



Informe 28/23, de 26 de octubre de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Materia: Modificación de uno de los índices de la fórmula de revisión de precios recogida en el pliego.

ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Castellón de la Plana ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“En relación a la revisión de precios en los contratos del sector público, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la presente solicitud de informe conforme a lo establecido en el artículo 328.3.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), respecto a un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de gestión interesada, de diez años de duración, adjudicado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de marzo de 2013 cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares recoge de forma expresa la revisión de precios del contrato, según el siguiente tenor literal:

“Para que la evolución natural de la inflación no represente un agravio a los precios de la oferta, se define y se aplicará el factor de actualización siguiente al precio del contrato, así como al precio por nuevo vehículo y al precio por km:

Factor de actualización del IPC $F_{ipci} =$

$0,85 [0,20 \cdot (IPC_i/PCo) + 0,80 \cdot (IPC.CV.Ti)/(IPC.CV.To)]$ donde:

$IPC_i =$ Valor del IPC a nivel nacional en el momento de la revisión.

$IPC_o =$ Valor del IPC a nivel nacional a fecha de adjudicación del contrato

IPC.CV.Ti = Valor del IPC. Comunidad Valenciana. Servicios de Transporte en el momento de la revisión

IPCo.CV.To = Valor del IPC. Comunidad Valenciana. Servicios de Transporte a fecha de adjudicación del contrato.

Dicha revisión deberá aplicarse al total de costes de prestación del servicio a excepción de los de amortización y financiación. Para no generar un desfase entre costes y aportación municipal, una vez revisados los precios de dichos costes, se deberán revisar en el mismo porcentaje las tarifas a aplicar al usuario y la aportación municipal”

La empresa contratista solicita, respecto a la décima y última revisión de precios del contrato, que ésta se lleve a cabo conforme a la fórmula de actualización de precios que establece el PCAP, si bien teniendo en cuenta la variación del IPC. Comunitat Valenciana. Transporte, en lugar de IPC. Comunidad Valenciana. Servicios de Transporte por considerar que “las variables y el método de cálculo utilizado por el INE para el IPC de servicios de transporte en la Comunidad Valenciana en el mes de septiembre de 2022 (de las que aporta certificado del INE en cuanto al método de cálculo) son erróneas y afectan al equilibrio económico de la concesión, ya que para su cálculo se ha tenido en cuenta la gratuidad de los títulos multiviaje para menores de 31 años y la reducción del precio del resto de bonos y títulos multiviaje en un 30% de su importe.

El IPC de servicios de transporte en la Comunidad Valenciana, (en un año en el que el índice de IPC general en septiembre de 2022 con respecto a septiembre del año inicio de la concesión sufre una variación en positivo de un 13,26%), resulta con un índice inferior ya no de años anteriores, sino del propio año de inicio de la concesión del transporte urbano de Castellón de la Plana en el año 2013, es decir sufre una variación en negativo de un -5,16%”

El contratista fundamenta su solicitud en un informe de fecha 2 de diciembre de 2022 del Subdirector General de Estadísticas Coyunturales emitido a solicitud de la empresa

respecto a la metodología y las variables empleadas para el cálculo del IPC, y en concreto de los Servicios de Transporte y del grupo Transporte, según el cual:

“La metodología utilizada en la base 2021 es la misma que la de la base 2016, y que está publicada en la página web del INE. En cuanto a los Servicios de Transporte, este subgrupo contiene el transporte por ferrocarril, transporte en bus y taxi, transporte aéreo, transporte por mar y billetes combinados (metro, bus), cuya recogida de precios y sistema de cálculo se adapta a la casuística de cada sector. Así el ferrocarril utiliza la información de precios oficiales distinguiendo por tipo de trayecto, el autobús distingue entre el urbano (tarifas oficiales de cada municipio) e interurbano, el aéreo recoge tarifas de las principales compañías aéreas en vuelos nacionales e internacionales, y los billetes combinados recoge las tarifas en aquellos municipios que tengan este tipo de vehículos.

En cuanto al grupo Transporte, además de lo indicado más arriba, incluye la compra de vehículos (coches, ciclomotores, bicicletas) y la utilización de los mismos (desde gasolina, reparaciones en talleres, piezas, hasta autoescuela, parking, etc.)”

El contratista manifiesta que de no sustituirse un índice por otro “se producirá un enorme desequilibrio económico, inasumible por otra parte, entre los costes de prestación real del servicio y la actualización de los costes del contrato, motivada además esta distorsión por un acontecimiento ajeno al desarrollo de la actividad de la empresa”

Desde la Sección de Patrimonio y Contratación se emite informe con propuesta de resolución desestimatoria de la pretensión del contratista de modificar de forma unilateral la fórmula de revisión que se fundamenta jurídicamente en:

- la previsión expresa en la cláusula 20ª del PCAP de la fórmula de revisión aplicable y la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista conforme a lo dispuesto en el

artículo 215 del TRLCSP, destacando el carácter obligatorio y vinculante de los pliegos y su valor como "lex contractus".

- la invariabilidad del índice o fórmula de revisión aplicable al contrato durante la vigencia del mismo que determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 91.3 del TRLCSP.

- el artículo 94 del TRLCSP que regula el pago del importe de revisión teniendo en cuenta la posibilidad de abono o descuento, según el cual: "El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo, de oficio, mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, cuando no hayan podido incluirse en las certificaciones o pagos parciales, en la liquidación del contrato".

A tal efecto en el citado informe se invocan, entre otros, los informes 15/14, de 30 de junio de 2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y 7/2019, de 29 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón.

Asimismo, se pone de manifiesto que hasta la fecha todas las revisiones de precios han sido aprobadas de forma consensuada entre las partes por aplicación de la fórmula de revisión prevista en el pliego sin objeción por parte de la concesionaria y que por parte del Ayuntamiento se han llevado a cabo indemnizaciones compensatorias del desequilibrio económico cada vez que se han adoptado medidas que afectaban a la gratuidad de las tarifas.

Se solicita informe respecto a los siguientes aspectos:

- Posibilidad de modificar uno de los índices de la fórmula de revisión recogida en el PCAP a fin de evitar desequilibrios económicos durante la ejecución del contrato conforme a la pretensión del contratista.

- Incidencia de la variación negativa de uno de los índices de la fórmula de revisión en un desequilibrio económico que, siempre y cuando fuera debidamente acreditado por el concesionario, podría suponer posibles indemnizaciones compensatorias”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Castellón de la Plana ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). El escrito de consulta plantea diversas dudas en relación con la aplicación de una cláusula de revisión de precios incluida en un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de gestión interesada del municipio.

La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el citado artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación

con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto. Con estas premisas, el informe de esta Junta Consultiva se pronunciará con carácter general sobre las cuestiones sometidas a consulta, correspondiendo al Ayuntamiento la aplicación de la doctrina general al caso concreto.

2. El escrito de consulta parte de la existencia de un contrato de gestión de servicios público de transporte, actualmente en ejecución, y que lleva incorporada una cláusula de revisión de precios. Sobre la citada cláusula existe la pretensión del contratista de modificar uno de los componentes que tiene de referencia (en concreto, la variación del IPC que se toma en consideración) porque la variación del IPC previsto en la cláusula del último año contiene errores y produce un enorme desequilibrio para el contratista (este índice se había tenido en cuenta sin problemas para anteriores revisiones). Sobre esta base, pregunta el Ayuntamiento consultante, en primer lugar, si es posible modificar uno de los índices contenidos en el PCAP a fin de evitar desequilibrios económicos del contrato y, en segundo lugar, si la incidencia de la variación negativa de uno de los índices de la fórmula de revisión que provoca un desequilibrio económico del contrato,

siempre y cuando fuera debidamente acreditado por el concesionario, podría suponer posibles indemnizaciones compensatorias.

Dado que la consulta tiene como antecedente un contrato de gestión de servicios públicos adjudicado en marzo de 2013, resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), no obstante lo cual, por la pretensión de generalidad con la que se emite el informe, en los argumentos que a continuación se expondrán se tendrán en cuenta también las previsiones de la LCSP relativas al contrato de concesión de servicios tomando como premisa que, en el contrato correspondiente, el concesionario asume el riesgo operacional en la explotación del servicio conforme al artículo 15.2 de la LCSP.

En primer lugar, sobre el carácter vinculante de las cláusulas de revisión de precios cabe recordar que, como señalaba el informe 24/21, de 28 de julio de 2021, de esta Junta Consultiva *“Recogida una cláusula de revisión de precios en un contrato, su aplicación deberá realizarse en los términos previstos en la misma ya que les corresponde a las partes cumplir las obligaciones a que se han comprometido conforme al principio pacta sunt servanda. De acuerdo con ello, tanto el artículo 89.4 del TRLCSP como el artículo 103.4 LCSP, expresamente reconocen el carácter invariable de la cláusula de revisión de precios durante la vigencia del contrato”*.

Respecto a la posibilidad de efectuar una modificación contractual conforme a lo dispuesto en el artículo 282 del TRLCSP y artículo 290 de la LCSP, cabe señalar que los límites para la modificación de la cláusula de revisión de precios son los que afectan al precio mismo a abonar por la Administración, lo que justifica su invariabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 89.4 del TRLCSP y 103.4 de la LCSP. En este sentido ya se pronunció el informe 15/2014, de 30 de junio de 2016, de esta Junta Consultiva, citado en el escrito de consulta, el cual, entre las reglas sustanciales de una adjudicación que no pueden ser objeto de modificación contractual, identifica las

relativas al precio y al régimen de revisión de éste. Más recientemente, el informe 13/2023, de 18 de julio, de esta Junta Consultiva, abunda en este argumento señalando que *“En el sentido apuntado, tanto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-496/99 P Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA, de 29 de abril de 2004, y C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur contra Republik Österreich (Bund), de 19 de junio de 2008), como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -haciéndose eco de estas sentencias- en su resolución 436/2022, de 7 de abril de 2022, se manifiestan contrarios a la modificación del precio en un contrato de suministro regido por la LCSP argumentado que la alteración del precio pactado, aun concurriendo causa imprevisible, afecta a las condiciones esenciales del contrato lo que encubriría una revisión de precios no prevista en el contrato, debiendo asumir esa subida el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato”*.

En definitiva, y por todo lo expuesto, cabe concluir que no es posible modificar uno de los índices contenidos en el PCAP, a fin de evitar desequilibrios económicos del contrato.

3. Dicho lo anterior, cabe preguntarse por la incidencia de la variación negativa de uno de los índices de la fórmula de revisión que provoca un desequilibrio económico del contrato y si tal desequilibrio ha de ser incluido en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario.

Sobre esta cuestión cabe traer a colación la doctrina de esta Junta Consultiva expresada en el ya mencionado informe 13/2023, de 18 de julio, con cita de informes previos (en particular, informes 18/19 y 24/21, y Recomendación de 10 de diciembre de 2018), de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado sobre el particular:

“La ejecución de los contratos públicos está presidida por un principio rector fundamental en materia contractual cual es la obligación de cumplir los acuerdos celebrados entre las partes –pacta sunt servanda- consagrado en el artículo 189 de la LCSP “los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas (...)”. De dicho principio se inducen dos consecuencias: la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas y la atribución al contratista del riesgo y ventura que pueda ocasionar la ejecución del contrato (Cf. artículo 197 de la LCSP y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015).

(...)

De lo anterior se colige que el fundamento legal del principio de riesgo y ventura implica, per se, un elemento de aleatoriedad en los resultados económicos del contrato; esto es, que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en cuenta para consentir el contrato no le libera de cumplir lo pactado ni le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación, tal como manifestamos en nuestra Recomendación de 10 de diciembre de 2018. Por tanto, ni el incremento sobrevenido de los beneficios del contratista autoriza a la Administración a reducir el precio pactado ni, en caso contrario, la disminución del beneficio calculado -o, incluso, la existencia de pérdidas- genera derecho alguno en el contratista a instar un incremento del precio o una indemnización”.

En un contrato de gestión de servicios públicos se regulan específicamente los supuestos de excepción al riesgo y ventura en la regulación de la obligación del mantenimiento del equilibrio económico del contrato del artículo 282.4 del TRLCSP y 290.4 de la LCSP. En estos preceptos se regulan las causas que dan lugar al mismo que son, junto a la modificación de las características del servicio contratado, las actuaciones de la Administración que determinan de forma directa la ruptura de la economía del contrato y las causas de fuerza mayor. Ninguna de estas causas puede amparar el supuesto de hecho de una evolución de un componente de una cláusula de revisión de precios que provoque una excesiva onerosidad del contrato.

En su virtud, incluida en el contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar éstas tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- Includa en un contrato de gestión de servicios públicos una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar éstas tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución de dichas variables y su influencia sobre el precio del contrato.
- La cláusula de revisión de precios a abonar por la Administración en un contrato de gestión de servicios públicos no se puede modificar conforme a lo dispuesto en el artículo 282 del TRLCSP y 290 de la LCSP, y la excesiva onerosidad provocada por la evolución de los precios no es susceptible de encuadrarse en los supuestos previstos en el apartado cuarto de estos preceptos para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor).