

INFORME 10/05, DE 27 D'OCTUBRE DE 2005

CONTRACTE DE GESTIÓ DE SERVEIS PÚBLICS. CONCESSIÓ. PREVALENÇA DE LES CLÀUSULES DEL CONTRACTE SOBRE LES PRESCRIPCIONS DE LA LLEI EN MATÈRIA DE REVISIÓ DE PREUS. CONSIDERACIÓ D'ÍNDEX O FÓRMULA OFICIAL DE REVISIÓ DE PREUS.

ANTECEDENTS

Per part del Secretari General de la Conselleria d'Educació i Cultura s'ha elevat consulta a aquesta Junta Consultiva, en escrit del següent tenor:

“La Conselleria d'Educació i Cultura està tramitant la contractació del servei públic de transport escolar amb la modalitat de concert per a centres docents públics pels cursos escolars 2005/2006, 2006/2007, i 2007/2008.

S'han dividit les quatre illes en dinou sectors geogràfics, cada un dels quals configura un expedient de contractació.

El concurs que es va treure a licitació es va quedar desert, per la qual cosa es van modificar els termes de la licitació, amb l'increment del preu i amb la introducció d'una nova clàusula de revisió de preus en els plecs per tal de mantenir l'equilibri econòmic financer del contracte.

D'acord amb l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació i els articles 15 i 16 de l'Acord de 10 d'octubre de 1997, pel qual s'aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa es formalitza sol·licitud d'informe sobre:

- 1. Vist l'informe 68/04 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa estatal, d'acord amb els articles 4 i 162 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), i atès, per una banda, el principi de llibertat de pactes, com també per una altra, el caràcter de norma especial (art. 162), pròpia de la regulació concreta de les especialitats d'un contracte típic, davant les regulacions genèriques de la part general de la Llei de contractes de les administracions públiques (articles 103 i 104), es sol·licita a la Junta Consultiva que informi si es pot sostenir que, d'acord amb l'informe esmentat, en el contractes de gestió de servei públic les clàusules del contracte (per tant, les del plec) prevaleixen sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus .*
- 2. Si una modalització lineal (4 punts) sobre l'IPC (de transports, constant per un període de temps determinat (cursos 2005/2006, 2006/2007,2007/2008) i que està clarament establerta en els plecs de clàusules administratives dels contractes del servei escolar de transport (apartat I), i que en cap cas abasta tota la durada potencial del contracte, es pot considerar com a índex o fórmula oficial de revisió de preus degudament justificada d'acord amb els articles 104 i 162 de la LCAP i 104 del RCAP.*

3. *En el supòsit que l'òrgan de contractació, malgrat els articles 4 i 162 de la LCAP, no pugui pactar una revisió de preus que mantengui l'equilibri econòmic financer del contracte, o la revisió indicada en els plecs no es pugui considerar un índex o fórmula oficial, d'acord amb la llei, es sol·licita a la Junta Consultiva que informi de quin seria l'autoritat competent per oficialitzar la fórmula i de quin seria el procediment per aprovar la fórmula oficial.*

D'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, s'adjunta informe emès pel Servei Jurídic de la Conselleria d'Educació i Cultura de 15 de setembre de 2005.

Així mateix, s'adjunta còpia de l'informe justificatiu de la Secretaria General en què s'exposen les circumstàncies que motiven la revisió de preus proposada per poder contractar el servei públic de transport escolar.”

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. L'informe ho sol·licita el secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura de la comunitat autònoma de les Illes Balears (CAIB), el qual està legitimat per fer-ho, d'acord amb el que preveuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997.

2. A la sol·licitud d'informe s'hi acompanya l'informe jurídic, preceptiu contemplat en l'apartat 3, de l'article 16 de l'indicat reglament.

3. La documentació adjunta a la petició d'informe és suficient per poder emetre'l atès que es reuneixen tots els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES.

PRIMERA. Abans de començar a donar resposta a les preguntes plantejades en la consulta és convenient fer esment de la classe d'activitat contractual a que aquesta es contreu, així com del propi contracte que es pretén formalitzar.

A la vista dels documents tramesos per la Conselleria d'Educació i Cultura de la CAIB, ens trobem davant un servei regular d'ús especial en que consisteix el transport escolar i atès que, no solament no es qüestiona, sinó que ni tan sols es planteja cap dubte, amb ocasió de la present consulta, sobre la naturalesa contractual d'aquesta classe de serveis, s'ha d'assenyalar que, al concórrer en aquesta classe de contractes, els requisits i característiques de la gestió d'un servei públic (prestat per part d'uns empresaris a una col·lectivitat -alumnat de centres escolars públics), sota la modalitat de concessió, els hi serà d'aplicació la normativa pròpia, continguda en l'article 154 i següents del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel RD legislatiu 2/2000, de 16 de juny.

Aquest és també el parer de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda (vegeu l'informe 40/03, de 17 de novembre de 2003.)

SEGONA. Entrant ja en la matèria concreta objecte de la consulta (revisió de preus d'una concessió de servei públic), cal dir, en primer lloc, que si bé en el més ampli sentit podem parlar de revisió de preus en general, quan ens referim a un contracte com el present i vists els termes utilitzats per la LCAP, potser seria més apropiat referir-nos a això com revisió de les prestacions econòmiques (l'article 162 de la Llei es refereix en el seu enunciat a les "Prestacions econòmiques" i en el seu contingut a les "contraprestacions econòmiques previstes en el contracte", atès al fet que en les concessions de serveis públics entren en joc altres continguts econòmics a més del preu: cànon, tarifes. etc.).

Abundant en aquesta teoria, el terme "contraprestacions econòmiques" de l'article 162 de la LCAP, fa referència a les aportacions econòmiques que l'administració s'obliga a fer al contractista per a l'explotació del servei, sigui per a les despeses de primer establiment –obres i instal·lacions prèvies o conseqüents a la prestació del servei-, sigui per contribuir a sufragar les despeses d'explotació. Aquesta aportació, per tant, pot adoptar una gran varietat de formes: preu pròpiament dit, subvencions, subscripció de part del capital social de l'empresa gestora, cessió o transmissió de béns i recursos, etc.

En rigor, l'administració no remunera per si mateixa l'activitat del contractista, sinó que es compromet a través del contracte a contribuir de manera variable a la viabilitat econòmica de l'explotació del servei, a càrrec de la qual el gestor obtindrà el seu lucre o la seva pèrdua patrimonial, d'aquí el desencertat, al nostre judici, de la utilització, en el contingut normatiu de l'article 162, del terme "contraprestacions econòmiques", quan en el seu enunciat el legislador ha estat més afortunat i hagués pogut seguir utilitzant aquest terme.

TERCERA. La revisió de la contraprestació econòmica en aquest tipus de contractes s'ha fonamentat, especialment, en la teoria del risc imprevisible, atesa la naturalesa de ser un contracte, diguem, de llarga durada.

En efecte: La tècnica de la revisió de preus sorgeix, històricament, en l'àmbit del contracte de gestió de serveis públics, com manté la doctrina, com a conseqüència de la denominada teoria de la imprevisió davant circumstàncies extracontractuals imprevisibles.

Aquesta possibilitat s'admet per primera vegada en el famós "arrêt Gas de Bordeaux" del Consell d'Estat de 1916 per resoldre el conflicte suscitat entre la companyia subministradora de gas i la ciutat de Burdeos com a conseqüència de la pujada del preu del producte durant la primera Guerra Mundial. El "arrêt" propugnava una solució que "tingués en compte alhora l'interès general, que regeix la continuació del servei per la companyia amb l'ajuda de tots els mitjans de producció, i les condicions especials en que es troba la companyia i que no permeten al contracte rebre l'aplicació normal". Per això, el Consell d'Estat va disposar es procedís a "determinar, tenint en compte tots els fets en causa, el cost de la indemnització al qual la companyia té dret en raó de les circumstàncies extracontractuals, en les quals ha hagut d'assegurar el servei durant el període considerat".

La pròpia Junta Consultiva de l'Estat, en l'informe 29/00, de 30 d'octubre, diu que la clàusula de revisió de preus regulades en els articles 103 a 108 i 162, de la pròpia LCAP afegim nosaltres, constitueix una excepció al principi "de risc i ventura del contractista" i que aquesta excepció ve establerta legalment per a tots els contractes en l'article 98 de la LCAP.

El principi de l'equilibri econòmic financer, segueix dient l'informe, "s'estableix en l'aplicació en el contracte de gestió de serveis públics, com contrapartida al " ius variandi" de l'Administració i com dret del contractista al manteniment d'aquest equilibri inicial existent en el moment de l'adjudicació."

Acaba dient el meritat informe que "amb això es vol ressaltar que els dos principis ressenyats (risc i ventura del contractista i manteniment de l'equilibri econòmic financer) han d'actuar al marge i amb independència de la revisió de preus", concloent que " la revisió de preus... ha de ser duta a terme d'acord amb les prescripcions concretes del plec de clàusules administratives particulars, sense que la seva aplicació pugui quedar desvirtuada pels principis abans assenyalats.

QUARTA. Manté la Junta Consultiva del Ministeri d'Hisenda, ja en l'any 1993 en l'informe 27, que l'empresari adjudicatari del contracte de gestió de serveis públics té dret a la revisió de les prestacions econòmiques derivades del contracte i en els termes que estableixi el propi contracte i que les normes que regulen la revisió de preus en general (avui article 98 de la LCAP) no han de jugar necessàriament en els contractes de gestió de serveis públics com tampoc al dret a la pròpia revisió, tot això a l'empara de l'article 3 (avui article 4) de la LCAP que estableix la llibertat de pactes en les relacions contractuals administratives.

CINQUENA. Entrant ja en la regulació de la matèria pròpia i concreta de revisió de preus en els contractes de gestió de serveis públics, cal dir que els articles 103 a 108 de la LCAP, estableixen el règim a seguir en tots els contractes amb caràcter general.

No obstant això, com s'ha dit, l'article 162 de la pròpia LCAP, el que fa és introduir una particularitat a aquesta regla general, al disposar que "el contractista té dret a les contraprestacions econòmiques previstes en el contracte i a la revisió de les mateixes, si escau, en els termes que el propi contracte estableixi".

De manera que la regulació d'aquests contractes és l'única que s'aparta del Títol IV, capítol únic de la LCAP, que és el qual estableix el règim de revisió de preus per a tots els contractes i que per totes les raons exposades en les consideracions anteriors s'ha volgut establir en aquesta matèria un status diferenciat.

En efecte, l'informe 15/02, de 13 de juny de 2002, del Ministeri d'Hisenda, sosté que, per als contractes de gestió de serveis públics, s'ha volgut tenir en compte les seves especialitats per regular la revisió de preus, tal com es recullen en els informes de la mateixa Junta, 27/93 de 22 de desembre de 1993, ja citat i 48/00, de 21 de desembre de 2000.

En el primer d'ells, com ja s'ha exposat anteriorment, es diu que l'article 73 de la Llei de Contractes de l'Estat (vigent en aquell temps en la matèria) concedeix a l'òrgan de contractació la més àmplia llibertat quant a les seves condicions i que, al no existir una remissió concreta al Decret-Llei 2/1964, de 4 de febrer, sobre revisió de preus en els contractes d'obres, els límits i condicions que aquesta última norma estableix, no han de jugar necessàriament en aquests contractes.

Continua aquest informe sostenint que la llibertat quant a la revisió de preus i condicions només cedeix en el cas que les normes reguladores del servei públic continguin previsions referent a això.

Acaba dient l'informe que comentem que les limitacions i condicions de l'esmentat Decret-Llei, només seran aplicables quan així resulti de les normes reguladores del servei públic o, si escau, si dels termes del propi contracte es dedueixen (articles 154.1 i 162 de la LCAP).

I ni la Llei d'ordenació dels transports terrestres, 16/1987, de 30 de juliol, ni el seu Reglament d'aplicació, aprovat pel RD 1211/1990, de 28 de setembre, ni les seves normes de desplaçament contenen cap previsió en aquell sentit.

En conseqüència, per a la determinació i concreció de la revisió de les prestacions econòmiques caldrà estar a l'estipulat en el contracte i fixat en el plec de clàusules administratives particulars, i en aquest sentit s'ha pronunciat amb reiteració el Tribunal Suprem.

Així, la Sentència de 27 de maig de 1982, considera que ha d'estar-se a l'expressament pactat sobre aquesta matèria, sent de destacar en l'assumpte jutjat determinades clàusules del contracte a aquest efecte.

La Sentència de 26 d'octubre de 1983 afirma que el principi de l'autonomia de la voluntat de les parts assumeix tot el seu valor, amb tota la lògica del contractus lex, ressaltada en el dictamen del Consell d'Estat de 7 de gener de 1966, referit al sistema de revisió de preus paccionada.

La Sentència de 23 de desembre de 1988 diu que les corresponents clàusules del plec de condicions constitueixen Llei del contracte i són d'aplicació preferent si no són contràries a la Llei, a la moral o a l'ordre públic, i plenament vinculants per a les parts.

La Sentència de 14 de desembre de 1989 assumeix la circumstància que la resolució de la qüestió relativa a la procedència o improcedència de la revisió de preus de la concessió que es contreu, és un problema d'interpretació contractual, concretament de l'establert en el Plec de condicions regulador d'aquesta concessió.

La Sentència del mateix Tribunal de 23 de maig de 1991, afirma que, en el cas jutjat, existeix una revisió expressament pactada per les parts que integra un article del Plec de condicions i continua dient que la revisió de preus en aquest cas depèn del Plec de condicions econòmiques que constitueix la Llei del contracte, d'inexcusable

compliment sempre que no es vulnerin preceptes de dret necessari supraordenat a les parts.

Així mateix les Sentències de 20 de setembre de 1991 i de 20 d'octubre de 1992, estableixen que el dret de l'empresari a la revisió de preus, en el supòsit jutjat, va quedar expressat en el contracte en els termes que contenen determinades clàusules del mateix i que aquestes són autèntiques i eficaces clàusules de revisió de preus.

Finalment, ha de fer-se constar que també la doctrina estima que les previsions contingudes en l'article 162 de LCAP constitueixen una manifestació concreta del principi general consagrat en l'article 103 de la mateixa Llei per a tot tipus de contractes administratius, com ja s'ha dit en la Consideració segona.

SISENA. Acceptada la viabilitat de la revisió de preus per a aquesta classe de contractes, procedeix ara, lligant-lo amb això, pronunciar-se sobre la idoneïtat d'aplicar en la revisió, l'índex determinat per l'òrgan de contractació en el plec de clàusules administratives particulars, que és l'Índex de Preus al consum (IPC) (de transports) més 4 punts percentuals, que és la qüestió principal objecte de la consulta.

Pel que fa al primer aspecte o element del sistema de la revisió (aplicació de l'IPC), deixant a part la prevalència de l'autonomia de les parts en contracte, està clarament establerta la seva validesa, amb caràcter general per a tots els tipus de contractes, en l'article 104.1 de la LCAP i acceptat per la jurisprudència i per la doctrina que aquests índex és l'oficial per antonomàsia. A més, del que s'ha dit, afirmar que la revisió de les contraprestacions econòmiques, en aquest tipus de contractes queda supeditat a l'establert en el propi contracte, el que equival a dir que la fórmula o sistema que en ell es determini serà el que les parts hauran de tenir en compte a l'hora de procedir a les revisions.

No hi ha dubte doncs que la revisió de les contraprestacions econòmiques derivades d'un contracte de gestió de serveis públics, i en concret del que aquí ens ocupa, pot dur-se a terme a través de l'IPC com índex de caràcter oficial per antonomàsia per a procedir a aquests fins revisors.

Si bé el sistema de revisió de preus, en aquests casos, es deixa allò que s'estableixi en el contracte, que ve a ser el mateix que dir que es deixa a la voluntat de les parts, això no ha de suposar que el sistema de revisió de preus de la concessió no hagi de ser sobre la base de fórmules objectives que en la seva aplicació quedin al marge del principi de la contractació pública establert en l'article 14.1 de la LCAP de que el preu del contracte haurà de ser cert, que és el mateix que dir determinat, però no fix. Com bé indica el dictamen del Consell d'Estat 1.409/1992, no és lo mateix, preu cert, que preu fix, doncs el que ha disposat la legislació és la certesa de la concurrència del preu no les seves contingències, alteracions que tenen les seves pròpies regles quines són que el contracte inclogui clàusules de revisió de preus tendents al manteniment de l'equilibri financer.

Per tant, el manteniment de l'equilibri financer del contracte, preu cert, acord de revisió de les prestacions econòmiques prevista en el contracte, la certesa de les

obligacions de l'Administració pública a l'hora de redactar els seus pressupostos, són condicionaments a tenir en compte a l'hora de determinar la formula o criteris per a la revisió de les prestacions econòmiques d'un contracte de gestió de serveis públics. Per l'anterior, no existeix cap obstacle perquè s'estableixi una revisió del preu del contracte objecte d'aquesta consulta en base una modalización lineal (4 punts) sobre l'Índex dels Preus al consum (IPC) .

CONCLUSIÓ

1. En els contractes de gestió de serveis públics, les seves clàusules prevaleixen sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus.

2. Una modalización lineal (4 punts) sobre l'Índex dels Preus al consum (IPC) es pot considerar com formula vàlida per a la revisió de les prestacions econòmiques en un contracte de gestió de serveis públics sempre que tingui com finalitat el manteniment de l'equilibri econòmic del contracte..