el carácter de sociedad mercantil y, más concretamente, de sociedad anónima; es por ello por lo que el contrato a que se refiere el presente informe no quedó comprendido en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) –sustituida actualmente por su texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. No se citan, sin embargo, los preceptos de este último texto, sino los de la originaria LCAP, por ser ésta la norma vigente a la fecha de celebración del contrato de que se trata en este informe (18 de abril de 1998)– que delimita su artículo 1, teniendo adecuado encaje, en cambio, en la disposición adicional sexta de dicho texto legal («las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios»), precepto del que se deduce que la relación contractual queda disciplinada, sin perjuicio de lo que seguidamente se indicará, por el Derecho privado.

Ahora bien, el hecho de que el reiterado contrato haya de calificarse, por la razón señalada, como un contrato privado, no impide que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad que sanciona el artículo 1255 del Código Civil (CC), las partes pudieran remitirse, para regular determinados extremos de la relación contractual, a normas de Derecho público características de la contratación administrativa. Tal es lo que aconteció, en efecto, con la previsión contractual relativa a la revisión de precios en el contrato; así, en la cláusula 32.1 se dice que «el contratista tiene derecho a la revisión de precios una vez que se haya superado el 20 por 100 de la obra ejecutada y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación, volumen de obra que no será susceptible de revisión. El cálculo del porcentaje de revisión se hará de conformidad con lo establecido en los ar-

29 títulos 105 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Para el supuesto de que no se hubieran aprobado las fórmulas de revisión tipo que se cita en dicho artículo, este porcentaje se revisará según la fórmula núm. 23 que figura en el apéndice 3 del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre».

Superado el criterio resultante del tenor literal del artículo 1593 del CC («El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales...»), y entendiéndose que dicho precepto no contiene una norma de derecho necesario que sancione la regla de invariabilidad del precio, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes que pueden convenir lícitamente la revisión del precio del contrato (véanse, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1981, 28 de marzo de 1996 y 25 de noviembre de 1997), no cabe duda de la legalidad y validez de la cláusula de revisión de precios antes transcrita al respetar los otros límites que señala el artículo 1255 del CC (moral y orden público).

Dicho lo anterior, y dado que por voluntad de las partes la revisión del precio del contrato de que se trata ha de efectuarse con arreglo a las previsiones de la LCAP, ha de examinarse cuál sea el sistema de revisión de precios de los contratos establecido en dicho texto legal, a fin de pronunciarse sobre la procedencia o no de la petición formulada por «F., S. A.».

II. La revisión de precios en los contratos que contempla la LCAP aparece regulada en sus artículos 104 y siguientes, debiendo completarse estos preceptos, en lo que no se opongan a ellos, con las previsiones del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre revisión de precios en los contratos del Estado y Organismos autónomos, las normas del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos y las previsiones del Decreto 461/1971, de 11 de marzo, por el que se desarrolla el citado Decreto-Ley 2/1964; así, la disposición derogatoria única de la LCAP declara derogados en su apartado 1.e) «El Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre revisión de precios y sus disposiciones complementarias, manteniendo, no obstante, su vigencia con carácter reglamentario en cuanto no se opongan a lo establecido en esta Ley, para todos los contratos sujetos a revisión según el artículo 104 de la misma».

El artículo 105.1, inciso inicial, de la LCAP dispuso que «la revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación». Aunque el tenor literal del precepto transcrito permitiría, entender, en principio, que la revisión de precios podría realizarse alternativamente mediante la aplicación de índices (de precios) o mediante la aplicación de fórmulas, dado que utiliza

la conjunción disyuntiva «o», es lo cierto que los índices son solamente un elemento de las fórmulas de revisión que es el mecanismo mediante el que se efectúa, en su caso, aquélla. Así resulta claramente del artículo 106.1 de la LCAP, según el cual «las fórmulas de revisión servirán para calcular, mediante la aplicación de índices de precios, los coeficientes de revisión». Antes que de mecanismos alternativos de revisión (índices de precios o fórmulas de revisión), se trata de un único sistema o mecanismo de revisión (fórmula) del que los índices de precios son un elemento o parte.

Calculándose la revisión de precios en los contratos sujetos a la LCAP (y, lógicamente, en los contratos privados que se remitan a ella, como es el caso) mediante la aplicación de la fórmula polinómica («fórmula-tipo») que proceda de entre las previstas en el más arriba citado Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, conviene señalar que tales fórmulas están constituidas por los siguientes elementos:

1. Coeficientes de proporcionalidad. Son cantidades constantes (cuya suma ha de ser igual a uno por prescripción del art. 3 del Decreto-Ley 2/1964) que representan, dentro de la fórmula polinómica, la proporción en que intervienen en el precio del contrato los elementos básicos que integran la obra (mano de obra, energía, cemento, materiales siderúrgicos, ligantes bituminosos, etc.).

2. Índices de precios. A diferencia de los coeficientes de proporcionalidad, que son cantidades fijas, los índices de precios son cantidades variables que representan la oscilación de los precios de los elementos básicos que integran la obra y que son considerados por la fórmula polinómica. Tales índices son un cociente obtenido mediante la división del precio del elemento básico de que se trate en el momento en que se vaya a proceder a la revisión entre el precio de dicho elemento en el denominado momento inicial, es decir, en la fecha final del plazo de presentación de ofertas en los contratos adjudicados mediante subasta y concurso y en la fecha de adjudicación en los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado (cfr. art. 106.1 LCAP).

3. Coeficientes de revisión. Son las cantidades resultantes de las operaciones aritméticas de las fórmulas-tipo (suma de las cantidades que resulten de multiplicar cada coeficiente de proporcionalidad por el índice de precio del elemento básico a que dicho coeficiente se refiera) y que se aplican al precio del contrato para incrementarlo o minorarlo.

III. Descrito, en los términos expuestos, el sistema de revisión de precios de los contratos que establece la LCAP y que las partes han declarado aplicable al contrato concertado entre ellas, es claro que la pretensión de «F. S. A.», no supone la eliminación de dicho sistema y su sustitución por otro distinto, sino tan sólo la sustitución de uno de los elementos o factores del reiterado sistema (índices mensuales de precios

29 «publicados en el *BOE*») por otro (índices mensuales de costes de construcción elaborados por la Confederación Nacional de la Construcción), de idéntica naturaleza y con la misma funcionalidad. Así las cosas, deben considerarse las dos prescripciones que la LCAP dedica a los índices de precios.

En primer lugar, y según el artículo 106.2, párrafo segundo, de la LCAP «los índices reflejarán las oscilaciones reales del mercado...». Esta exigencia legal debería tener por consecuencia, en el caso de que los índices aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (órgano competente al respecto, conforme al precepto citado) no reflejasen las oscilaciones reales del mercado, que dichos índices no serían aplicables para calcular la revisión de precio. En efecto, la aprobación (y aplicación para el cálculo de la revisión de precios) de unos índices que no reflejasen los cambios realmente producidos en el coste de la mano de obra y de los materiales resultaría contraria al mandato que formula el precepto legal mencionado e impediría satisfacer el principio de equivalencia de las prestaciones propio de los contratos oneroso-conmutativos (equilibrio económico del contrato), razón de ser de la técnica de revisión de precios.

Ahora bien, para que la anterior consecuencia se produjese sería necesario, ante todo, que quien alegase que los índices oficiales de precios publicados en el *Boletín Oficial del Estado* no reflejan las oscilaciones reales del mercado probase cumplidamente esta circunstancia. En efecto, partiendo de lo dispuesto en el artículo 1214 del CC («Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone») y procediendo por vía inductiva, es claro que cada parte ha de soportar la carga de probar el hecho que constituye el supuesto de la norma jurídica que invoca a su favor, por lo que no cabe duda de que la carga de probar que los aludidos índices no reflejan las oscilaciones reales del mercado corresponde a la parte de la relación contractual que alega esta circunstancia, pues es a dicha parte a la que, pretendiendo la aplicación de unos índices superiores que, a su juicio, reflejan las oscilaciones reales del mercado, beneficiaría la aplicación de estos últimos índices.

Pues bien, en el caso que se examina no puede entenderse, a juicio de esta Dirección, que «F. S. A.», haya probado cumplidamente que los índices oficiales de precios publicados en el *Boletín Oficial del Estado* no reflejan las oscilaciones reales del mercado. Considerando dicha empresa que los referidos índices no se ajustan a dichas oscilaciones, la justificación de ello habría de pasar necesariamente por exponer, en la vía que después se indicará, las razones por las que los datos utilizados para la confección de esos índices no son reales, o bien los errores padecidos en los cálculos estadísticos efectuados con dichos datos o ambas cosas. En lugar de ello, la mencionada empresa, tras alegar que «entre 1997 y 2000 los precios en los capítulos de acero, cerámica, personal y madera aplica-

bles a la fórmula tipo núm. 23 se han elevado en su cuantía tal que no quedan reflejados en los índices oficiales publicados en el *Boletín Oficial del Estado* y que «la subida real de dichos productos es la recogida en los índices publicados por la CNC», se limita a exponer, a modo de razón justificativa de su alegación, el procedimiento o método utilizado por la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) para confeccionar los índices de precios publicados por dicha entidad, lo que no constituye una demostración suficiente de que los índices de precios aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos no reflejan las oscilaciones reales del mercado, máxime cuando el procedimiento seguido para la confección de los índices que aprueba dicho órgano tiene por base no sólo los datos proporcionados por el Ministerio de Fomento y los recogidos en el Índice de Precios Industriales base 1990, sino también encuestas y consultas a empresas del sector de la construcción (esta metodología seguida en la confección de los reiterados índices se expone en la publicación oficial del Instituto Nacional de Estadística del año 1999 denominada «Los índices de las revisiones de precios de los contratos de las Administraciones Públicas. Serie cronológica: 1964-1997»).

Para que, por la razón señalada –no reflejar los índices oficiales de continua referencia las oscilaciones reales del mercado–, no se aplicasen dichos índices en el cálculo de la revisión de precios sería necesario, en cualquier caso, el oportuno pronunciamiento administrativo o judicial a que después se aludirá que, con fundamento en la prueba cumplida de que los índices de precios aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos no reflejan las oscilaciones reales del mercado, así lo declarase y, en consecuencia, anulase esos índices.

En efecto, aunque se entienda que los índices de precios constituyen lo que cierto sector doctrinal denomina «elementos desgajados de la norma», expresión recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 21 de febrero de 1979, 24 de septiembre de 1989 y 25 de febrero de 1999, entre otras) y con la que se alude a aquellos datos que, formando parte del contenido de la norma jurídica, no aparecen, sin embargo, precisados por ésta, correspondiendo su fijación a una determinación general de la Administración, es lo cierto que los repetidos índices constituyen el contenido de un acto administrativo, como lo es el acto de aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Así las cosas, y beneficiándose dicho acto de la presunción de legalidad que establece el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –por lo que dichos índices han de presumirse correctos y, por tanto, válidos– sería necesario que quien alegase que los índices de precios aprobados por el mencionado órgano y publicados en el *Boletín Oficial del Estado* no reflejan las oscilaciones reales del mercado, obtuviese, probando suficientemente esa circunstancia, la anulación del citado acto administrativo, pues sólo así se destruiría

29 la presunción de legalidad del mismo y cesarían, en consecuencia, sus efectos. Debe, pues, concluirse que, como se ha dicho, la inaplicación de los reiterados índices para el cálculo de la revisión de precios, por no cumplir aquéllos el mandato del artículo 106.2, párrafo 2, de la LCAP, exigiría una previa anulación del acto que dispuso su aprobación (y, a su través, de los propios índices), declaración que habría de proceder bien de la propia Administración del Estado, mediante resolución dictada en un procedimiento de revisión de oficio, o bien del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en sentencia firme; en relación con esta última posibilidad, debe señalarse que la previsión que contenía el artículo 9, párrafo tercero, del Decreto-Ley 2/1964, según la cual «el acuerdo del Gobierno aprobatorio de los índices no será recurrible en vía contencioso-administrativa», fue suprimida en la modificación del citado precepto efectuada por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

El anterior criterio no queda desvirtuado, a juicio del este Centro Directivo, por la circunstancia de que, como se ha razonado, la relación contractual a la que se refiere el presente informe es una relación sometida al Derecho privado y de que, partiendo de ello, el conocimiento de las cuestiones contenciosas que se susciten corresponde a la jurisdicción civil (en la cláusula 46 del contrato se dice que «las partes, con renuncia en su caso a su propio fuero, se someten a la jurisdicción ordinaria de los Tribunales competentes de Madrid», si bien en la cláusula 47 acuerdan someter toda divergencia sobre interpretación, cumplimiento o incumplimiento del contrato a arbitraje de equidad).

Debe destacarse en este punto que el supuesto de que se trata es el de una relación contractual jurídico-privada en la que para la regulación de uno de sus extremos, cual es la revisión del precio del propio contrato, las partes declaran aplicable el sistema que a esos efectos establece la legislación de contratos administrativos y al que se someten plenamente, formando parte de dicho sistema un factor o elemento –los índices de precios– cuya determinación se efectúa por la Administración del Estado mediante el oportuno acto administrativo (acto de aprobación). Partiendo de esta premisa, la cuestión suscitada por «F., S. A.» no versa sobre la procedencia del derecho a la revisión de precios en el contrato (cumplimiento o incumplimiento de los requisitos a cuya concurrencia se supedita el derecho a la aludida revisión) ni consiste en dilucidar la fórmula polinómica que debe utilizarse o la correcta o incorrecta aplicación de la misma, cuestiones cuyo conocimiento y resolución corresponderían, sin duda alguna, a la jurisdicción civil (o al arbitraje a que se someten las partes), sino que tiene un alcance y significación muy distintas, ya que lo que se plantea es el ajuste a la legalidad o conformidad a Derecho de ciertos actos administrativos, cuales son los actos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por los que se aprobaron los índices de precios, pues no implica otra cosa la solicitud de que no se apliquen los índices aprobados por dicho órgano y publicados en el *Boletín Oficial del*

Estado por considerar que no reflejan las oscilaciones reales del mercado, como exige el artículo 106.2 de la LCAP. Pues bien, el conocimiento y resolución de esta cuestión compete exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme resulta de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y en el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No cabe entender, por otra parte, que el órgano de la jurisdicción civil al que corresponda el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con el contrato de que aquí se trata sea competente para declarar la anulación de los actos administrativos de aprobación de los índices de precios, con fundamento en el tratamiento que en la legislación española tienen las cuestiones prejudiciales que no sean de carácter penal (cfr. art. 10.1 de la LOPJ). A estos efectos, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que si la prejudicialidad supone la existencia de una primera cuestión que en el orden lógico-jurídico guarda conexión con la cuestión principal objeto del pleito en términos tales que la resolución de la primera sea necesaria para la decisión de la segunda, en el caso que se examina no hay sino una única cuestión –inaplicación de los índices de precios publicados en el *Boletín Oficial del Estado* por no cumplir supuestamente el requisito exigido por el art. 106.2, párrafo segundo, de la LCAP, es decir, por no reflejar las oscilaciones reales del mercado– y, en segundo lugar, y principalmente, que la prejudicialidad no implica una atribución de competencia del órgano judicial al que corresponde el conocimiento de la cuestión principal que suponga una invasión de la competencia de otros órdenes jurisdiccionales, como sería el supuesto, en el caso que se examina, de que un órgano de la jurisdicción civil efectuase el control de legalidad de actos administrativos y, en su caso, los anulase, en contra del criterio reiterado de la jurisprudencia, pudiendo citarse en este sentido, y por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998 (Ar. 966), según la cual «en el orden jurisdiccional civil habrá de partirse del principio de que los actos administrativos ... gozan de la presunción de legalidad, desplegando sus efectos mientras los mismos no sean anulados por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al que la LOPJ en su artículo 24 atribuye en exclusiva la competencia de su control de legalidad».

Siendo, pues, necesario, para que los índices de precios aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos no se apliquen en el cálculo de la revisión de precios en cuestión, la previa anulación de los actos administrativos que los aprobaron (y, a través de dicha anulación, la de los propios índices) por resolución de la Administración dictada en procedimiento de revisión de oficio o por resolución judicial firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y no constando que se haya acordado en una u otra vía la anulación de aquellos actos, no es jurídicamente posible, en opinión de este Centro, dejar de aplicar esos índices para calcular la revisión del precio del contrato a que se refiere el presente informe.

29 Finalmente, debe añadirse una consideración derivada del contenido y alcance del párrafo primero del artículo 106.2 de la LCAP, conforme al cual los índices de precios a que se viene haciendo referencia han de ser aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y publicados en el *Boletín Oficial del Estado*. Esta previsión legal tiene por consecuencia que no puedan aplicarse para el cálculo de la revisión de precios que contempla la propia LCAP índices que no hayan sido aprobados por aquel órgano y publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, lo que descarta la posibilidad de que se apliquen índices de precios confeccionados por entidades u organismos privados (e incluso por otra Administración Pública, según resulta de la disposición final primera.1 de la LCAP y se justifica en el apartado 2.3, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos del mismo texto legal). A partir de esta consideración, y en el caso de contratos sometidos, respecto a la revisión de precios, al sistema establecido por la LCAP, sea por tratarse de contratos administrativos sea por tratarse de contratos privados en los que las partes hayan convenido la aplicación del referido sistema sin reserva o excepción alguna, como acontece en el supuesto que se examina, ha de entenderse que, aun en la hipótesis de que, por no reflejar las oscilaciones reales del mercado, se anulasen en la forma antes indicada los índices de precios, no por ello cabría aplicar en sustitución de los índices anulados los índices confeccionados por una entidad privada, sino que habría que aplicar los nuevos índices que la propia Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobase en sustitución de los anulados.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V. I. la siguiente

CONCLUSIÓN

No se aprecia fundamento jurídico suficiente para acceder a la solicitud formulada por «F., S. A.», en el sentido de que para el cálculo de la revisión de precios en el contrato de construcción del Centro Penitenciario de Córdoba se apliquen los índices básicos de costes de construcción correspondientes a los años 1998 y 1999 elaborados por la Confederación Nacional de la Construcción, en lugar de los índices de precios aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y publicados en el *Boletín Oficial del Estado* en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.