

## Informe 10/2010 de 2 de febreiro de 2011, de consulta sobre revisión de prezos no contrato de xestión de servizos públicos.

### ANTECEDENTES

Polo Consorcio Provincial Contra Incendios e Salvamento da Coruña dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

#### I. ANTECEDENTES:

Logo da adopción do correspondente acordo plenario, áchase en elaboración o prego de cláusulas administrativas particulares para rexer no procedemento aberto con trámite ordinario para a adxudicación, con multiplicidade de criterios ademais do prezo, do/s contrato/s para a xestión indirecta, mediante concesión, do servizo de prevención e intervención en emerxencias do Consorcio Provincial contra Incendios e Salvamento da Coruña ( en adiante, PCAP)

Marco xurídico do contrato: tanto polo ámbito obxectivo como polo subxectivo trátase dun contrato do sector público( art. 3.1.a, 3.2, 8 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público- en diante LCSP-), que adopta a modalidade de concesión, polo que o contratista concesionario xestionará o servizo ao seu propio risco e ventura ( art. 253.a LCSA) sen prexuízo de que a Administración contratante ostentará, en todo caso, a titularidade de dito servizo e conservará os poderes de policía necesarios para asegurar a boa marcha do servizo.

Ámbito territorial: o contrato ten o ámbito territorial que o propio servizo público abrangue, e que se corresponde co dos parques comarcais ( nove parques máis un sub- parque) de bombeiros cos que actualmente se serve o Consorcio para a prestación do dito servizo, sendo que a licitación áchase distribuída en dous lotes, segundo se especifica na cláusula 2ª.1 do PCAP.

Duración do contrato: o prazo do contrato é dun tempo inicial de oito anos ( cláusula 7ª PCAP), prazo prorrogable ata un máximo de catro anos, polo que a duración prevista do contrato acadaría, xunto coas prórrogas, o total máximo dos doce anos.

Prezo do contrato: o prezo da licitación e máximo do contrato, reflíctese na cláusula 4ª.1 PCAP, de conformidade co establecido polo art. 76.1 LCSP ( importe total excluído o Imposto sobre o Valor Engadido e con inclusión da totalidade das prórrogas ), e ascende :

- **Lote 1**, á cantidade de 37.703.124,00 €( trinta e sete millóns setecentos tres mil cento vinte e catro euros) , por canto:

- Por mes: supón 61.827,25 €.
- Por ano: supón 3.141.927,00€.
- Por oito anos: supón 25.135.416,00€.

- **Lote 2**, á cantidade de 35,165.724,48€ ( trinta e cinco millóns cento sesenta e cinco mil setecentos vinte e catro euros con corenta e oito céntimos), por canto:

- Por mes: supón 244.206,42€.
- Por ano: supón 2.930.477,04€
- Por oito anos: supón 23.443.816,32€

Medios que se poñen á disposición do concesionario: ao concesionario, pónselle a súa disposición tanto instalacións ( os parques comarcais: edificios totalmente equipados), como os vehículos de intervención, e o material específico ( agás funxible). De tal xeito que o concesionario non ten que realizar investimento ningún, facéndose cargo da totalidade do gasto corrente que implica a conservación e mantemento ( preventivo, predictivo, a posteriori) da totalidade do bens, a adquisición do material funxible ( o propio das intervencións do servizo), os seguros ( inmobles, vehículos), así como canto atinxe á contratación do persoal de intervención ( no presente caso, tense que



subrogar nos contratos laborais dos actuais concesionarios, que actualmente ascenden a un total de 174 efectivos), incluíndo a formación periódica e vestiario.

## II. Problemática coa revisión do prezo do contrato de xestión de servizos públicos na vixente LCSP:

De acordo coa LCSP e respecto da revisión do prezo dos contratos de xestión:

- Dita revisión pode ser realizada transcorrido o primeiro ano e sen que sexa necesario ter executado o 20%do contrato( art.77.1 LCSP).
- O contratista ten dereito á percepción das contra- prestacións económicas previstas no contrato, entre as que poden incluírse para facer efectivo o seu dereito á explotación do servizo, unha retribución fixada en función da súa utilización que se percibirá directamente dos usuarios ou da propia Administración ( art. 257.1 LCSP).
- As ditas contra- prestacións económicas, nembargante, poderán ser revisadas, no seu caso, nas condicións establecidas no contrato( art. 257.2 LCSP)

E, precisamente, respecto da revisión de prezos o art. 77.3 da LCSP establece que *O prego de cláusulas administrativas particulares ou o contrato deberán detallar, no su caso, a fórmula ou sistema de revisión aplicable.*

De tal xeito que a LCSP, establece ao respecto:

-Respecto dos índices oficiais:

Cando o índice de referencia que se adopte sexa o IPC elaborado polo Instituto Nacional de Estatística ou calquera dos índices dos grupos ou sub- grupos, clases ou sub- clases no que se integren, a revisión non poderá superar o 85% de variación experimentada polo IPC.

-Respecto das fórmulas:

As fórmulas aplicables deben ser as oficiais aprobadas en Consello de Ministros previo o informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa para cada tipo de contratos. As fórmulas que se establezan teñen que reflectir a ponderación no prezo do contrato dos materiais básicos e da enerxía incorporados ao proceso de xeración das prestacións obxecto do contrato, e non se incluírán nas mesmas:

- Custos de man de obra.
- Custos financeiros.
- Gastos xerais ou de estrutura.
- Beneficio industrial.

Nembargante a propia LCSP establece excepcións ao anterior, sendo necesario que a evolución deses custos nun período experimente desviacións á alza, concorrendo circunstancias excepcionais que podan reputarse como impredecibles no momento da adxudicación do contrato, neses casos ( taxados na propia LCSP) os prezos poden revisarse con carácter transitorio (cos límites impostos entre os que está a autorización do Consello de Ministros ou órgano competente da Comunidade Autónoma).

Asemade, a Disposición transitoria segunda da LCSP establece, respecto das fórmulas de revisión, que:

1. *Ata que se aproben as novas fórmulas de revisión polo Consello de Ministros adaptadas ao disposto en no art. 79, seguirán aplicándose as aprobadas polo Decreto 3650/1970, de 19 de decembro,; polo Real decreto 2167/1981, de 20 de agosto, polo que se complementa o anterior, e polo Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, para contratos de fabricación do Ministerio de Defensa.*
2. *En todo caso, transcorrido un ano desde a entrada en vigor desta Lei sen que se teñan aprobados as novas fórmulas, a aplicación*



*das actualmente vixentes se efectuará con exclusión do efecto da variación de prezos da man de obra.*

Cabe recordar que as novas fórmulas que cita a DT2ª LCSP, non se teñen aprobado á presente data.

Finalmente os distintos informes emitidos pola *Xunta Consultiva de Contratación do Estado* a raíz das consultas formuladas sobre revisión de prezos nos contratos de xestión de servizos públicos, fan todos relación a normativa anterior á vixente LCSP, de xeito que con tal advertencia, débese destacar o Informe 27/1993, de 22 de decembro de 1993, "Revisión de prezos nos contratos de xestión de servizos públicos realizados polas Corporacións Locais" ( xúntase ao presente informe íntegro): dito ditame realízase sobre a base da interpretación do art. 73 do Decreto 923/1965, do 8 de abril, polo que se aproba o texto articulado da Lei de Contratos do Estado, que establece: " O empresario ten dereito ás prestacións económicas previstas no contrato e á revisión das mesmas, no seu caso, nos termos que o propio contrato estableza". Dito artigo 73 correspóndese co actual 257.1 e 2 da LCSP ( 257.1: " O contratista ten dereito á percepción das contra- prestacións económicas previstas no contrato, entre as que se incluírá, para facer efectivo o seu dereito á explotación do servizo, unha retribución fixada en función da súa utilización que percibirá directamente dos usuarios ou da propia Administración", art. 257.2 : " As contra- prestacións económicas pactadas serán revisadas, no seu caso, nas condicións que estableza o contrato").

Ao respecto, a *Xunta Consultiva* no informe 27/1993, entende que segundo o art. 73 do Decreto 923/1965, se concede ao órgano de contratación a máis ampla liberdade, pois, limitase a sinalar que o empresario "ten dereito a revisión", no seu caso, " nos termos que o propio contrato estableza".

De feito, nun informe posterior, o 48/2000, de 21 de decembro " Criterios aplicables na revisión de prezos nos contratos de xestión de servizo público respecto da parte do contrato excluída da revisión", a *Xunta Consultiva*, reitera a argumentación contida no seu Informe 27/1993, que cita expresamente e, concluíndo de novo que a revisión de prezos nos contratos de xestión de servizos públicos réxese polas determinacións do prego, sobre a base do establecido no "artigo 163 da Lei de Contratos das Administracións Públicas", artigo que establece que, o contratista ten dereito ás contra- prestacións económicas previstas no contrato, e a revisión das mesmas, no seu caso, nos termos que o propio contrato estableza. Tal e como actualmente recolle, como vimos, a Lei 30/2007, de Contratos do sector público no seu art. 257.1 e 2.

### III. Conclusión e solicitude de informe:

Tendo en conta tanto o obxecto do contrato, o seu prezo, así como as anualidades ás que se estende, faise necesario establecer un modo de revisión no prezo. Nembargante vista a problemática anterior, xurde a dúbida sobre a idoneidade ou posibilidade de que se estableza unha fórmula propia de revisión de prezo nos contratos de xestión de servizos públicos( fórmula propia para un contrato concreto), doutrina mantida pola *Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado* con anterioridade á entrada en vigor da LCSP, e fórmula polo tanto, na que se poidan incluír elementos como "man de obra" e " gastos xerais" que, nembargante a LCSP, no seu art. 79 cita como que non poden incluírse, pero que no contrato obxecto da consulta , resultan ser, moi especialmente o primeiro, elementos substanciais na cuantificación do prezo.

En consecuencia, e sobre a base de canto queda exposto, as **cuestións sobre as que se solicita informe**, son:

1.- Si é posible, nun contrato de xestión de servizos públicos, onde os elementos "man de obra" e " beneficio industrial" resultan ser substanciais na cuantificación do prezo do contrato, que se estableza unha fórmula propia de revisión para ese contrato en concreto, e na cal e entre outros, queden incluídos ditos elementos.

2.- Si é posible, nun contrato de xestión de servizos públicos, referenciar sen máis, a dita revisión ao Índice de Prezos ao Consumo, incluíndo, na mesma, a totalidade do prezo do contrato ( excluído o IVE)

### CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.-Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas



cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

**2.-** O Consorcio Provincial Contra Incendios e Salvamento da Coruña formula dúas cuestión en relación coa revisión de prezos nos contratos de xestión de servizos públicos:

- A primeira consiste en determinar si é posible, nun contrato de xestión de servizos públicos, onde os elementos “man de obra” e “ beneficio industrial” resultan ser substanciais na cuantificación do prezo do contrato, que se estableza unha fórmula propia de revisión para ese contrato en concreto, na que e entre outros, queden incluídos ditos elementos.

- En segundo lugar o Consorcio formula consulta relativa a posibilidade de referenciar sen máis a revisión de prezos ao Índice de Prezos ao Consumo (IPC), incluíndo na mesma, a totalidade do prezo do contrato ( excluído o IVE).

**3.-** Débese introducir o tema indicando que, dada a pugna da revisión de prezos cunha serie de principios básicos da contratación administrativa -como son os de risco e ventura, o de prezo certo e o de inmutabilidade do contrato-, as estipulacións que a conteñan deben ser coidadosamente determinadas. Segundo o artigo 79.3 da LCSP, a fórmula ou o índice aplicable ao contrato será invariable durante a vixencia do mesmo -a excepción dos supostos de aumento extraordinario dos custos financeiros ou da man de obra do art.79.2 (aos que faremos referencia neste informe)-, e débese ter en conta tamén que a modificación da fórmula de revisión expresada no prego ou o establecemento de novos sistemas de revisión en fase de execución do contrato, só operará en circunstancias realmente excepcionais xa que supón unha infracción ao principio de igualdade en tanto que os demais licitadores non puideron coñecer tal posibilidade no momento de presentar as súas ofertas. Esta interpretación ponse de manifesto, entre outras, na STS de 9 de decembro de 2003 (rec. 4361/1998) que se transcribe aquí parcialmente polo seu interese :

*Tercero.- (...)*

*Esta pretensión debe desestimarse, ya que se opone frontalmente al principio de invariabilidad de los contratos, que resulta tanto del artículo 1.091 del Código Civil como del 48 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965. SICE conocía, o debía conocer, en el momento de aceptar la adjudicación hecha a su favor, que el Pliego de condiciones contenía las cláusulas de obligada observancia, de las que no puede apartarse una de las partes por su sola voluntad, salvo supuestos muy específicos, y también debía saber la influencia que el coste de la mano de obra debía tener en el coste total de las prestaciones asumidas, por lo que, habiendo aceptado libremente en cuanto a la conservación del alumbrado público la fórmula de revisión de precios prevista en el artículo 65.2 del Pliego, no tiene derecho después a que se le sustituya por otra, ya se encuentre establecida con carácter subsidiario en el Decreto 3.650/1970, ya la fije el Pliego para concepto distinto o ya se encuentre pactada en contrato diferente del que es objeto del litigio.*

*Cuarto.-*

*SICE invoca también la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible como excepción a la invariabilidad de los contratos. Como hemos expuesto en alguna otra ocasión, la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado. La sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1988 legitimaba una revisión de precios no pactada cuando en las vicisitudes de la contratación concurren unas circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afectan gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables.*

**4.-** Xa vinculada a petición obxecto deste informe indicar que o réxime legal aplicable ás revisións de prezos dependerá da natureza da persoa xurídica que realiza o contrato, é dicir, si é unha Administración pública o se é un ente ou organismo do

sector público que non teña a consideración de Administración pública. A entidade peticionaria de informe, en tanto Administración Pública, está sometida na súa actuación –segundo o previsto no artigo 75.3 da LCSP- ao establecido no Capítulo II do Título III (arts. 77 a 82) da lei.

4.- Respecto á figura obxecto de análise, na liña xa marcada dende a LCAP de 1995, a LCSP xeneraliza a revisión de prezos para todo tipo de contratos pero como novidade destacable débese indicar que modifica o réxime dos sistemas de revisión.

O artigo 104 do TRLCAP ( aprobado polo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de xuño) e o 104 do Regulamento da LCAP (aprobado polo Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro), ademais dos índices, facía referencia a dous tipos de fórmulas: as “fórmulas tipo” (exclusivas do contrato de obras e subministros de fabricación) e as fórmulas de carácter oficial (para o resto dos contratos) . A actual lei refunde nunha ambas figuras e así desaparece a expresión “fórmulas - tipo” e amplía a esixencia de que as fórmulas de todos os tipos de contratos (e non só as de obras e subministros de fabricación) sexan aprobadas polo Consello de Ministros.

Como efecto relevante indicar que, segundo o artigo 78.2 da LCSP, estas fórmulas, unha vez aprobadas, serán vinculantes para os órganos de contratación e excluírán a posibilidade de utilizar outros índices (de xeito análogo ao que sucedía coas fórmulas - tipo do TRLCAP).

O problema devén no momento actual, pasados 3 anos da aprobación da lei, en tanto que o Consello de Ministros non ten aprobadas fórmulas polinómicas para a revisión de prezos, e na inaplicabilidade do disposto na Disposición transitoria 2ª da LCSP, -que no seu parágrafo primeiro establece que ata que se aproben as novas fórmulas de revisión seguirán aplicándose as aprobadas polo Decreto 3650/1970, de 19 de decembro, polo Real decreto 2167/1981, de 20 de agosto e polo Decreto 2341/1975, de 22 de agosto-, xa que fan referencia a fórmulas aplicables aos contratos de obras e os de fabricación do Ministerio de Defensa, non ao contrato de xestión de servizos públicos obxecto da consulta.

5.- Concretada a nova clasificación dos sistemas de revisión de prezos na LCSP convén atender as preguntas da consulta analizando as opcións que brinda o réxime xurídico de referencia.

5.1.- Respecto á posibilidade de establecer unha **fórmula propia de revisión** para o contrato na que, entre outros quede incluída a man de obra e o beneficio industrial, débese negar a premisa maior en canto que este órgano entende que ante a falta de formulas aprobadas polo Consello de Ministros e coa imposibilidade de aplicar as aprobadas de acordo coa normativa anterior, nada parece habilitar na LCSP aos órganos de contratación a elaborar fórmulas ad hoc unha vez desaparecida a referencia ás “fórmulas oficiais-non tipo” do derogado artigo 104 do TRLCAP.

Aínda que se puidese interpretar tal posibilidade, a literalidade do artigo 79.1, en canto que as fórmulas non incluírán o custo da man de obra, os custos financeiros, os gastos xerais ou de estrutura nin o beneficio industrial, exclúe a solución proposta polo petionario, non sen indicar que, na mesma liña de argumentación que fundamenta na consulta tal pretensión, foron presentadas emendas no Congreso dos Deputados (nº 14, 15 e 16 do Grupo parlamentario Coalición Canaria, nº 65 do Grupo parlamentario Popular e nº 230, 232 e 233 do Grupo parlamentario Catalán) por non apreciar causas suficientes de exclusión da revisión de todas ou algunhas desas partidas, sendo rexeitadas na tramitación parlamentaria da norma. Esta prohibición de incorporar a man de obra vese afianzada na redacción da Disposición Transitoria Segunda cando sinala: 2.- *En todo caso, transcorrido un ano desde a entrada en vigor desta Lei sen que se aprobaran as novas fórmulas, a aplicación das actualmente vixentes efectuarase con exclusión do efecto da variación de prezos na man de obra.*”

Non obstante o anterior, indicar que, como excepción ó antedito, con carácter transitorio, o Consello de Ministros ou órgano competente nas Comunidades Autónomas, poderá autorizar a introdución de factores correctores cando por circunstancias excepcionais a evolución dos custos de man de obra ou financeiros acaecida nun período, experimenten desviación ó alza impredecibles no momento da adxudicación do contrato. Indicar, sen embargo que esta excepción ao principio de invariabilidade da fórmula de revisión durante a vida do contrato, con condicións de aplicabilidade detalladamente concretadas no parágrafo 2 do artigo 79, non é aplicable á consulta ao non terse aprobado fórmula algunha susceptible de modificación.

5.2.- Nas condicións sinaladas polo petionario e, ante a falta de fórmulas adecuadas, o órgano de contratación deberá aplicar índices oficiais para a revisión do contrato atendendo a súa natureza e á estrutura de custes das prestacións do mesmo.

Sobre a definición de “índice oficial” tense pronunciado a “Junta Consultiva de contratación administrativa” estatal nos informes 45/96 e 31/02 cunha interpretación extensiva do termo do que só exclúen aqueles índices que polo seu carácter meramente subxectivo ou pola súa nula difusión non merezan o cualificativo de “oficiais”. Nesa liña, recoméndase buscar índices de revisión que, na medida do posible garden relación cos procesos de execución do contrato evitando a xeneralización de uso do IPC como índice da maioría das revisións, por entender que, ao tratarse dunha medida estatística que analiza a evolución dos gastos domésticos das vivendas familiares en España, non ten relación con moitos dos obxectos contractuais e prezos/custos revisables nos que se está a aplicar (neste sentido ver o Informe da JCCA 34/2007).

Doutra banda, indicar que a necesidade de atender á natureza do contrato e á estrutura de custes para concretar os índices oficiais aplicables permite utilizar un só índice –e dicir, unha variable única- ou varios índices aplicados a distintos factores que inflúan na estrutura dos custos de execución do contrato.

Respecto a posibilidade de referenciar a revisión de prezos do contrato de referencia ao Índice de Prezos ao Consumo (IPC), nada impide tal decisión se ben respectando o limite establecido no parágrafo 3 do artigo 78, relativo a que a revisión non poderá superar o 85 por cento de variación experimentada polo índice adoptado.

Mais dúbidas presenta a este órgano a formulación da segunda das cuestións da consulta do petionario ao expresar a intención de incluír na revisión “a totalidade do prezo do contrato (excluído o IVE)” xa que, aínda que non se pode manifestar inicialmente obxección algunha á proposta, semella oportuno precisar que nos contratos de xestión de servizos públicos debера excluírse da revisión o importe previsto no primeiro ano de execución do contrato (art. 77.1 parágrafo 2).

Doutra banda, convén destacar, sobre o momento inicial da revisión, outra das modificacións operadas pola LCSP ao dispoñer, no artigo 79.3, que o índice aplicable determinará a revisión de prezos en cada data respecto á data de adxudicación (non “licitación”) do contrato, sempre que a adxudicación se produza no prazo de 3 meses dende a finalización de presentación de ofertas ou respecto á data en que termine ese prazo se a adxudicación se produce con posterioridade.

Sobre a aplicación ao prezo do contrato do IPC e, en concreto si se ha de aplicar sobre o importe a actualizar (cantidade fixa prevista no contrato) ou sobre o importe fixado o ano anterior (xa actualizado co IPC dese ano), entende este órgano que nunha interpretación do disposto no artigo 79.3 o importe a actualizar sería o prezo mensual pactado partindo do importe fixado o ano anterior, de xeito que se aplicarían acumulativamente os índices de prezos de cada ano, xa que o contrario non conseguiría que o prezo do contrato se adecuase ás flutuacións de prezos.



## **CONCLUSIÓNS.**

1.- Respecto a si é posible, nun contrato de xestión de servizos públicos, establecer unha fórmula propia de revisión na que, entre outros, queden incluídos os elementos “man de obra” e “ beneficio industrial”, indicar que este órgano entende que ante a falta de formulas aprobadas polo Consello de Ministros e coa imposibilidade de aplicar as aprobadas de acordo coa normativa anterior en atención ao disposto na D.T. 2ª da LCSP, nada parece habilitar aos órganos de contratación a elaborar fórmulas ad hoc para este tipo de contratos, debendo acudir ao establecemento de índices oficiais de revisión.

2.- Sobre a posibilidade de referenciar a revisión de prezos ao Índice de Prezos ao Consumo (IPC), incluíndo na mesma, a totalidade do prezo do contrato, excluído o IVE, este órgano entende que nada impide tal decisión se ben respectando o limite establecido no parágrafo 3 do artigo 78, relativo a que a revisión non poderá superar o 85% de variación experimentada polo índice adoptado, e precisando que nos contratos de xestión de servizos públicos debера excluírse da revisión o importe previsto no primeiro ano de execución do contrato (art. 77.1 parágrafo 2).