

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 3/2005, de 22 de julio, sobre el límite máximo de gasto en los contratos de suministros previsto en el artículo 172.1 a) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

I.- ANTECEDENTES.

La Intervención General dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe, cuyo contenido es el siguiente:

“Procedente de la Intervención Central del Servicio Andaluz de Salud, ha tenido entrada en esta Intervención General solicitud de informe, acerca de diversas cuestiones en relación con los contratos de suministros, tramitados al amparo del artículo 172.1 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La consulta se ha suscitado con ocasión de la fiscalización de un expediente administrativo, relativo al suministro del radiofármaco denominado fluordesoxiglucosa (FDG) a los Hospitales del Servicio Andaluz de Salud. El expediente se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), razón por la que el PCAP no contempla *“el límite máximo de gasto que para la Administración puede suponer el contrato”*. Sin embargo, dada la necesidad persistente de suministro de este radiofármaco, aun habiéndose superado las cantidades inicialmente previstas, el órgano de contratación, previo informe favorable de la asesoría jurídica, aplicó la fórmula del “límite máximo del gasto” prevista en la cláusula 3.1.1. del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de suministros por el Servicio Andaluz de Salud, mediante procedimiento abierto, modalidad concurso, al amparo del artículo 172.1 a) del TRLCAP. Se acompaña fotocopia de la documentación remitida por la Intervención Central del SAS, que ilustra su consulta.

En consecuencia con los antecedentes expuestos y a la vista de la petición instada, este Centro Directivo, teniendo en cuenta la singularidad de esta modalidad contractual, considera necesario que se despejen las dudas planteadas por la Intervención Central del Servicio Andaluz de Salud respecto al precitado “límite máximo de gasto”. Por ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.1 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, solicita informe sobre los siguientes extremos:

1. ¿El incremento de la cantidad fijada como “límite máximo de gasto” en los PCAP, supone una modificación de los contratos que debe tramitarse con arreglo a lo preceptuado legalmente para las modificaciones contractuales,



o, sin embargo, se trata de una medida de carácter económico-financiero, que no supone alteración de los elementos esenciales del contrato?.

2. Si durante la ejecución del contrato, el correspondiente órgano de contratación propusiera la anulación, total o parcial, de los saldos de créditos contraídos, basándose en la previsión de que no se va a alcanzar la cantidad fijada inicialmente como “límite máximo del gasto”, dicha anulación, ¿implicaría una modificación contractual, o bien, pudiera ser considerada como una resolución unilateral del contrato que, fundada en razones de interés público, puede llevar a cabo la Administración?.
3. El importe que se establezca como “límite máximo del gasto” en los PCAP, o como “importe máximo limitativo del compromiso” en los contratos, ¿debe ser siempre una cantidad fija y conocida desde la adjudicación de estos, o como ocurre en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, puede ser una variable que se obtenga de la aplicación de la fórmula prevista en la cláusula 3.1.1 del Pliego Tipo para la contratación de suministros, antes citada?.”

La cláusula 3.1.1 del Pliego tipo de cláusulas administrativas particulares para la contratación de suministro por el Servicio Andaluz de Salud mediante procedimiento abierto, modalidad de concurso, al amparo del artículo 172.1 a) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone:

“.....

Al tratarse de un expediente tramitado al amparo del artículo 172.1 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si durante el período de vigencia del contrato se superaran las previsiones de gasto consignadas en el apartado 9.1 del Cuadro Resumen, y subsistiera la necesidad de continuar el suministro, el Órgano de Contratación, previa fiscalización por la Intervención, podrá efectuar las correspondiente medidas contables y presupuestarias en cuantía suficiente para el cumplimiento de las obligaciones económicas derivadas, en su caso, de las restantes entregas. Dicha cuantía será la resultante de multiplicar la asignación inicial por el período que reste de su vigencia, dividido todo ello por el período de ejecución transcurrido, que actuará en todo caso como límite máximo del gasto.”.

II.- INFORME.

1.- Para contestar a las preguntas formuladas es necesario previamente analizar algunos elementos esenciales integrantes del contrato.

Con respecto al precio de los contratos el artículo 14 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (TRLCAP), dispone que “Los contratos tendrán siempre un precio cierto”.



En el ámbito del derecho administrativo de la contratación los contratos han de tener un precio cierto. Precio cierto no es precio fijo; no es lo mismo precio cierto que precio fijo, pues, con referencia a aquél, lo que ha dispuesto la legislación es la certeza de la concurrencia del precio, no sus contingencias. Cierto que el precio es susceptible de alteración, pero su alteración tiene sus propias reglas. (Consejo de Estado. Dictamen núm. 1409/1992, de 4 de marzo de 1993)

El artículo 172.1 a) del TRLCAP considera como contrato de suministro “Aquéllos en los que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.”.

Ahora bien, no es que la cuantía o precio total del contrato no exista en el momento de la celebración del contrato, sino que es inexacto. Esta inexactitud en el precio total del contrato no libera a la Administración de hacer una previsión del mismo en función de las unidades que habrá de necesitar durante la vigencia del contrato, cuya justificación deberá constar en el expediente tal como pide el artículo 13 del TRLCAP en atención a su necesidad para los fines del servicio público correspondiente. En todo caso esta previsión no puede ser arbitraria ni contraria al principio de buena administración.

¿Pero esa inexactitud tiene límites?. El Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RgLCAP), dispone en su artículo 67.5 c) que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán en los contratos comprendidos en el artículo 172.1 a) de la Ley, el *límite máximo del gasto* que para la Administración pueda suponer el contrato, y en el artículo 71.6 b) exige que estos contratos contengan el *importe máximo limitativo* del compromiso económico de la Administración.

Conforme al artículo 3.1 del Código Civil, el sentido propio de las palabras utilizadas por la norma, “*límite máximo*” o “*importe máximo limitativo*”, pone de manifiesto una voluntad clara de poner a esa inexactitud un límite, siquiera en su tope máximo, cuya superación nos situaría en las modificaciones contractuales.

Por otra parte la incertidumbre en que se mueve el precepto que se viene analizando no se limita exclusivamente al número de unidades a suministrar y que incide sobre el precio total del contrato, sino también al momento, durante la vigencia del contrato, en que surge la necesidad para la Administración.

La fijación de ese precio total, aunque inexacto, no le es indiferente al licitador. La economía de costes constituye uno de los elementos determinantes de la fijación de los precios que se manifestará en las ofertas presentadas, por lo que el precio total del contrato, aún aproximado, influirá en la fijación de los precios unitarios ofertados.



También la importancia del límite máximo del gasto se pone de manifiesto a la hora de la revisión de precios. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 45/96, de 22 de julio, decía que:

“3. En cuanto al segundo extremo consultado -el de si en los casos del artículo 173.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para fijar el 20 por 100 de ejecución ha de atenderse al importe límite del contrato o al importe de bienes realmente entregados y recepcionados- hay que empezar señalando que aunque la referencia de la consulta lo es al artículo 173.1, debe centrarse exclusivamente en el apartado a), por ser los contratos mencionados en dicho apartado, que se corresponden con el concepto civil del suministro, más restringido que el concepto administrativo, los que suscitan el problema planteado, al ser caracterizados como aquéllos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se definía con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

De las dos soluciones que se apuntan en el escrito de consulta -tomar para calcular el 20 por 100 de ejecución necesario para aplicar la revisión de precios el importe límite del contrato o el importe de bienes realmente entregados y recepcionados- sólo la primera se ajusta a las prescripciones la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que, por otra parte, se alcance a comprender como puede realizarse el cómputo del 20 por 100 de los bienes realmente entregados y recepcionados, ya que ello supondría, en realidad, eliminar este requisito del 20 por 100 de ejecución que exige el artículo 104.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para que proceda la revisión de precios.”

También ese límite sirve para fijar la garantía. No parece admisible que se le exija al contratista prestar una garantía calculada sobre el importe máximo del presupuesto y sin embargo la Administración no se vincule a ese presupuesto. Aunque para estos contratos, cuando se hayan concertado con empresas concesionarias de servicios públicos, el artículo 39 a) del TRLCAP prevé la excepción de la constitución de la garantía.

En este tipo de contratos de suministros no se puede desvincular el objeto del contrato, es decir los “productos o bienes muebles” según el artículo 171 del TRLCAP, de las unidades a suministrar, porque precisamente la continuidad en la prestación constituye la esencia de este tipo de contratos, y tal como dice el artículo 172.1 a) “el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes”.

El precio unitario no es el único elemento definitorio del contrato, también lo es el precio total del mismo, aunque insistimos en forma inexacta. De no ser así las peticiones ilimitadas de suministros por parte de la Administración conculcarían los principios básicos de publicidad y concurrencia.

La cuantificación de un precio total en estos contratos viene también confirmada por el artículo 189 del RgLCAP, dedicado a la cuantía de los contratos de suministros, conteniendo en su apartado b) las reglas para su determinación en



los contratos que tengan carácter de regularidad, permitiendo optar entre realizar el cálculo en atención al valor real o al valor estimado.

Estas reglas son transposición de las contenidas en el artículo 5.3 de la Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y que también se contienen en el artículo 9.7 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, esta última Directiva pendiente de transposición.

La determinación del precio en función de una cláusula condicionante ya fue objeto de estudio por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Informe 42/1963, de 21 de diciembre, decía: *“Suscítase el problema de si es válido un negocio de compraventa o de suministro, en el cual el precio se determina en función de una cláusula condicionante, como la incluida en el presente contrato. Es necesario que el precio sea cierto y, sin duda, sería nulo un contrato de suministro si el importe del mismo se expresase en términos vagos, del tal modo que no pueda llegar a conocerse, al tiempo de la formalización, el compromiso dinerario contraído por la Administración. Pero hay otra vertiente en el problema que se estudia. Se enlaza con la doctrina administrativa de la necesidad de prever con la máxima certidumbre el gasto que lleva implícita la contratación pública, a los efectos de salvar las previsiones presupuestarias y la regularidad de las cuentas.”*

En definitiva, no puede aceptarse que la indeterminación inicial del precio del contrato permita a la Administración desde no solicitar ningún suministro hasta no tener límite en sus peticiones mediante el simple mecanismo de las modificaciones de los créditos que dan cobertura al contrato. De admitir esta conclusión se vería frustrada ya *ab initio* toda expectativa del contratista de ver cumplido el contrato, o bien se le obligaría a realizar unas prestaciones que por encima de sus posibilidades no puede cumplir. Lo cual desborda los elementos más esenciales de la contratación.

Esta interpretación cumple con el requisito de la necesaria seguridad jurídica que debe presidir toda relación contractual, de no ser así se dejaría al arbitrio de la Administración el cumplimiento del contrato, lo que es de todo punto incompatible con el artículo 1256 CC.: *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

Esta afirmación no queda desvirtuada por el contenido del artículo 2.2 del RgLCAP que dispone que no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración, salvo lo establecido en el artículo 172.1 a), ya que el contenido de tales resoluciones o indicaciones debe quedar enmarcado dentro los límites a que se ha hecho referencia.



2.- El artículo 11 del TRLCAP incluye entre los requisitos para la celebración de los contratos por la Administración, la fijación del precio y la existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.

Precio y crédito son dos cuestiones distintas pero íntimamente vinculadas entre sí.

Es de tal relevancia la existencia de crédito que su carencia o insuficiencia produce la nulidad del contrato según prevé el artículo 62 c) del TRLCAP.

El artículo 25 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 5/1983, de 19 de julio, dispone que “Las obligaciones económicas de la Comunidad Autónoma y de sus organismos e instituciones nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen”.

Por su parte el artículo 38.2 en relación con los créditos para gastos dispone que “...no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior a su importe, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley que infrinjan esta norma...”.

El artículo 69.4 del TRLCAP dispone que “Cuando el contrato se formalice en ejercicio anterior al de la iniciación de la ejecución, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá someter la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente. “.

De los preceptos citados se deduce que, si para la validez de todo contrato se exige que cuente con el crédito necesario para hacer frente a las obligaciones derivadas del mismo, la modificación de los créditos que supongan alteración de su cuantía, ya sea aumento, reducción o anulación, debe tener como presupuesto la previa tramitación de los expedientes que den lugar a la resolución o modificación del contrato de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley.

No obstante, en este tipo de contratos, que se caracteriza por la subordinación de la prestación del suministro a las necesidades de la Administración, se podrán saldar los créditos que en la ejecución del contrato no queden ya afectos a dichas necesidades, sin que tal operación constituya una modificación del contrato.

De esta manera podrá ajustarse la financiación presupuestaria del contrato de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del TRLCAP, que en su punto 3 dispone que “la financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación”, teniendo en cuenta que, como se dispone en el punto 1, “el precio se abonará al contratista en función de la prestación



realmente efectuada”, y sin que en consecuencia tales ajustes supongan en estos casos modificaciones contractuales.

III.- CONCLUSIÓN.

1.- Para el incremento del importe previsto en el artículo 67.5 c) como límite máximo de gasto, y en el artículo 71.6 b) como importe máximo limitativo del compromiso económico, ambos del RgLCAP, en los contratos comprendidos en el artículo 172.1 a) del TRLCAP, se habrán de seguir los trámites para la modificación del contrato, cuando esta sea la causa.

2.- La anulación, total o parcial, de los créditos deberá tener como presupuesto la previa tramitación de los expedientes que den lugar a la resolución o modificación del contrato de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley. No obstante, en este tipo de contratos se podrán saldar los créditos que en la ejecución del contrato no queden ya afectos a las necesidades de suministro de la Administración, sin que tal operación constituya una modificación del contrato.

3.- Los importes previstos en los artículos 67.5 c) y 71.6 b) del RgLCAP, tal como expresamente se dispone, son máximos y deberán constar en el pliego y en el contrato, al objeto de ser conocidos por licitadores y adjudicatario.

Es todo cuanto se ha de informar.

