

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (COMISIÓN PERMANENTE)

INFORME 4/2021

Barcelona, 30 de abril de 2021

Asunto: La revisión de precios de los contratos de concesión de servicios y de los contratos de servicios que comporten prestaciones directas a favor de la ciudadanía, retribuidos mediante tarifas. Especial referencia a los conceptos que se pueden incluir en la revisión de precios, en relación con la asunción del riesgo operacional y del riesgo y ventura por parte de la empresa contratista

ANTECEDENTES

I. Desde el Ayuntamiento de L'Ampolla se ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto de los "diversos regímenes de revisión de precios previstos por la normativa" en relación con un contrato de servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado.

En concreto, se solicita la emisión de un informe sobre las siguientes cuestiones:

1. Duda relativa al régimen de revisión de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario (en adelante, tarifas) mediante las que se retribuye al concesionario por el ciclo integral de agua, que comprende el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento del alcantarillado.

(...)

a) Si debe descartarse la posibilidad de incluir en los pliegos una cláusula de revisión periódica y predeterminada de tarifas en función de la variación de costes de funcionamiento del servicio del ciclo integral del agua que sean considerados como esenciales y significativos (como serían los de personal, compra de agua en alta, trabajos de mantenimiento, canon del agua y consumo de energía eléctrica) por tratarse de conceptos que se incardinarían en el concepto de riesgo operacional y/o en el de riesgo y ventura, habiendo el concesionario soportarlos; de lo contrario, la transferencia del riesgo en el concesionario que presupone esta tipología de contrato se pondría fuertemente en entredicho.

De inclinarse por esta opción, si esta restricción sobre los conceptos revisables sólo aplica a la revisión periódica predeterminada, o si se tiene que hacer extensible a los regímenes de revisión no periódica y/o periódica no predeterminada.

b) En sentido contrario al anterior, si se admite la posibilidad de incluir en los pliegos contractuales una fórmula de revisión periódica y predeterminada en tanto se establezca motivadamente una relación exacta de los factores esenciales del coste del servicio y la tarifa que resulte exigible. (...).

En caso de que se acepte esta alternativa, si el hecho de prever una revisión periódica predeterminada limita en algún aspecto la posibilidad de revisar el precio de la tarifa de agua por variaciones de costes mediante los otros dos regímenes de revisión previstos por la normativa.”

“2. Duda relativa a los conceptos y limitaciones aplicables al régimen de revisión de tarifas mediante las que se retribuye al contratista del servicio destinado a la ciudadanía abastecimiento de agua y saneamiento del alcantarillado.

En caso de que el vínculo jurídico entre la Administración y el contratista no se califique de concesión de servicios, por el hecho de no transferirse el riesgo operacional del contrato, estaríamos delante de un contrato de servicios a la ciudadanía, regulado por el artículo 312 de la LCSP.

(...)

Cuáles son los conceptos, factores y/o criterios de conformidad a los que (...) se tiene que considerar que forman parte del riesgo operacional y cuáles cuya variación se enmarca en el principio de riesgo y ventura, a los efectos de concluir respecto cuáles de ellos podrían ser contemplados en los pliegos dentro de una fórmula de revisión tarifaria y cuáles no.”

“3. Duda relativa a la intervención de la Comisión de Precios de Cataluña para la aprobación de las tarifas de abastecimiento de agua, independientemente de la tipología de contrato (concesión de servicio o contrato de servicios a la ciudadanía)

(...)

El 4 de abril de 2019 la Presidencia de la CPC adoptó una resolución ‘referente a la incidencia en el funcionamiento de la Comisión de Precios de Cataluña de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público’ (en adelante, Resolución de la CPC) que afecta a las tarifas de los servicios de suministro de agua.

La citada Resolución del CPC (la cual, ha sido notificada de forma individual a este Ayuntamiento y, según la propia CPC, también al resto de entes locales catalanes y las asociaciones de municipios pero no ha sido publicada en ningún diario oficial) introduce, a los efectos de la presente consulta, las siguientes previsiones:

‘(...)

Quinto.- La CPC considera ajustado a derecho que la ordenanza establezca una regulación marco que haga posible la revisión futura de las tarifas sin necesidad de tener que recurrir al procedimiento de modificación de la ordenanza. Esta regulación marco establecerá las bases para la actualización de las tarifas y habilitará al órgano que se estime competente del ente local para llevar a cabo la revisión tarifaria. En este caso, la CPC no deberá aprobar las revisiones tarifarias que se ajusten a la regulación marco establecida en la ordenanza.

(...)

La cuestión que planteamos a la Junta es si coincide o no en la apreciación de la CPC, más arriba expuesta (...).

En caso de que así sea, rogamos de la Junta que manifieste su opinión respecto a los condicionantes y los límites que habría que respetar para incorporar este mecanismo de revisión de tarifas “vía ordenanza”, en función de la tipología de contrato (concesión de servicios o contrato de servicios a la ciudadanía), correspondencia con los diferentes regímenes de revisión de tarifa previstos en la LCSP, la LDEE y el RD 55/2017, así como, en su caso, la posible compatibilidad.

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación pública, le sometan, entre otras, las entidades que integran la Administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. La revisión de precios de los contratos del sector público, específicamente, en determinados contratos de concesión en el sector del agua

La petición de informe plantea varias cuestiones en relación con la revisión de precios del contrato de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. A efectos de dar respuesta, hay que partir del régimen jurídico de la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público fijado en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero –sobre “configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”– de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), en relación con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla esta Ley.

Así, de acuerdo con lo que dispone el artículo 103 de la LCSP, relativo a la procedencia y límites de la revisión de precios, solo los precios de determinados contratos del sector público, y previa justificación en el expediente, podrán ser objeto de revisión y esta tiene que ser necesariamente, excepto en el caso que se verá a continuación, periódica y predeterminada, esto es, de carácter periódico o recurrente determinada por una relación exacta con la variación de un precio o un índice de precios y que resulte de aplicar una fórmula preestablecida, tal como establece el artículo 2 de la mencionada Ley 2/2015, de 30 de marzo.¹

Sin embargo, aquel mismo precepto de la LCSP prevé la excepción a este régimen general de revisión de precios para los contratos enumerados en el artículo 19.2 de la LCSP, que no se consideran sujetos a una regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado. Entre estos contratos se encuentran los de concesión adjudicados para la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable; o adjudicados para el suministro de agua potable a dichas redes; así como también los contratos de concesión que estén relacionados con una de las dos actividades mencionadas y que se refieran a uno o a los dos siguientes objetos “proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen total de agua

¹ Este artículo 2 define, a los efectos de la misma Ley de desindexación, los tipos de posibles modificaciones de los valores monetarios –precios de contratos públicos, tasas, precios y tarifas regulados, subvenciones, prestaciones, ayudas, multas y sanciones o valores referenciales–, en los siguientes términos:

“A los efectos de esta Ley, se entiende por:

- a) Revisión periódica y predeterminada en función de precios o índices de precios: cualquier modificación de valores monetarios de carácter periódico o recurrente determinada por una relación exacta con la variación de un precio o un índice de precios y que resulte de aplicar una fórmula preestablecida.
- b) Revisión periódica no predeterminada: cualquier modificación de valores monetarios que, pese a tener carácter recurrente o periódico, no resulte de aplicar una fórmula preestablecida que la relacione de manera exacta con la variación de un precio o índice de precios.
- c) Revisión no periódica: cualquier modificación de valores monetarios que, no tenga carácter periódico o recurrente.”

disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje” o “eliminación o tratamiento de aguas residuales”.²

Para estos contratos de concesión se establece, por tanto, la posibilidad de revisión de precios periódica no predeterminada, es decir, que pese a tener carácter recurrente o periódico, no resulte de aplicar una fórmula preestablecida que la relacione de manera exacta con la variación de un precio o índice de precios, como también la posibilidad de revisión de precios no periódica, esto es, que no tenga carácter recurrente, entendiéndose por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por las personas usuarias. Respecto de este régimen, conviene recordar que la Ley 2/2015, de 30 de marzo, dio un nuevo redactado al artículo 89 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el cual se regulaba anteriormente el régimen jurídico de la revisión de precios de los contratos del sector público, introduciendo la previsión de que “no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos” y, posteriormente, la LCSP mantuvo esta limitación añadiendo, sin embargo, aquella excepción al régimen general con respecto a determinados contratos que no se consideran sujetos a una regulación armonizada.³

Por tanto, si bien el régimen general de revisión de precios de los contratos públicos es la revisión periódica y predeterminada, se prevé un régimen específico para determinados contratos, entre los que se encuentran los contratos de concesión en el sector del agua, para los que es posible establecer tanto la revisión periódica y predeterminada de precios, como la revisión periódica y no predeterminada, como la revisión no

² Estos contratos no tienen la consideración de sujetos a regulación armonizada con independencia de su valor estimado, en consonancia con el artículo 12 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que los excluye de su ámbito de aplicación.

³ Esta excepción no estaba incluida en el texto inicial del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y en la enmienda nº 565 del Grupo Parlamentario Socialista se propuso la modificación del artículo 103 para prever la revisión periódica no predeterminada y la revisión no periódica previa justificación, con motivo que “no parece objetivo que servicios públicos locales esenciales (como los del sector del agua urbana) no puedan revisar los precios para adaptarlos a la realidad de los costes garantizando su sostenibilidad. Las revisiones de estos servicios se han venido haciendo a través de procedimientos de transparencia de costes como los que contempla la Ley de desindexación en el caso de revisiones periódicas no predeterminadas y revisiones no periódicas, y que ahora, por causas no justificadas, se pretende restringir a revisiones que no responden a la realidad de la evolución de los costes de los servicios. Como ejemplo, cabe señalar que en las revisiones de precios que prevé el proyecto de ley no se permite repercutir la evolución de los salarios resultante de la negociación colectiva, limitándola a la de la variación de los de la función pública. Deberían admitirse, pues, al menos en el caso de servicios públicos esenciales (como los servicios del ciclo integral del agua urbana), las revisiones periódicas no predeterminadas y no periódicas”. Adicionalmente, también en el transcurso de la tramitación del Proyecto de Ley de medidas procedente del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, convalidado el 20 de febrero de 2020, se presentaron enmiendas a la LCSP, entre las cuales, la propuesta (enmienda nº 200) de modificar el artículo 103 para ampliar la posibilidad de revisión periódica no predeterminada o no periódica, además de los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el artículo 19.2 de la LCSP como ya se prevé, también para varios supuestos en los que de manera sobrevenida se produzcan variaciones o alteraciones – que deba soportar el adjudicatario– de costes laborales o de costes de precios regulados por normativa estatal.

periódica, si bien, ciertamente, el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley de

desindexación, ya mencionado, sólo prevé, específicamente respecto de los contratos del sector público, el procedimiento para llevar a cabo la revisión periódica y predeterminada. Así, en su artículo 6.3 se dispone que el precio de los contratos del sector público –entendiéndose por tal, a los efectos de este Real Decreto y en unos términos similares a los de la LCSP, las retribuciones satisfechas a la empresa contratista por la Administración o por las personas usuarias–, podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada conforme a lo establecido en los artículos 7, 8, 9 y 10 del mismo Real Decreto. Y, por otra parte, en el Capítulo IV –artículos 11 y 12–, se establecen los regímenes de revisión no periódica y periódica no predeterminada de valores monetarios.⁴

Como es sabido, con el cambio en la regulación de la revisión de precios iniciada con la disposición adicional octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, la revisión de precios pasó a ser la excepción –“previa justificación en el expediente” dispone la LCSP–, siendo la regla general la no revisión de los precios de los contratos. Esta disposición adicional octogésima octava, que se publicó mientras se estaba tramitando el proyecto de la Ley de desindexación, anticipó alguna de sus previsiones, principalmente, la prohibición de indexación de los precios de los contratos públicos.⁵

Así, esta Ley 2/2015, de 30 de marzo, que establece el régimen general de no utilización de índices generales –como el Índice de Precios de Consumo (IPC)–, fija el régimen aplicable a las revisiones periódicas y predeterminadas y a las revisiones periódicas no predeterminadas y no periódicas de valores monetarios, previendo que, excepcionalmente, se pueden revisar en virtud de precios o índices específicos –

⁴ Estos preceptos establecen los principios para el diseño de las fórmulas que rigen las revisiones periódicas y predeterminadas (artículo 7); regulan el régimen de revisión periódica y predeterminada de los precios de contratos de obras y contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas (artículo 8); establecen los requisitos a que se somete la aplicación del régimen de revisión periódica y predeterminada, así como la obligación de los órganos de contratación de incluir, en los contratos con un precio igual o superior a cinco millones de euros, un informe preceptivo valorativo de la estructura de costes, emitido por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado o, en su caso, por el órgano autonómico consultivo en materia de contratación pública –en Cataluña, el Comité de Precios de Contratos de la Generalitat de Catalunya– (artículo 9); definen el periodo de recuperación de la inversión de los contratos (artículo 10); y, para el caso de revisiones no periódicas y de revisiones periódicas no predeterminadas de valores monetarios, prevén la posibilidad de incluir los costes de mano de obra (artículo 11) y regulan el contenido de la memoria económica que deben acompañar a estas revisiones (artículo 12).

⁵ El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en la Resolución 75/2020, de 19 de febrero, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 18/2015, de 3 de diciembre, sobre algunas cuestiones relativas a la revisión de precios de los contratos públicos tras la aprobación de Ley de Desindexación de la Economía Española, hacen referencia a este adelanto de la prohibición de indexación prevista en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, por parte de la disposición adicional octogésima octava de la Ley de la presupuestos generales del Estado para el año 2014. Asimismo, tal como señaló la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Informe 1/14, de 21 de marzo, sobre índices oficiales en el sistema de revisión de precios, “la Ley de Presupuestos para 2014, configura un régimen transitorio operativo que evita la existencia de vacíos temporales en los procedimientos de aplicación de la revisión de precios a los contratos en tramitación”.

esto es, cualquier índice que con la mayor desagregación posible mejor refleje la evolución de los precios y que pueda ser obtenido con información disponible al público. Respecto de las revisiones periódicas y predeterminadas de valores monetarios, dispone, como también lo hace el artículo 103 vigente de la LCSP en relación con los precios de los contratos públicos, que no incluirán la variación de los costes financieros, amortizaciones, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, pero sí que podrán incluir la variación de los costes de mano de obra en los supuestos y con los límites previstos en el real decreto que la desarrolle. Y, respecto a las revisiones periódicas no predeterminadas y las revisiones no periódicas de valores monetarios, establece que no incluirán la variación de las amortizaciones, los gastos generales o de estructura y el beneficio industrial, y que podrá incluirse la variación de los costes de mano de obra y de los costes financieros en los supuestos y con los límites expresamente previstos en el real decreto que la desarrolle –si bien el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, sólo ha establecido supuestos y límites en caso de revisiones no periódicas y de revisiones periódicas no predeterminadas, respecto de los costes de mano de obra.

Por tanto, respecto a los costes que pueden ser objeto de revisión, hay que tener en cuenta que de acuerdo con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, pueden serlo los costes de mano de obra sólo en determinados supuestos y con límites⁶; que no pueden ser objeto de revisión la variación de las amortizaciones, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial y los costes financieros; todo eso teniendo en cuenta que, de conformidad con el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, la revisión de precios se basa en el principio de referenciación a costes, en virtud del cual no todo componente de la estructura de costes de la actividad podrá incorporarse a la revisión, sino sólo aquellos que estén directamente relacionados con la actividad en cuestión y resulten indispensables para desarrollarla; y que, en el caso de revisión periódica y predeterminada mediante fórmula, los costes que se incluyan deberán ser, además, significativos –se entenderá que lo son cuando representen al menos el 1 por ciento del valor íntegro de la actividad.

Así, en relación con las revisiones de valores monetarios motivadas por variaciones de costes, el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, señala que la revisión de precios se basa en este principio de referenciación a costes, de conformidad con el cual la revisión del valor monetario que remunere una actividad reflejará la evolución de los costes incurridos para realizar dicha actividad, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que sólo son revisables los costes que estén directamente relacionados y resulten indispensables, considerándose que son indispensables aquellos costes de los que no es posible prescindir

⁶ Del coste de mano de obra –excepto en el caso de revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos de obras y contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las administraciones públicas, cuyas fórmulas tipos no lo incluirán–, procede la revisión tanto en casos de revisiones periódicas y predeterminadas, en los que debe concurrir el requisito de que sea un coste significativo, como también de revisiones no periódicas y periódicas no predeterminadas, en ambos casos con el límite de que el incremento repercutible de este coste de mano de obra no sea superior al incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

sin afectar negativamente al correcto desarrollo de la actividad o al pleno cumplimiento de las obligaciones asumidas.

En la exposición de motivos del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, se hace constar que el principio de referenciación a costes mencionado “busca evitar que en la determinación de la evolución de los precios de las distintas actividades se incorporen elementos ajenos ellas” y que este principio “difiere del de recuperación de costes en que el primero atañe la evolución de precios y costes y el segundo al nivel de dichos precios y costes”, aclarándose que “hay servicios públicos en los que, por motivos de política económica, no se recuperan los costes, pero ello no es óbice para que la evolución de sus precios esté referenciada a la de los costes”. Esta posibilidad de no recuperación de costes que no impide la evolución – por tanto, posible revisión– de los precios referenciada a la evolución de los costes es la que hay que poner en relación con la asunción de los riesgos a que se hace referencia en la consideración jurídica siguiente. Asimismo, también habrá que ponerla en relación con el principio de eficiencia y buena gestión empresarial, en el que también se basa la revisión de precios, de acuerdo con el cual el establecimiento de un régimen de revisión tomará como referencia la estructura de costes que una empresa eficiente y bien gestionada habría tenido que soportar para desarrollar la actividad correspondiente con el nivel mínimo de calidad exigible por la normativa de aplicación o las cláusulas del contrato.

Finalmente, para completar este análisis del régimen de revisión de precios de los contratos a los efectos de dar respuesta a las cuestiones que motivan la emisión de este informe, hay que recordar que en el paquete de directivas del año 2014 se trata la revisión de precios como una modificación de contrato, estableciéndose que los contratos, los acuerdos marco y las concesiones podrán modificarse durante su vigencia sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, entre otros casos, cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación o en la documentación inicial de la concesión, “en cláusulas de revisión claras precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones”, determinando estas cláusulas el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse (artículo 72.1.a de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y artículo 43.1.a de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión).⁷

⁷ Respecto a las concesiones, en el considerando 78 de la Directiva 2014/23/UE –de la misma manera que en el considerando 111 de la Directiva 2014/24/UE– se señala que “en cada contrato, los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras deben tener la posibilidad de prever modificaciones por medio de cláusulas de revisión o de opción, aunque tales cláusulas no deben darles una discrecionalidad ilimitada. La presente Directiva debe, por ello, establecer en qué medida pueden preverse modificaciones en la concesión inicial. Debería aclararse, por consiguiente, que mediante cláusulas de revisión o de opción redactadas con suficiente claridad pueden disponerse indexaciones de precios (...)”.

Por otra parte, respecto del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, que recoge la posibilidad de modificación por revisión de precios en los mismos términos que el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en el Acuerdo 41/2014, de 2 de septiembre, considera que “podría cuestionarse si la referencia que este precepto realiza a la revisión de

A la vista del régimen jurídico para la revisión de precios de los contratos públicos fijado por esta normativa, se puede dar respuesta ya ahora a la cuestión relativa a “si el hecho de prever una revisión periódica predeterminada limita en algún aspecto la posibilidad de revisar el precio de la tarifa de agua por variaciones de costes mediante los otros dos regímenes de revisión previstos por la normativa”. A este efecto, hay que constatar, en primer lugar, que la normativa no excluye expresamente la posibilidad de establecer la revisión de precios de los contratos públicos conjuntamente a través de medios diferentes –lógicamente, en el caso de contratos de concesión en que es posible, como excepción a la regla general, la revisión de precios periódica y no predeterminada o no periódica, a los que se ha hecho referencia en esta consideración–, por ejemplo, mediante una fórmula que estableciera la revisión periódica y predeterminada, junto con la previsión de poder revisar el precio puntualmente o de manera no periódica, por la variación de un determinado coste indispensable y directamente relacionado con la actividad objeto del contrato.

Asimismo, esta posibilidad parecería tener encaje en la normativa comunitaria, en la medida en que se previera en el pliego de la licitación respectiva una cláusula que, cumpliendo con los requisitos fijados por la directiva, estableciera la revisión de precios de un contrato por diferentes de los regímenes establecidos por nuestro derecho interno. Esta circunstancia podría darse en el caso de un contrato en el que, de acuerdo con su estructura de costes, concurren costes revisables periódicamente, y de manera predeterminada, para los que se previeran unos precios individuales o índices de precios específicos asociados a cada componente de coste revisable, junto con algún coste revisable puntualmente. En estos casos podría incorporarse este último componente como un término que estuviera fijo en el sistema o la fórmula de revisión de precios periódica y predeterminada que se estableciera, como el resto de costes no revisables, de manera que no alterara la revisión y, si procediera, hacer la revisión al margen de este sistema o fórmula cuando procediera y de conformidad con lo que previeran los pliegos. Sin embargo, parece que este componente de la estructura de costes también podría incorporarse en el sistema o la fórmula de revisión de precios periódica y predeterminada que se estableciera, como un concepto revisable más, de manera que no alterara la revisión mientras se mantuviera invariable el coste, y se tuviera en cuenta en el sistema o fórmula en el momento en que variara.⁸

precios, entre las posibles modificaciones de contratos, es afortunada, considerando que no se trata propiamente de una modificación de contrato puesto que (...) el ‘ius variandi’ de la Administración lleva consigo un correlativo derecho del contratista al equilibrio económico y financiero, pero no un derecho a la revisión de precios, que es una figura distinta” i concluye que “la normativa comunitaria no contempla la revisión de precios como un derecho del contratista o de la Administración, ni como una cláusula que ineludiblemente debe incorporarse a los pliegos para su aplicación automática”, atès que “no se trata (...) de un derecho de configuración legal, irrenunciable o indisponible para el contratista ni para la Administración, sino que, por el contrario, se trata de una cláusula que puede incorporarse o no a los pliegos”.

⁸ Diferente es el caso de contratos en los que el operador económico realiza otras actividades diferentes de la principal que tienen estructuras de costes diferenciadas, al que se refiere el artículo 3 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, y en los que la revisión de los valores se realizará de forma separada, teniendo en cuenta sólo los costes relativos a la actividad cuyo valor monetario se revisa.

Desde el Ayuntamiento de L'Ampolla se plantea la posibilidad de incluir, en los pliegos que rijan la licitación de un contrato de concesión que tenga por objeto el servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, una cláusula de revisión periódica y predeterminada de las tarifas “en función de la variación de costes de funcionamiento del servicio del ciclo integral del agua que sean considerados como esenciales y significativos (como serían los de personal, compra de agua en alta, trabajos de mantenimiento, canon del agua y consumo de energía eléctrica)” y, de acuerdo con los términos de la consulta, la duda respecto de la viabilidad jurídica de esta previsión se plantea por el hecho de que estos conceptos puedan incardinarse en el de riesgo operacional y en el de riesgo y ventura, de modo que los tenga que soportar la empresa concesionaria y que “de lo contrario, la transferencia del riesgo en el concesionario que presupone esta tipología de contrato se pondría fuertemente en entredicho”.

Así, una vez visto el régimen de revisión de precios de los contratos públicos y los costes a que puede afectar, procede delimitar los conceptos de riesgo operacional y de riesgo y ventura para determinar la compatibilidad o no de estas figuras y, por tanto, la posible concurrencia de aquella revisión sobre los costes a que se alude en la petición de informe. En definitiva, es necesario delimitar estos conceptos de riesgos para determinar si la revisión de precios en función de la variación de costes indispensables y directamente relacionados con la actividad objeto del contrato imposibilitan o desvirtúan la concurrencia de esta asunción de riesgos.

Con carácter previo y dado que en la petición de informe se alude a la posibilidad de que el objeto del contrato sobre el que se plantean las cuestiones pueda ser objeto de un contrato de concesión o de un contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía, conviene hacer referencia a la calificación de los contratos que tengan por objeto lo que se señala en la petición de informe.⁹ En este sentido, cabe de agua potable y alcantarillado mediante la figura extinta del contrato de gestión de servicios en su modalidad de concesión. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la desaparición de esta figura en la LCSP y con la transposición de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, ya mencionada, la contratación de este servicio debe realizarse, a través de un contrato de servicios o de una concesión, en función de si se cumple

⁹ Respecto de la calificación de estos objetos contractuales se ha pronunciado la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia en el Informe 3/2018, de 15 de junio, sobre los límites a la acumulación de prestaciones de diferente naturaleza en un único contrato, en el cual destaca “la diferente consideración que merecen los dos servicios que la corporación se plantea prestar reunidos en un solo contrato: mientras que el abastecimiento de agua potable, sometido a tarifas reguladas y aprobadas por la Administración, es un servicio susceptible de ser prestado en régimen de concesión al ser posible transferir al concesionario tanto el riesgo de demanda como el de suministro, el servicio de mantenimiento de la red de saneamiento, en cambio, no parece que pueda ser retribuido en función de la utilización de dicho servicio por los usuarios ni que pueda transferirse el riesgo inherente a una explotación privada”, en la medida en que “en el primero las tarifas que han de pagar los usuarios ha de autorizarlas la Administración y la retribución del concesionario puede depender significativamente del consumo de agua efectuado por los abonados, así como del precio y volumen del agua en alta y de la buena gestión y mantenimiento de la red de distribución para evitar fugas”, mientras que “en el servicio de saneamiento resulta muy difícil o imposible establecer unas condiciones análogas que aseguren la existencia de ese riesgo operacional que, a su vez, justificaría la utilización de la concesión en lugar del contrato de servicios, que es el que en caso contrario procedería”. Por este motivo, afirma que “la pretensión de reunir en un solo contrato las prestaciones para ambos servicios nos lleva al caso más probable de que unas, las de abastecimiento de agua potable, deban prestarse en régimen de concesión y otras, las del servicio de saneamiento, de acuerdo con las normas propias del contrato de servicios” y que “dicha reunión en un sólo contrato, si pudiera justificarse objetivamente, nos situaría ante un contrato mixto de los previstos en el artículo 18 de la Ley 9/2017, que sólo podría llevarse a cabo en el supuesto de que se cumpla lo dispuesto en el artículo 34.2 de la misma Ley.”

la condición, indispensable para determinar la tipología del contrato de concesión de servicios frente del contrato de servicios, de asunción del riesgo operacional por parte del contratista.¹⁰

Por tanto, actualmente es posible que el objeto de un contrato de servicios sea la gestión de un servicio público, siempre que no comporte la asunción del riesgo operacional por parte de la empresa contratista, como también es posible que el objeto de un contrato de concesión no sea un servicio público y, respecto a la revisión de precios y de acuerdo con lo que se ha señalado en la consideración jurídica anterior, sólo si el contrato sobre el que trata la petición de informe se califica de concesión de servicios podría ser objeto tanto de revisión de precios periódica y predeterminada, como de revisión periódica y no predeterminada y de revisión no periódica, mientras que si se califica de contrato de servicios, la revisión del precio que, en su caso se estableciera, solamente podría ser periódica y predeterminada, siempre que se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 103 de la LCSP –entre otros, que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, calculándose dicho período conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero.

Respecto al riesgo operacional en la explotación de la obra o del servicio, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE, abarca el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, y se define como el riesgo que el concesionario asume cuando, en condiciones normales de funcionamiento, no esté garantizado que recupere las inversiones realizadas ni pueda cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión, teniendo en cuenta que “la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.¹¹

¹⁰ En el preámbulo de la LCSP se insiste en esta idea recordando que para la Directiva 2014/23/UE el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es quién asume el riesgo operacional, de manera que “en el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios”, señalando que “determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios”.

¹¹ La propuesta de Directiva de concesiones preveía, en el artículo 2.2, que la concesión implica la transferencia al concesionario “del riesgo operacional substancial” i que “se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional substancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión”. El Comité competente del Parlamento Europeo aprobó el 1 de febrero de 2013 una enmienda en la que se disponía que la adjudicación de la concesión de obras o de servicios implicará la transferencia al concesionario “de la parte substancial del riesgo económico que conlleva la explotación de tales obras o servicios”, que se define como “el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, y que incluye tanto el riesgo de demanda como el de suministro”. En cambio, como se ha visto, el texto aprobado finalmente establece que la concesión implica la transferencia de “un riesgo operacional” –no “del riesgo operacional substancial” ni “de la parte substancial del riesgo económico que conlleva la explotación de tales obras o servicios”– en la explotación, que abarca el riesgo de demanda “o” el de suministro, o ambos.

Además, tal como se señala en el considerando 20 de esta Directiva 2014/23/UE, un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen del control de las partes, por lo que “los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión”.

En este punto la Directiva 2014/23/UE recoge, en unos términos muy similares, la delimitación del riesgo operacional que debe asumir la empresa concesionaria efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 10 de marzo de 2011 (as. C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contra Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau), en la que señala que “el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”.¹²

En relación con la transposición de la exigencia de translación del riesgo operacional en la LCSP, el Consejo de Estado afirmó, en el Dictamen nº 1116/2015, aprobado el 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que “aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de

¹² Son numerosas las resoluciones de los tribunales de contratos que analizan la translación del riesgo operacional, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución nº 562/2016, de 15 de julio, en la que reproduce el contenido de su anterior Resolución nº 550/2015, de 12 de junio, hace constar que “el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”. En esta misma Resolución nº 562/2016, de 15 de julio, también se reproduce el contenido de una anterior, de 12 de enero de 2016, en la que se concreta qué hay que entender por riesgo de explotación: “Por riesgo de explotación económica debe entenderse ‘el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado’, esto es, ‘el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio’, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: Sentencia TJUE, sala Tercera, 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09)”.

beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende

de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios”.

Tal como se hizo constar en el Informe 16/2015, de 21 de diciembre, de esta Junta Consultiva, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, para el suministro de agua potable y alcantarillado: modificación; retribución de la empresa contratista; riesgo de explotación y mantenimiento del equilibrio económico, el hecho de que este riesgo operacional se vincule a las incertidumbres del mercado implica que puede consistir en un riesgo de demanda, es decir, que deriva de la demanda real de los servicios objeto del contrato, o en un riesgo de oferta, esto es, que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, o en una conjunción de ambos, y es que el riesgo de explotación deriva de factores que escapan del control de las partes. Y a diferencia del riesgo y ventura que se debe asumir por todas las empresas en todos los contratos, y por tanto, inherente a todos los contratos, el riesgo operacional exige que se transfiera a la empresa contratista la totalidad del riesgo o, al menos, una parte significativa de este, de manera que “esta transferencia del riesgo no se dará cuando el poder o la entidad adjudicadora aligere a la empresa concesionaria de cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes que se tengan que asumir en relación con la ejecución del contrato”, si bien “eso no impide que puedan existir compensaciones parciales o que parte del riesgo pueda ser asumido por el poder o entidad adjudicadora o que la remuneración a la empresa concesionaria proceda exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora si la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador por la prestación del servicio depende de la demanda o del suministro efectivos de estos bienes o servicios”.¹³

Por tanto, el riesgo operacional no hace referencia al riesgo en la variación –el aumento– de los costes que asume la empresa contratista, que es el objeto de la revisión de precios, si bien sí que incluye el riesgo de no recuperar las inversiones realizadas y el riesgo de no obtener beneficios, porque los costes sean superiores a los ingresos, pero de esta inclusión no deriva la imposibilidad de prever la revisión de precios de los contratos de concesión para garantizar el mantenimiento, respecto a costes, de las condiciones fijadas en el momento de la perfección del contrato. En definitiva, un elemento relevante en estos contratos es la retribución por el uso o frecuencia del servicio, y lo más importante es que se transfiera a la concesionaria la responsabilidad de la explotación, pudiendo consistir el riesgo operacional, como se ha dicho, en un riesgo de demanda o de oferta, pero siendo, en todo caso, una institución diferenciada de la revisión de precios por el aumento de costes indispensables y directamente relacionados con la actividad objeto del contrato.

¹³ Asimismo, desde este punto de vista y tal como señaló esta Junta Consultiva en el Informe 9/2016, de 1 de diciembre, sobre el análisis del concepto de riesgo operacional en relación con los contratos de concesión y otras categorías contractuales, hay que poner este riesgo en relación también con la duración de los contratos de concesión, la cual tiene que permitir la recuperación de la inversión a pesar de no quedar garantizada por el sistema de retribución establecido en la concesión.

Respecto al principio de riesgo y ventura, recogido en el artículo 197 de la LCSP, en sede de ejecución de los contratos de las Administraciones Públicas, por tanto, inherente a cualquier contrato del sector público y aplicable al contrato de servicios, conlleva que el contratista, por un lado, se beneficia de las ventajas y los rendimientos de la actividad que desarrolla y, por otro, se perjudica con las pérdidas que puedan derivarse de su trabajo en la gestión de esta actividad, mientras que la Administración permanece ajena a la suerte o desventura del concesionario.¹⁴

El Consejo de Estado recuerda, en el reciente Dictamen nº 769/2020, de 28 de enero de 2021, que “todo contrato establece una relación jurídica entre las partes, inalterable y obligatoria, uno de cuyos elementos esenciales es que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, cuya única excepción es la fuerza mayor o el caso fortuito”; que “para poder invocar la fuerza mayor el cumplimiento del negocio jurídico, ha de devenir imposible para la contratista” y “la determinación de la fuerza mayor ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso”; y que en el caso que se analiza “la imposibilidad de cumplimiento del contrato se debió, a la falta de adopción de las debidas precauciones por la contratista”, por lo que “sin la concurrencia específica y concreta de la exigencia legal de la fuerza mayor, no cabe desvirtuar el funcionamiento del principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa”. Por su parte, en el Dictamen nº 667/2014, de 17 de julio, relaciona el riesgo y ventura con la revisión de precios recordando que “la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello solo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebre enteramente el equilibrio contractual (...)”.¹⁵ Asimismo, respecto específicamente al principio de riesgo y ventura que rige el contrato administrativo afirma que “no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando esta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la

¹⁴ Así se señaló en el Informe 14/2020, de 27 de noviembre, de esta Junta Consultiva, en relación con el análisis de la posibilidad de regularizar el canon anticipado de un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, una vez se conoce el volumen real de cada ejercicio, con referencia a otros pronunciamientos al respecto.

¹⁵ El Consejo de Estado se pronunció al respecto en el Dictamen 560/1997, de 24 de abril, en el cual, después de recordar que “la regla esencial en la contratación administrativa consiste en que el contratista asuma las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos en que el Ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso de la fuerza mayor, o de la revisión de precios y de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual”, estima que “cuando la revisión de precios deviene ineficaz debido a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios, ajenos a la voluntad de las partes contratantes, que, a su vez, suponen una ruptura de la ecuación financiera del contrato, nada impide que pueda resultar aplicable la denominada ‘doctrina de la imprevisión’.”

revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)”.

En definitiva, y tal como se señala en la Sentencia de 10 de marzo de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya mencionada, el riesgo que asume todo contratista – en términos de nuestro derecho interno, el “riesgo y ventura”– no debe confundirse con el riesgo operacional del concesionario y riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación de los operadores económicos son inherentes a cualquier contrato; de modo que el riesgo operacional comporta un grado más de exigencia en la asunción del riesgo por parte de la empresa concesionaria¹⁶, en la medida en que su retribución no depende sólo de la ejecución de la prestación en los términos pactados en el contrato –como sucede en los casos en que únicamente es de aplicación el principio de riesgo y ventura de la contratista predicable de todo contrato administrativo, sin asunción por parte suya del riesgo operacional, en el que la retribución se tiene, por lo tanto, “garantizada” en caso de correcta ejecución–, sino que la retribución depende de hechos ajenos a su correcta ejecución. Si bien es también cierto, sin embargo, que equiparándose el riesgo operacional, en los términos de la Directiva, a que no esté garantizada la recuperación de inversiones y gastos, en condiciones normales de funcionamiento, se acerca mucho este riesgo al riesgo y ventura predicable de cualquier contrato, en la medida en que ninguna empresa contratista tiene garantizada aquella recuperación, justamente por la aplicación del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos.¹⁷

Una vez vista la delimitación de estas dos tipologías de riesgos asumidos por las empresas licitadoras, en todo caso, y por las concesionarias, respecto al operacional, se constata que los conceptos sobre los que trata la revisión de precios de los contratos son diferentes de los que conforman el riesgo operacional delimitador de los contratos de concesión y el riesgo y ventura que asume toda empresa contratista de un contrato administrativo, en tanto que, si bien tanto la revisión de precios como la asunción del riesgo operacional hacen referencia, como se ha dicho, a factores que escapan del control de las partes, aquella hace referencia a la actualización de los precios motivada por la variación de los costes y ésta al no aseguramiento de la recuperación de inversiones y, en definitiva, de la rentabilidad de la concesión. Asimismo, se trata de instituciones compatibles, tal como denota el hecho de que tanto la LCSP como la misma Directiva 2014/23/UE regulen, como se ha visto, la posibilidad de prever la revisión de precios de los contratos de concesión que, por definición, deben comportar aquella asunción de riesgo por parte de la empresa contratista o, dicho en otras palabras, establezca la necesaria translación del riesgo sin excluir la

¹⁶ El artículo 254 de la LCSP, en relación con las obras objeto de concesión, alude a esta idea al disponer la asunción de ambos riesgos para el concesionario, estableciendo que “las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión (...)”.

¹⁷ En relación con la asunción del riesgo operacional, frente al tradicional equilibrio económico de las concesiones, el Consejo de Estado señala, en el Dictamen 1116/2015 antes mencionado, que “la existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español –de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento– choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen.

posible revisión de precios – como lo es la revisión de tarifas– en contratos de concesión. En este sentido, hay que recordar también que actualmente el apartado 10 del artículo 103 de la LCSP dispone expresamente que lo establecido en este artículo y en la Ley de desindexación en relación con la revisión de precios, hay que entenderlo sin perjuicio de la posibilidad de mantener el equilibrio económico en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290, relativos al contrato de concesión de obras y al de concesión de servicios, respectivamente.¹⁸

Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales.”

Ciertamente, a pesar de la asunción obligatoria por parte de las empresas contratistas de los riesgos señalados, este hecho no conlleva que tengan que asumir todas las alteraciones de los precios de los contratos y, entre las alteraciones que no están incluidas en los riesgos asumidos por las contratistas y las concesionarias, está la técnica de la revisión de precios –mientras la revisión de precios es una fórmula para calcular a priori los posibles cambios en las condiciones previstas debidas a cambios en los costes esenciales que puedan producirse en la ejecución del contrato y prever los mecanismos para paliarlos, el restablecimiento económico y financiero es una medida correctora frente los desequilibrios económicos no previstos, es decir, cambios sobrevenidos en la prestación que traen causa de la acción de la Administración –ius variandi–, o de circunstancias ajenas e imprevisibles –factum principis y riesgo imprevisible. Una cuestión diferente es determinar si cada uno de los costes señalados en la petición de informe –“los de personal, compra de agua en alta, trabajos de mantenimiento, canon del agua y consumo de energía

¹⁸ Esta previsión, incorporada en la LCSP durante su tramitación parlamentaria –por vía de las enmiendas número 870 del Grupo Parlamentario Mixto y número 565 del Grupo Parlamentario Socialista se justifica para aclarar, con la finalidad de facilitar la interpretación y aplicación de la LCSP por todas las Administraciones públicas y los funcionarios a su servicio, que “las revisiones de precios, periódicas y no periódicas, constituyen una técnica jurídica nítidamente diferente a la establecida históricamente en la legislación de contratos para garantizar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones, lo que puede realizarse mediante la revisión extraordinaria del precio del contrato”. En todo caso, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, ya en el Informe 29/2000, de 30 de octubre, sobre “interpretación de las cláusulas del pliego. Los principios de riesgo y ventura y de mantenimiento del equilibrio financiero en relación con la revisión de precios en el contrato de gestión de servicios públicos suscrito por el Ayuntamiento”, afirmó que el principio de riesgo y ventura y el de equilibrio económico financiero – del que se señala que “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 cuando, consecuencia de modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación”–, “tienen que actuar al margen y con independencia de la revisión de precios y se articulan a través de mecanismos que por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, permiten una alteración de la prestación del contratista y no de la Administración que por las mismas circunstancias podrá ejercitar el ‘ius variandi’.”

eléctrica”– cumplen los requisitos para ser revisables, de conformidad con lo señalado en la consideración jurídica anterior.¹⁹

Por tanto, hay que responder a las preguntas relativas a si debe descartarse la posibilidad de incluir en los pliegos de un contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía o de un contrato de concesión, una cláusula de revisión periódica y predeterminada de las tarifas en función de la variación de costes esenciales y significativos, o una cláusula de revisión periódica y no predeterminada o no periódica, en el sentido de que es posible el establecimiento de revisión de precios en estos contratos de los costes esenciales y significativos, previa justificación y mediante su previsión en los pliegos, de acuerdo con la normativa reguladora de esta institución jurídica y en los términos señalados en la consideración jurídica anterior, sin que pueda descartarse esta inclusión por considerar que minora el riesgo y ventura o el riesgo operacional asumido por la empresa contratista. Ciertamente, si bien durante la ejecución de un contrato pueden suceder acontecimientos o circunstancias que alteren las condiciones establecidas en el momento de su perfección, las cuales no deben afectar a la asunción de riesgos por parte de las empresas contratistas y concesionarias, con la revisión de precios no se produce una alteración de las condiciones establecidas, porque la revisión de precios forma parte de estas condiciones. En este sentido, si el pliego y el contrato han establecido, con la justificación previa correspondiente, que los costes esenciales y significativos se revisen, de acuerdo con la normativa sobre revisión de precios a que se ha hecho referencia en la consideración jurídica anterior, no excluye la vigencia y aplicación del riesgo y ventura para aquel contrato, como tampoco el traslado del riesgo operacional que deba asumirse por la contratista.

¹⁹ En el Informe 29/17 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, aprobado el 15 de julio de 2019 y al que se hace referencia expresa en la petición de informe, se afirma respecto de los costes de precio de agua en alta, los materiales, suministros y personal, que se señalan en la petición de informe como costes significativos en relación con un contrato de gestión del servicio público de abastecimiento y saneamiento de agua domiciliar de un municipio, que “si la ley exige que la revisión tenga carácter periódico o recurrente determinada por una relación exacta con la variación de un precio o un índice de precios, hay serias dudas de que en nuestro caso pueda decirse que el aumento del precio del agua, el coste de los materiales o los gastos de personal puedan calificarse de recurrentes ni mucho menos de periódicos en el tiempo”. Asimismo, también se pronuncia sobre el mantenimiento del equilibrio económico como justificación para la introducción de la cláusula de revisión de tarifas sobre la que se solicita informe, argumentando que no se dan las circunstancias para establecer un sistema de equilibrio económico del contrato dado que no se alude en ningún caso a que la Administración tenga que modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado, ni se hace referencia a que existan actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato y tampoco se establece ninguna relación entre la variación de tarifas prevista en el pliego y la concurrencia de causas de fuerza mayor, añadiendo que lo que se prevé en el pliego es una revisión de precios (indebidamente incluida) –por no concurrir en aquel caso el requisito de que el período de recuperación de la inversión sea superior a cinco años– y no un sistema de mantenimiento del equilibrio económico del contrato y que “tan es así que los elementos cuya alteración justificarían teóricamente el restablecimiento del equilibrio económico se incardinan de manera clara y natural en el concepto de riesgo operacional e incluso en el de riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario”; si bien en el mismo informe utiliza el condicional para afirmar que “si estos elementos se considerasen incluidos en el concepto de riesgo operacional, la transferencia del mismo al concesionario se vería fuertemente mitigada con una cláusula como la descrita en la consulta, lo que llegaría a poner en duda la naturaleza del contrato como una verdadera concesión”.

Respecto específicamente al riesgo operacional, como se ha dicho, se considera que la concesionaria lo asume cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, pueda recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión, de modo que, a sensu contrario, no se consideraría que se asume aquel riesgo “si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato” (considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE), lo que no parece que pueda suceder por el solo hecho de prever la revisión de precios en los términos y de conformidad con lo dispuesto en la normativa.

Así, efectivamente, hay que admitir la posibilidad de incluir en los pliegos de los contratos de concesión y de servicios en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, una fórmula de revisión de precios periódica y predeterminada basada en la variación de costes indispensables y directamente relacionados con la actividad objeto del contrato que sean revisables de conformidad con lo que se ha señalado en la consideración jurídica anterior, tal como se señala en el escrito de petición de informe, en tanto que se establezca motivadamente la relación de los factores esenciales del coste del servicio y la tarifa que resulte exigible. En todo caso, por un lado, hay que recordar que la revisión de precios ha pasado a ser la excepción, por lo que debe justificarse, y, por otro lado, hay que señalar la necesaria configuración de la revisión de precios en combinación con el principio de riesgo y ventura, de modo que la revisión de precios no se convierta en una garantía de los intereses de la contratista.

III. Procedimiento para la revisión de las tarifas e intervención de la Comisión de Precios de Cataluña.

Tal como se señala en el escrito de petición de informe, de conformidad con el artículo 20.6 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLRHL), que fue introducido mediante la disposición final duodécima de la LCSP, el establecimiento de las “contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos”, por tanto, de las tarifas, debe efectuarse mediante ordenanza municipal.

Este apartado 6 del artículo 20 del TRLRHL, dispone estas contraprestaciones económicas que se perciban por la prestación de los servicios públicos efectuada de manera directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta –en concreto, “aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado”–, tendrán la condición de

prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario²⁰; y que “sin perjuicio de lo establecido en el

²⁰ En el Informe 53/18, aprobado el 15 de julio de 2015, en relación con pagos derivados del contrato de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía, la Junta Consultiva del Estado pone de manifiesto que “si atendemos a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, es muy cierto que el artículo 312 de la LCSP no contempla expresamente la calificación las tarifas que se puedan establecer como prestación patrimonial de carácter público no tributario, a diferencia de lo previsto para la concesión de servicios (artículo 289.2 LCSP). No obstante, la disposición adicional cuadragésima tercera –y también las previsiones de la normativa tributaria que se modifica en las disposiciones finales– se refieren en términos generales a la prestación de servicios públicos mediante gestión indirecta, donde se comprenden también los contratos de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía, por más que se explicita algún caso como el de la concesión u otros similares. Por tanto, también en estos casos las tarifas deben considerarse como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.”

artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público”, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante una ordenanza, habiendo las entidades locales de solicitar durante el procedimiento de su aprobación un informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas.

De acuerdo con el artículo 32 del Decreto 277/2016, de 2 de agosto, de reestructuración del Departamento de Territorio y Sostenibilidad, esta Administración pública es la Comisión de Precios de Cataluña, la cual debe tener en cuenta el Decreto 149/1988 de 28 de abril, sobre el régimen procedimental de los precios autorizados y comunicados.²¹

La Comisión de Precios de Cataluña, tal como dispone el artículo 1 el Decreto 121/2014, de 26 de agosto, que la regula, es un órgano colegiado que tiene como objetivo el ejercicio de las funciones de intervención en relación con la aprobación y la modificación de los precios de los suministros de agua, transporte urbano de viajeros, compañías ferroviarias de ámbito autonómico o de las tarifas de los bienes y servicios sujetos al régimen de autorización y de comunicación administrativa de ámbito autonómico. De conformidad con lo establecido en el artículo 20.6 del TRLRHL a que se acaba de aludir y en ejercicio de sus competencias, la Comisión de Precios de Cataluña adoptó, en fecha 3 de abril de 2019, la Resolución sobre la incidencia en el funcionamiento de la comisión de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la que se señala, entre otras previsiones, que el informe de la Comisión de Precios, atendiendo al alcance de sus competencias, se limitará a los apartados de la ordenanza que regulen los aspectos económicos del establecimiento de la tarifa, sin extender su competencia a los aspectos organizativos o de regulación del servicio que son de la estricta competencia municipal; que la Comisión “considera ajustado a derecho que la ordenanza establezca una regulación marco que haga posible la revisión futura de las tarifas sin necesidad de tener que recurrir al procedimiento de modificación del ordenanza”; y que “esta regulación marco establecerá las bases para la actualización de las tarifas y habilitará al órgano que se estime competente del ente local para llevar a cabo la revisión tarifaria. En este caso, la CPC no deberá que aprobar las revisiones tarifarias que se ajusten a la regulación marco establecida en la ordenanza”.

En este sentido, respecto a la cuestión planteada a esta Junta Consultiva sobre la coincidencia de criterio con aquella Comisión de Precios y, en concreto, si se considera ajustado a derecho la previsión relativa a que la ordenanza establezca una regulación marco que haga posible la revisión futura de las tarifas sin necesidad de tener que recurrir al procedimiento de modificación de la ordenanza, estableciendo las bases para la actualización de las tarifas y habilitando el órgano que se estime competente del ente local para llevar

²¹ Este artículo 32 del Decreto 277/2016 establece que corresponde a la Sección de la Comisión de Precios de Cataluña, entre otras funciones, conocer los expedientes de aprobación y de modificación de los precios de los suministros de agua.

a cabo la revisión tarifaria, caso en el que la Comisión de Precios de Cataluña no deberá aprobar las revisiones tarifarias que se ajusten a dicha regulación marco, hay que afirmar la falta de competencia de esta Junta Consultiva respecto del procedimiento y la intervención de la Comisión de Precios de Cataluña que el órgano colegiado ha adoptado mediante resolución, más allá de afirmar que la revisión de las tarifas debe llevarse a cabo de conformidad con el régimen jurídico señalado en las consideraciones jurídicas de este informe, tal como establece el propio artículo 20.6 del TRLRHL en el que se dispone expresamente la regulación mediante ordenanza de las tarifas “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la LCSP”, por tanto, distinguiendo aquella regulación de la revisión de precios –o, en este caso, de tarifas– que proceda.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

I. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla esta Ley, no excluye expresamente la posibilidad de establecer la revisión de precios de los contratos públicos conjuntamente a través de medios diferentes –en el caso de contratos de concesión en el sector del agua en que es posible, como excepción a la regla general, la revisión de precios periódica y no predeterminada o no periódica–, por ejemplo, mediante una fórmula que establezca la revisión periódica y predeterminada, junto con la previsión de poder revisar el precio puntualmente o de manera no periódica, por la variación de un determinado coste indispensable y directamente relacionado con la actividad objeto del contrato. Esta posibilidad también parece tener encaje en la normativa comunitaria, en la medida en que se prevea en el pliego de la licitación respectiva una cláusula que establezca la revisión de precios de un contrato por varios de los regímenes establecidos en nuestro derecho interno.

II. Es posible incluir en los pliegos de los contratos de concesión y de los contratos de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, una fórmula de revisión periódica y predeterminada de las tarifas basada en la variación de costes indispensables y directamente relacionados con la actividad objeto del contrato que sean

revisables, de conformidad con lo señalado en la consideración jurídica I de este Informe, sin que se pueda descartar esta inclusión para considerar que minoraría el riesgo y ventura o el riesgo operacional asumido por la empresa contratista.

III. La revisión de las tarifas que se perciban por la prestación de los servicios públicos efectuada de manera directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, reguladas mediante ordenanza de acuerdo con el artículo 20.6 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, debe llevarse a cabo de conformidad con el régimen jurídico de revisión de precios de los contratos públicos que se analiza en este Informe, sin que sea competencia de esta Junta Consultiva de Contratación pronunciarse sobre el procedimiento y la intervención de la Comisión de Precios de Cataluña que este mismo órgano colegiado ha adoptado mediante resolución.