

## **INFORME 10/05, DE 27 DE OCTUBRE DE 2005**

### **CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCESIÓN. PREVALENCIA DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO SOBRE LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY EN MATERIA DE REVISIÓN DE PRECIOS. CONSIDERACIÓN DE ÍNDICE O FÓRMULA OFICIAL DE REVISIÓN DE PRECIOS.**

#### **ANTECEDENTES**

Por parte del Secretario General de la Conselleria de Educación y Cultura se ha elevado consulta a esta Junta Consultiva, en escrito del siguiente tenor:

*“La Conselleria de Educación y Cultura está tramitando la contratación del servicio público de transporte escolar con la modalidad de concierto, para centros docentes públicos para los cursos escolares 2005/2006, 2006/2007, y 2007/2008.*

*Se han dividido las cuatro islas en diecinueve sectores geográficos, cada uno de los cuales configura un expediente de contratación.*

*El concurso que se sacó a licitación se quedó desierto, por lo cual se modificaron los términos de la puja, con el incremento del precio y con la introducción de una nueva cláusula de revisión de precios en los pliegos por tal de mantener el equilibrio económico financiero del contrato.*

*De acuerdo con el artículo 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el cual se crea la Junta Consultiva de Contratación y los artículos 15 y 16 del Acuerdo de 10 de octubre de 1997, que aprueba el Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se formaliza **solicitud de informe sobre:***

- 1. Visto el informe 68/04 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, de acuerdo con los artículos 4 y 162 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (LCAP), y visto, por una parte, el principio de libertad de pactos, como también por otra, el carácter de norma especial (art. 162), propia de la regulación concreta de las especialidades de un contrato típico, ante las regulaciones genéricas de la parte general de la Ley de contratos de las administraciones públicas (artículos 103 y 104), se solicita a la Junta Consultiva que informe si se puede sostener que, de acuerdo con el informe mencionado, en el contratos de gestión de servicio público las cláusulas del contrato (por lo tanto, las del pliego) prevalecen sobre las prescripciones de la Ley en materia de revisión de precios .*
- 2. Si una modalización lineal (4 puntos) sobre el IPC (de transportes), constante por un periodo de tiempo determinado (cursos 2005/2006, 2006/2007,2007/2008) y que está*

*claramente establecida en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos del servicio escolar de transporte (apartado I), y que en caso alguno abarca toda la duración potencial del contrato, se puede considerar como índice o fórmula oficial de revisión de precios debidamente justificados de acuerdo con los artículos 104 y 162 de la LCAP y 104 del RCAP.*

- 3. En el supuesto que el órgano de contratación, pese a los artículos 4 y 162 de la LCAP, no pueda pactar una revisión de precios que mantenga el equilibrio económico financiero del contrato, o la revisión indicada en los pliegos no se pueda considerar un índice o fórmula oficial, de acuerdo con la Ley se solicita a la Junta Consultiva que informe de quien sería la autoridad competente para oficializar la fórmula y de cuál sería el procedimiento para aprobar la fórmula oficial.*

*De acuerdo con lo que dispone el artículo 16.3 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se adjunta informe emitido por el Servicio Jurídico de la Conselleria de Educación y Cultura de 15 de septiembre de 2005.*

*Asimismo, se adjunta copia del informe justificativo de la Secretaría General en qué se exponen las circunstancias que motivan la revisión de precios propuesta para poder contratar el servicio público de transporte escolar.”*

## **PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD**

1. El informe lo solicita el Secretario General de la Conselleria de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (CAIB), que está legitimado para hacerlo, conforme a lo previsto en el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva y en el artículo 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la misma, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB de 10 de octubre de 1997.
2. A la solicitud de informe se ha adjuntado un informe jurídico, conforme a lo preceptuado en el apartado 3, del artículo 16 del mencionado Reglamento.
3. La documentación aportada por el consultante es suficiente para poder emitir el informe solicitado, dado que reúne todos los requisitos previos de admisión.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

**PRIMERA.** Antes de proceder a dar repuesta a las preguntas planteadas en la consulta es conveniente hacer mención de la clase de actividad contractual a que la misma se contrae, así como del propio contrato que se pretende formalizar.

A la vista de los documentos remitidos por la Conselleria de Educación y Cultura de la CAIB, nos hallamos ante un servicio regular de uso especial en que consiste el transporte escolar y dado que, no solamente no se cuestiona, sino que ni siquiera se plantea duda alguna, con ocasión de la presente consulta, acerca de la naturaleza contractual de esta clase de servicios, debe reseñarse que, al concurrir en esta clase de contratos, los requisitos y características de la gestión de un servicio público (prestado por parte de unos empresarios a una colectividad -alumnado de centros escolares públicos), bajo la modalidad de concesión, les será de aplicación la normativa propia de los mismos, contenida en el artículo 154 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por el RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Este es también el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda (véase el informe 40/03, de 17 de noviembre de 2003.)

**SEGUNDA.** Entrando ya en la materia concreta objeto de la consulta (revisión de precios de una concesión de servicio público), hay que decir, en primer lugar, que si bien en el más amplio sentido podemos hablar de revisión de precios en general, cuando nos referimos a un contrato como el presente y dados los términos utilizados por la LCAP, quizás sería más apropiado referirnos a ello como revisión de las prestaciones económicas (el artículo 162 de la Ley se refiere en su enunciado a las “Prestaciones económicas” y en su contenido a las “contraprestaciones económicas previstas en el contrato”, debido a que en las concesiones de servicios públicos entran en juego otros contenidos económicos además del precio: canon, tarifas. etc.).

Abundando en esta teoría, el término “contraprestaciones económicas” del artículo 162 de la LCAP, hace referencia a las aportaciones económicas que la Administración se obliga a hacer al contratista para la explotación del servicio, sea para los gastos de primer establecimiento –obras e instalaciones previas o consecuentes a la prestación del servicio-, sea para contribuir a sufragar los gastos de explotación. Tal aportación, por tanto, puede adoptar una gran variedad de formas: precio propiamente dicho, subvenciones, suscripción de parte del capital social de la empresa gestora, cesión o transmisión de bienes y recursos, etc.

En rigor, la Administración no remunera por sí misma la actividad del contratista, sino que se compromete a través del contrato a contribuir de manera variable a la viabilidad económica de la explotación del servicio, con cargo a la cual el gestor obtendrá su lucro o su pérdida patrimonial, de ahí lo desafortunado, a nuestro juicio, de la utilización, en el contenido normativo del artículo 162, del término “contraprestaciones económicas”, cuando en su enunciado el legislador ha estado más afortunado y hubiera podido seguir utilizando ése término.

**TERCERA.** La revisión de la contraprestación económica en este tipo de contratos se ha fundamentado, especialmente, en la teoría del riesgo imprevisible, dada la naturaleza de ser un contrato, digamos, de larga duración.

En efecto: La técnica de la revisión de precios surge, históricamente, en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos, como mantiene la doctrina, como consecuencia de la denominada teoría de la imprevisión ante circunstancias extracontractuales imprevistas.

Esta posibilidad se admite por primera vez en el famoso “arrêt Gas de Bordeaux” del Consejo de Estado de 1916 para resolver el conflicto suscitado entre la compañía suministradora de gas y la ciudad de Burdeos como consecuencia de la subida del precio del producto durante la primera Guerra Mundial. El “arrêt” propugnaba una solución que “tuviese en cuenta a la vez el interés general, que rige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción, y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal”. Por ello, el Consejo de Estado dispuso se procediese a “determinar, teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización a la cual la compañía tiene derecho en razón de las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado”.

La propia Junta Consultiva del Estado, en su informe 29/00, de 30 de octubre, dice que la cláusula de revisión de precios reguladas en los artículos 103 a 108” y 162, de la propia LCAP añadimos nosotros, constituye una excepción al principio “de riesgo y ventura del contratista” y que dicha excepción viene establecida legalmente para todos los contratos en el artículo 98 de la LCAP.

El principio del equilibrio económico financiero, sigue diciendo el informe, “se establece en su aplicación en el contrato de gestión de servicios públicos, como contrapartida al “ ius variandi” de la Administración y como derecho del contratista al mantenimiento de dicho equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación.”

Termina diciendo el meritado informe que “con ello se quiere resaltar que los dos principios reseñados ( riesgo y ventura del contratista y mantenimiento del equilibrio económico financiera ) tienen que actuar al margen y con independencia de la revisión de precios”, concluyendo que “ la revisión de precios.... ha de ser llevada a cabo conforme a las prescripciones concretas del pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que su aplicación pueda quedar desvirtuada por los principios antes señalados.

**CUARTA.** Mantiene la Junta Consultiva del Mº de Hacienda, ya en el año 1993 en su informe 27, que el empresario adjudicatario del contrato de gestión de servicios públicos tiene derecho a la revisión de las prestaciones económicas derivadas del contrato y en los términos que establezca el propio contrato y que las normas que regulan la revisión de precios en general ( hoy artículo 98 de la LCAP) no tienen que jugar necesariamente en los contratos de gestión de servicios públicos como tampoco el derecho a la propia revisión, todo ello al amparo del artículo 3 ( hoy artículo 4) de la LCAP que establece la libertad de pactos en las relaciones contractuales administrativas.

**QUINTA.** Entrando ya en la regulación de la materia propia y concreta de revisión de precios en los contratos de gestión de servicios públicos, hay que decir que los artículos 103 a 108 de la LCAP, establecen el régimen a seguir en todos los contratos con carácter general.

Sin embargo, como se ha dicho, el artículo 162 de la propia LCAP, lo que hace es introducir una particularidad a dicha regla general, al disponer que “el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca”.

De manera que la regulación de estos contratos es la única que se aparta del Título IV, Capítulo único de la LCAP, que es el que establece el régimen de revisión de precios para todos los contratos y que por todas las razones expuestas en las consideraciones anteriores se ha querido establecer en esta materia un status diferenciado.

En efecto, el informe 15/02, de 13 de junio de 2002, del Ministerio de Hacienda, sostiene que, para los contratos de gestión de servicios públicos, se ha querido tener en cuenta sus especialidades para regular la revisión de precios de los mismos, tal como se recogen en los informes de la misma Junta, 27/93 de 22 de diciembre de 1993, ya citado y 48/00, de 21 de diciembre de 2000.

En el primero de ellos, como ya se ha expuesto anteriormente, se dice que el artículo 73 de la Ley de Contratos del Estado (vigente a la sazón en la materia) concede al órgano de contratación la más amplia libertad en cuanto a sus condiciones y que, al no existir una remisión concreta al Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre revisión de precios en los contratos de obras, los límites y condiciones que esta última norma, establece, no tienen que jugar necesariamente en estos contratos.

Continúa este informe sosteniendo que la libertad en cuanto a la revisión de precios y sus condiciones sólo cede en el supuesto de que las normas reguladoras del servicio público contengan previsiones al respecto.

Termina diciendo el informe que comentamos que las limitaciones y condiciones del antedicho Decreto-Ley, sólo serán aplicables cuando así resulte de las normas reguladoras del servicio público o, en su caso, si de los términos del propio contrato se deducen (artículos 154.1 y 162 de la LCAP).

Y ni la Ley de Ordenación de los Transportes terrestres, 16/1987, de 30 de julio, ni su Reglamento de aplicación, aprobado por el RD 1211/1990, de 28 de septiembre, ni sus normas de desarrollo contienen ninguna previsión en aquel sentido.

En consecuencia, para la determinación y concreción de la revisión de las prestaciones económicas habrá que estar a lo estipulado en el contrato y fijado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y en este sentido se ha pronunciado con reiteración el Tribunal Supremo.

Así, la Sentencia de 27 de mayo de 1982, considera que ha de estarse a lo expresamente pactado sobre esta materia, siendo de destacar en el asunto juzgado determinadas cláusulas del contrato al efecto.

La Sentencia de 26 de octubre de 1983 afirma que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes asume todo su valor, con toda la lógica del contractus lex, resaltada en el dictamen del Consejo de Estado de 7 de enero de 1966, referido al sistema de revisión de precios paccionada.

La Sentencia de 23 de diciembre de 1988 dice que las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones constituyen Ley del contrato y son de aplicación preferente si no son contrarias a la Ley, a la moral o al orden público, y plenamente vinculantes para las partes.

La Sentencia de 14 de diciembre de 1989 asume la circunstancia de que la resolución de la cuestión relativa a la procedencia o improcedencia de la revisión de precios de la concesión a que se contrae, es un problema de interpretación contractual, concretamente de lo establecido en el Pliego de Condiciones regulador de dicha concesión.

La Sentencia del mismo Tribunal de 23 de mayo de 1991, afirma que, en el caso juzgado, existe una revisión expresamente pactada por las partes que integra un artículo del Pliego de Condiciones y continúa diciendo que la revisión de precios en dicho caso depende del Pliego de condiciones económicas que constituye la Ley del contrato, de inexcusable cumplimiento siempre que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenado a las partes.

Asimismo las Sentencias de 20 de septiembre de 1991 y de 20 de octubre de 1992, establecen que el derecho del empresario a la revisión de precios, en el supuesto juzgado, quedó expresado en el contrato en los términos que contienen determinadas cláusulas del mismo y que las mismas son auténticas y eficaces cláusulas de revisión de precios.

Por último, debe hacerse constar que también la doctrina estima que las previsiones contenidas en el artículo 162 de LCAP constituyen una manifestación concreta del principio general consagrado en el artículo 103 de la misma Ley para todo tipo de contratos administrativos, como ya se ha dicho en la Consideración segunda.

**SEXTA.** Aceptada la viabilidad de la revisión de precios para esta clase de contratos, procede ahora, ligándolo con ello, pronunciarse sobre la idoneidad de aplicar en la revisión, el índice determinado por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que es el Índice de Precios al Consumo (IPC) (de transportes) más 4 puntos porcentuales, que es la cuestión principal objeto de consulta.

En lo que respecta al primer aspecto o elemento del sistema de la revisión (aplicación del IPC), dejando aparte la prevalecida de la autonomía de las partes en contrato, está claramente establecida su validez, con carácter general para todos los tipos de contratos, en el artículo 104.1 de la LCAP y aceptado por la jurisprudencia y por la doctrina que tal índice es el oficial por antonomasia. A más, de lo dicho, afirmar que la revisión de las contraprestaciones económicas, en este tipo de contratos queda supeditado a lo establecido en el propio contrato, lo que equivale a decir que la fórmula o sistema que en el se determine será el que las partes deberán tener en cuenta a la hora de proceder a tales revisiones.

No cabe duda pues que la revisión de las contraprestaciones económicas derivadas de un contrato de gestión de servicios públicos, y en concreto del que aquí nos ocupa, puede llevarse a cabo a través del IPC como índice de carácter oficial por antonomasia para proceder a tales fines revisores.

Si bien el sistema de revisión de precios, en estos casos, se deja a lo que establezca el contrato, que viene a ser lo mismo que decir que se deja a la voluntad de las partes, ello no tiene que suponer que el sistema de revisión de precios de la concesión no tenga que ser en base a fórmulas objetivas que en su aplicación queden al margen del principio de la contratación pública establecido en el artículo 14.1 de la LCAP de que el precio del contrato tendrá que ser cierto, que es lo mismo que decir determinado, pero no fijo. Como bien indica el dictamen del Consejo de Estado 1.409/1992, no es lo mismo precio cierto que precio fijo, pues lo que ha dispuesto la legislación es la certeza de la concurrencia del precio no sus contingencias, alteraciones que tienen

sus propias reglas cuales son que el contrato incluya cláusulas de revisión de precios tendentes al mantenimiento de su equilibrio financiero.

Por tanto, el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, precio cierto, acuerdo de revisión de las prestaciones económicas prevista en el contrato, la certeza de las obligaciones de la Administración Pública a la hora de redactar sus presupuestos, son condicionantes a tener en cuenta a la hora de determinar la fórmula o criterios para la revisión de las prestaciones económicas de un contrato de gestión de servicios públicos. Por lo anterior, no existe obstáculo alguno para que se establezca una revisión del precio del contrato objeto de esta consulta en base una modalización lineal (4 puntos) sobre el Índice de los Precios al Consumo (IPC) .

## **CONCLUSIÓN**

1. En los contratos de gestión de servicios públicos, sus cláusulas prevalecen sobre las prescripciones de la Ley en materia de revisión de precios.
2. Una modalización lineal (4 puntos) sobre el Índice de los Precios al Consumo (IPC) se puede considerar como fórmula válida para la revisión de las prestaciones económicas en un contrato de gestión de servicios públicos siempre y cuando tenga como finalidad el mantenimiento del equilibrio económico del contrato..

Petición de informe retirada