

INFORME 5/2004, DE 18 DE JUNIO DE 2004. MODIFICACION DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. REVISIÓN DE PRECIOS. PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO. LIMITES

Con fecha 29 de diciembre de 2003, tuvo entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa petición de Informe por el Ayuntamiento de Canals, con el siguiente tenor literal:

“Teniendo este Ayuntamiento contratada la prestación del servicio de captación y distribución domiciliar de agua potable con empresa del sector desde el año 1992, se ha solicitado revisión de tarifas por la citada empresa.

Obra en expediente informe contradictorio con la citada propuesta del que se desprende la inexistencia en el contrato que rige la concesión de previsión expresa de formula para la revisión del coste de personal.

Es por ello que al amparo del Art. 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, mediante la presente se remite a la misma la documentación siguiente:

- *Copia del Contrato Administrativo, que contiene Pliego de Condiciones, regulador de la prestación del servicio de Abastecimiento de Agua en Canals, por la empresa Omnum Ibérico, S.A.*
- *Copia del Estudio-Propuesta de revisión de tarifas presentado por Omnum Ibérico, S.A. (RE de nº 5332, de 9 de julio de 2003)*
- *Copia del escrito complementario del estudio.propuesta (RE de nº 7754, de 1 de Octubre de 2003)*
- *Copia del informe de fecha 29 de octubre de 2003, evacuado respecto de la revisión propuesta por el Servicio de G. Tributaria.*

Todo ello solicitando a esa Junta se emita informe relativo a la posibilidad y/o conveniencia de modificar el “Artículo 31. Revisión de tarifas”, recogido en el Pliego que forma parte del contrato incorporando un mecanismo consensuado entre las partes de índices o formula polinómica que permita la determinación de la variación del factor de coste ·'Personal'”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer lugar, esta Junta debe realizar la siguiente observación. No corresponde a la misma emitir informes de oportunidad o conveniencia sino de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. El contenido de los pliegos, así como las posibles incidencias que pudieren surgir durante la ejecución de los contratos, debe ser objeto de estudio previo a la licitación por los órganos licitadores, derivado de la necesidad de que cada contrato tiene sus particularidades y, no puede esta Junta resolver aquellos aspectos específicos de un expediente concreto.

De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta del Ayuntamiento de Canals se deduce que mediante la interpretación de la cláusula 31 del Pliego se está planteando la cuestión básica y fundamental de la incidencia del principio de una posible revisión del artículo 31.1 que establece un sistema de mantenimiento del equilibrio económico y financiero de la concesión a partir de un aumento de los gastos de explotación del 10%, entre las que se encuentran los costes de Personal.

En el contrato de gestión de servicios públicos, precisamente por ser contratos de larga duración, la incidencia del principio de mantenimiento del equilibrio económico juega un papel determinante. Ahora bien, este principio hay que entenderlo en los justos términos y, para ello, hay que hacer referencia obligada a otros dos principios presentes en la contratación pública; primero el riesgo y ventura del contratista; segundo, el principio de 'pacta sunt servanda', según el cual el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es ley entre las partes y las modificaciones del mismo deberían obedecer a razones de interés público y del mantenimiento de la economía de la concesión.

Así el art. 162 del Texto Refundido 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas derivadas del contrato y su revisión, en los términos que el propio contrato establezca. Si bien, a renglón segundo el art. 163 del citado Texto legal dispone la posible revisión de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios por razones de interés público. La cuestión será determinar la noción de interés público, que debe venir avalada, en los contratos como el presente, por la necesaria continuidad de la prestación de un servicio esencial a los ciudadanos. El Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de diciembre de 1988 señala: *La doctrina y la jurisprudencia francesas, frecuentemente citadas a este respecto por esta Sala - así, Sentencias de 24 de abril de y 20 de diciembre de 1986 han venido destacando que, ante todo, aquella concesión está dominada por un criterio fundamental: mantener la continuidad de la prestación del servicio público.*

Por tanto la noción de interés público puede avalar que la rigidez del contrato pueda ser sustituida por la flexibilidad.

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanas, 14 – 4º K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

El Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955, citado, todavía vigente, regula en su artículo 115 las cláusulas que como mínimo deben establecerse en toda concesión administrativa de servicios públicos municipales, entre ellas es menester mencionar la 6.^a que dice: «Tarifas que hubieren de percibirse del público, con descomposición de sus factores constitutivos, como base de futuras revisiones». El artículo 127 en su apartado 2, que: «La Corporación concedente deberá: (...) 2.º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: (...) b) Revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinasen, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión».

Por su parte, el art. 152.3 del mismo texto normativo establece que: “La revisión extraordinaria (de tarifas) procederá de oficio o a petición de la Empresa o concesionario, siempre que se produjere desequilibrio en la economía de la empresa o concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otro”.

Analizados los documentos remitidos y circunstancias que concurren en el contrato sometido a consulta procede apreciar lo siguiente: En primer término, el cambio en el personal puesto a disposición del servicio por parte del contratista, a voluntad propia, ha supuesto una mejor cualificación y una mayor jornada de trabajo de la que su momento ofertó y, a mayor abundamiento, la ausencia de determinados beneficios sociales del personal ofertado. No parece, pues, que se den circunstancias de tal naturaleza que obliguen al Ayuntamiento a modificar la fórmula de revisión de tarifas explicitada en el art. 31.1.

En segundo término, se trata de dilucidar si en el presente supuesto se ha producido una ruptura de la economía de la concesión debido al incremento de los costes de personal, que forman parte de los gastos de explotación. Dado que como señala, asimismo, la referida Sentencia de 18 de diciembre de 1988: “*cuando no se sostiene «la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige», para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión...*”

Pues bien, sobre esta base, todo parece indicar que el cambio operado en el personal puesto al servicio por el concesionario, se ha debido a razones propias de éste, no siendo exigido por el Ayuntamiento tal modificación. Lo cual si bien puede repercutir en la mejora del servicio, no puede alegarse para solicitar la revisión de tarifas por la ruptura del equilibrio económico de la concesión, pues ello debía haberlo previsto al realizar su proposición.

La fórmula de revisión de precios adoptada por el Ayuntamiento de Canals al incluir un porcentaje de aumento de los gastos de explotación como fórmula de revisión obligatoria está incluyendo los costes de personal, dado que la cuenta de explotación del concesionario comprende los siguientes conceptos

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanas, 14 – 4º K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

- I. Gastos de personal
- II. Gastos corrientes:
- III. Gastos generales (6%) de I+II
- IV. Beneficio industrial (del 10 % al 12 %) de I+II
- V. Amortización anual de inversiones

Tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, han venido a definirse ante aquellos casos en los que, lejos de incluir los costes de personal expresamente en las formulas de revisión de precios (vid contrato de obras y de suministros de fabricación), debe ser el pliego- como ley entre las partes- el que determine mediante la correspondiente formula o índice oficial el mantenimiento del equilibrio económico, cuando , entre otros, el factor “costes de personal” juega un papel importante. (Así contratos de limpieza, vigilancia y seguridad y en los de gestión de servicios públicos).

Es evidente que el contratista debe formular su oferta o proposición contando con todos aquellos elementos que minimicen su riesgo, teniendo en cuenta los posibles aumentos que puedan experimentar los costes de personal, normalmente derivados de los convenios colectivos. En este aspecto concretamente referido a los aumentos que puedan opera los costes de personal en virtud de los convenios colectivos la Junta Consultiva de la administración General del Estado en Informe de 12 de noviembre de 1999, expediente 34/99 e Informe 38/00, de 21 de diciembre de 2000 ha señalado “ *En la fase de adjudicación la Administración debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica y, en concreto, si habían tenido en cuenta los efectos derivados del citado artículo 77 y, en cuanto a la fase de ejecución, afirmaba que "respecto de contratos ya adjudicados la revisión del importe de adjudicación por repercusiones derivadas del artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad debe ajustarse a los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas sobre revisión de precios y, en general, modificaciones de los contratos qué difícilmente podrán tener su fundamento en el citado artículo 77 del Convenio colectivo.*

En definitiva en el anterior informe de 1999 y en el presente esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sostiene que las variaciones de precio por incremento de los costes de personal, sólo pueden tener reflejo en el precio del contrato a través de las correspondientes fórmulas de revisión de precios en los que se haya tomado en consideración tal componente .”

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 febrero 2001 dictamina: “...se desprende de lo expresado en la sentencia recurrida, estaba estipulada una actualización en función del Convenio Colectivo vigente en cada momento, y se estableció un tope máximo para esa actualización; es decir, estaba contractualmente previsto el incremento que pudieran

experimentar los costes de mano de obra a causa de futuros Convenios Colectivos, y también que ese incremento pudiera ser superior al IPC, pero, a pesar de esta última previsión, en el contrato se estipuló que el Ayuntamiento no asumiría la totalidad del incremento sino sólo hasta el límite del IPC. Lo que acaba de señalarse hace que ese incremento, por encima del IPC, no sea algo ajeno a las bases que los contratantes tuvieron presentes cuando perfeccionaron su vínculo contractual; y tampoco tiene encaje en los supuestos, contemplados en el artículo 127.2.2º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales RCCL, que generan en la Corporación local el deber de adoptar medidas dirigidas a mantener el equilibrio financiero de la concesión.”

Llegados a este término debemos abordar la siguiente cuestión: De la interpretación literal de la cláusula 31.1 del Pliego que rige la concesión, la obligación de revisión de tarifas recae sobre el Ayuntamiento contratante cuando los gastos de explotación aumenten en un 10% , expresamente dice “deberá”. Entiende esta Junta que nada podrá obstar a que mediante acuerdo de voluntades se pudieran revisar las tarifas cuando esa revisión no adquiere un carácter obligatorio, o , lo que es lo mismo, cuando sean inferiores al ese 10%

En este caso el Ayuntamiento deberá valorar dos aspectos que son fundamentales:

- 1.- La mejor cualificación de ese personal redundará en una mejora del servicio público unida al interés público en la continuidad de la prestación.
- 2.- Las consecuencias de llegar a un acuerdo recaen directamente sobre el usuario del servicio que es quien abona la tarifa y , por ende, el acuerdo que se adoptare debería ser con vocación de permanencia, pues de lo contrario nos encontraríamos con un sistema tan abierto que en cualquier momento podría producirse una revisión.
- 3.- El procedimiento de revisión de tarifas deberá atenerse a la preceptiva autorización de la Comisión de Precios de la Generalitat Valenciana puesto que si bien la potestad tarifaria corresponde al Ayuntamiento (art. 30, 148 y 151 del Reglamento de Servicios y art. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril) lo es sin perjuicio de la competencia en materia de precios atribuida a la Generalitat Valenciana de conformidad con el Real Decreto 2310/1982, de 24 de julio de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de precios (BOE nº 226, de 21/09/82) y que se ejercerá de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 82/1984, de 30 de julio de la Generalitat Valenciana por el que se establece el procedimiento para la implantación o modificación de precios y tarifas sujetas al régimen de autorización (DOGV nº 186, de 23/08/84

Por lo expuesto esta Junta formula las siguientes conclusiones:

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanas, 14 - 4º K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

CONCLUSIONES

1.- La obligación derivada del art .31.1 del Pliego de condiciones que rige la concesión cuya consulta se remite, obliga al Ayuntamiento consultante a revisar las tarifas a partir de un aumento del 10% de los gastos de explotación.

2.- La potestad tarifaria del Ayuntamiento consultante es clara y por ende dada la redacción del art. 31.1 indicado, podrá proceder a la revisión siempre que se cumplan los requisitos indicados en el art. 127 b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales , pues en definitiva, y como ha señalado reiterada Jurisprudencia, en la contratación administrativa rige el principio de “pacta sunt servanda”, principio que puede decaer en aras del mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión o, en su caso, de la modificación por mejora del servicio y su continuidad, es decir, del interés público.

3.- Los costes de personal, entiende esta Junta que están incluidos entre los gastos de explotación y, por tanto, es ocioso que este órgano consultivo incida en la cuestión que plantea el Ayuntamiento de Canals. Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de que la revisión se pueda producir por el sucesivo aumento que vayan fijando los convenios colectivos, es evidente que ello atiende al principio de riesgo y ventura del contratista, que, en su caso, debería prever al realizar su oferta, salvo que de modo expreso se hubiera fijado este índice expresamente en los pliegos como formula de revisión.

4.- En caso de que la revisión de tarifas cumpla todos los requerimientos legales y jurisprudenciales la formula que se adopte debería contemplar las eventualidades futuras, puesto que de lo contrario estaríamos ante permanentes revisiones, que en definitiva es el usuario del servicio el que las soporta.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último.

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps devesa



La Secretaria de la Junta
Margarita Vento Torres

**APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
en fecha 18 de junio de 2004.**