

Informe 59/11, de 1 de marzo de 2012. Fijar como precio una contraprestación económica a percibir por el contratista consistente en un porcentaje sobre los ahorros que se generen.

Clasificación de los contratos. 5.2 Cuestiones relativas al precio de los contratos. Precio del contrato.

ANTECEDENTES.

El Presidente de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos -ANESE-, formula ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

El Presidente de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos - ANESE, con domicilio a efectos de notificaciones en C/ Velázquez 53, 2ªI. 28001 Madrid, cargo para el que fue nombrado por acuerdo de la Asamblea General Ordinaria, celebrada en Madrid el día 28 de Junio de 2011, comparece ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y como mejor proceda en Derecho

DICE:

1. Que ANESE es una asociación de carácter empresarial de ámbito nacional, constituida al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y del Real Decreto Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones, debidamente inscrita y depositados sus Estatutos (se acompaña copia como documento nº 1) en el Registro correspondiente del Ministerio del Interior, cuyos fines son la representación y defensa de los intereses del sector de los servicios energéticos y de las empresas que lo integran (Empresas de Servicios Energéticos), el cual está clara y manifiestamente afectado por la contratación administrativa.

II. Que, en virtud de la naturaleza, fines y ámbito antedichos, goza de legitimación para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artº 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero.

III. Que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe núm. 52/09, de 26 de febrero de 2010, puso de manifiesto la posibilidad de que el precio a pagar consista en un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones), correspondientes a los expedientes fruto de la colaboración entre la Administración contratante y el contratista, concluyendo que la formulación del precio en los términos planteados en la consulta era conforme con el artículo 75.4 de la Ley de Contratos de Sector Público, resultando un precio determinable que cumple con el principio del precio cierto.

IV. Que, de conformidad con lo dispuesto por la Directiva 2006/32 CE, de 5 de abril, y por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, la Empresa de Servicios Energéticos es la Persona (física o jurídica) que proporciona servicios energéticos en las instalaciones de un usuario determinado, estando el pago de dichos servicios basado en la obtención de ahorros de energía.

V. Que, de acuerdo con las normativas antes mencionadas, los servicios energéticos suministrados por una Empresa de Servicios Energéticos consisten en la aplicación de tecnologías eficientes y/o utilización de fuentes de EEER, llevados a cabo mediante un contrato asociado a un ahorro de energía y/o mejora de la eficiencia energética y/o suministro de energía renovable, los cuales deben ser verificables, medibles o estimables.

VI. Que, con base en los antecedentes fácticos y jurídicos que se exponen a continuación, mediante el presente escrito formula la siguiente

CONSULTA:

La cuestión que se plantea es si los órganos de contratación pueden establecer, como contraprestación económica a percibir por el Contratista (Empresa de Servicios Energéticos) un porcentaje sobre los ahorros que se generen como consecuencia de la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética, independientemente de las prestaciones que efectivamente constituyan el objeto del Contrato y de la modalidad contractual adoptada (de carácter mixto, de suministro y servicios, bien como un contrato de servicios).

Cabe mencionar que dicha posibilidad se adecua a lo establecido en la Directiva 2006/32/CE, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos, con la que se pretende desarrollar y potenciar el mercado de servicios energéticos de modo que se logre alcanzar ciertos objetivos de eficiencia y ahorro energético. En su artículo 3, apartado j) define el "contrato de rendimiento energético", como el acuerdo contractual entre el beneficiario y el proveedor de una medida de mejora de la eficiencia energética, cuando las inversiones en dicha medida se abonen respecto de un nivel de mejora de la eficiencia energética convenido por contrato. Asimismo, viabiliza que sea la propia explotación del proyecto de mejora de la eficiencia energética que permita amortizar los gastos de financiación y obtener las tasas de retorno que la inversión espera alcanzar., evitándose, por consiguiente, un impacto sobre el presupuesto de la Administración Pública contratante.

Conforme lo dispuesto por el artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), "la retribución del contratista consistirá en un precio cierto (...)".

No obstante, el concepto de certeza del precio no se define en la LCSP ni en otras normas de Derecho Administrativo, lo que obliga 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 contratante."

La certeza del precio en los contratos administrativos constituye así una manifestación en el ámbito contractual del principio de seguridad jurídica y de la regla general de que la determinación del precio no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. La LCSP (Art. 26) establece la obligación de que todos los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del Sector Público incluya necesariamente la mención de "f.- El precio cierto o el modo de determinarlo".

La regulación contenida en la LCSP y, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) contemplan una serie de figuras, respecto a las cuales se podría discutir si constituyen verdaderas excepciones al principio del precio cierto, o si simplemente suponen matices de dicho concepto. En cualquier de los dos supuestos, la conclusión a la que se ha de llegar es que el concepto de precio cierto no se identifica en la contratación administrativa con el de precio fijo, pues aquél se encuentra sujeto a determinadas circunstancias, que son elementos básicos en la contratación administrativa.

Para una mejor comprensión de las diferencias entre precio cierto y precio fijo, resulta de interés lo expresado por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 52/09, de 26 de febrero, que después de citar un fragmento del Dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo, concluye que el precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso.

En relación con el asunto que nos ocupa, el precio que se pagará a las Empresas de Servicios Energéticos consistirá en un porcentaje sobre los ahorros de energía que se consigan, cuya cantidad, aunque que se pueda variar en función del cumplimiento o no de los objetivos de rendimiento convenidos, quedará perfectamente definida en el Contrato. En los Contratos asociados a un ahorro de energía y/o mejora de la eficiencia energética y/o suministro de energía renovable, la cantidad de ahorros de energía se determina comparándose el consumo de energía antes y después de la implantación del Proyecto, formando parte del Contrato el protocolo de medida y verificación que establecerá las medidas y cálculos que se tiene que realizar para comprobar la cantidad de energía ahorrada.

En conclusión, lo que se quiere dilucidar es si el criterio expresado por esa Junta Consultiva en su Informe núm. 52/09, antes mencionado, de que el montante del precio que se pagará al contratista (un porcentaje sobre el incremento en la recaudación en concepto de principal, intereses y sanciones) es un precio determinable que cumple con el principio del precio cierto, es también de aplicación al caso que nos ocupa, donde el pago de los servicios prestados por el Contratista se basará en los ahorros de energía conseguidos (un porcentaje sobre la diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto).

En base a lo anterior, SOLICITA: Que se sirva admitir el presente escrito con la documentación que se acompaña, tener por formulada consulta por la Asociación Nacional de Servicios Energéticos - ANESE sobre la cuestión planteada en los términos señalados en el cuerpo de este escrito y, previos los trámites oportunos, se emita por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado informe sobre la misma.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Presidente de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos -ANESE-, formula ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa consulta sobre si, de conformidad con la legislación en materia de contratación del sector público, los órganos de contratación pueden establecer, como contraprestación económica a percibir por el contratista (Empresa de Servicios Energéticos) un porcentaje sobre los ahorros que se generen como consecuencia de la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética, independientemente de las prestaciones que efectivamente constituyan el objeto del Contrato y de la modalidad contractual adoptada.

Para ello, realiza una serie de consideraciones que parten de la normativa aplicable a las empresas de servicios energéticos (constituidas por la Directiva 2006/32 CE, de 5 de abril, y por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril) y de la doctrina de la Junta Consultiva sobre el principio del precio cierto de los contratos interpretando lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y que se recoge en el informe 52/09, de 26 de febrero de 2010. La cuestión, por tanto se centra en determinar si la doctrina citada se aplica a los contratos que celebre el sector público con las Empresas de Servicios Energéticos para la implantación de proyectos de mejora de la eficiencia energética.

2. Como se expone en el escrito de consulta, el régimen jurídico de las Empresas de Servicios Energéticos ha sido recogido en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en particular en sus artículos 19 y 20.

En este sentido, el artículo 19, en su apartado 1, establece que *“Se entiende por empresa de servicios energéticos a los efectos de este Real Decreto-ley aquella persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos, en la forma definida en el párrafo siguiente, en las instalaciones o locales de un usuario y afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo”*. Sobre este último aspecto, en lo que se refiere al pago, se señala que *“Todo ello, siempre que el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos.”*

Respecto al contenido de los servicios el apartado 2 señala que *“El servicio energético prestado por la empresa de servicios energéticos consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos. Esta actuación podrá comprender además de la construcción, instalación o transformación de obras, equipos y sistemas, su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes. El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable.”*

Concluye el artículo 19 con el mandato al Gobierno para el establecimiento de un plan de impulso de estas empresas (apartado 3) y otro al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para aprobar un programa de acuerdos voluntarios con estas empresas (apartado 4)

Esta regulación se completa en el artículo 20 con unas especialidades en la contratación de empresas de servicios energéticos en el sector público para la ejecución del programa de prestación de servicios energéticos previsto en el artículo 19. Dichas especialidades se refieren a aspectos procedimentales, a los efectos de agilizar el procedimiento de contratación y no, por lo tanto, a los demás aspectos del régimen jurídico de la contratación a los que será de aplicación, en consecuencia la normativa vigente con carácter general para la contratación del sector público, cuya norma de cabecera hoy es el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

3. A la vista de lo expuesto, la cuestión reside en determinar si lo dispuesto en el TRLCSP respecto al precio de los contratos resulta compatible con el régimen de contraprestaciones previsto en el artículo 19 del Real Decreto-Ley 6/2010 para las empresas de servicios energéticos.

El TRLCSP prevé, al igual que la LCSP, la regla del precio cierto de los contratos (artículo 87 del TRLCSP, artículo 75 de la LCSP) que deberá reflejarse en el contrato así como la forma de determinación (artículo 26.f) del TRLCSP y de la LCSP).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en informe 52/09, de 26 de febrero, ha señalado respecto a esta cuestión que:

“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 de la Ley de Contratos las Administraciones Públicas, “precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquello 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.”

Aplicada esta doctrina al supuesto objeto de consulta, en el que el precio se fija en todo o en parte sobre un porcentaje sobre la diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto, si se tiene en cuenta que el ahorro de energía deberá ser, de acuerdo con el artículo 19 del Real Decreto-ley 6/2010 *“verificable, medible o estimable”*, en principio, puede cumplir con la doctrina expuesta en el informe citado. En estos casos el precio, si bien no es fijo, resulta determinable si se introducen los correspondientes parámetros que permitan cuantificar su variación en base a los ahorros de consumo energético verificados.

Incluso podría darse el caso de la aplicación del régimen excepcional de precios provisionales previsto en el artículo 87.5 del TRLCSP (75.5 de la LCSP) para el supuesto de hecho previsto en ese apartado, es decir, *“cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se*

ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.”

El precio en estos contratos, siguiendo el citado artículo, “*se determinará dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:*

a) El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.

b) Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.

c) Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.”

Por otra parte, cabe reseñar que la regulación contenida en el mencionado artículo 87 del TRLCSP (75 de la LCSP), por su ubicación en el Libro I, referido a la *Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos*, es aplicable con carácter general a la contratación de todo el sector público incluido en el ámbito de aplicación de la Ley.

Bien es cierto que esta posibilidad resulta especialmente aplicable a los contratos de colaboración público-privada en los que se prevé expresamente la remuneración variable asociada a determinados objetivos de rendimiento (11.4 y 136 del TRLCSP y 11.4 y 120 del LCSP), pero igualmente son aplicables para el caso de que los contratos sean calificados como mixtos, de suministro y servicios, o bien como contrato de servicios.

En el ámbito del contrato administrativo de servicios se establece un precepto específico sobre el pago del precio en el artículo 302 del TRLCSP (278 LCSP) que establece que “*En el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades”*, pero dicha previsión no está en modo alguno en contradicción con lo expuesto, ya que deja abierta la posibilidad a que el precio sea fijo o variable por referencia a parámetros que permitan su determinación, siguiendo las regla general expuesta.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los contratos del sector público con empresas de servicios energéticos para la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética, resulta posible que el precio se fije en todo o en parte sobre un porcentaje sobre la diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto.