



## **Informe 11/23, de 26 de octubre de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**

**Materia: Cláusula de revisión de precios incluida en un contrato con defectos en su tramitación.**

### **ANTECEDENTES**

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santiurde de Toranzo (Cantabria) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

*“ASUNTO: CONSULTA RELATIVA A REVISIÓN DE PRECIOS EN CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS*

*A través de la presente se dan a conocer determinados antecedentes que entendemos relevantes de cara a formular la citada consulta ante esta Junta Consultiva de Contratación del Estado, consecuencia de la inexistencia de órgano propio en la Comunidad Autónoma de Cantabria.*

*El Ayuntamiento de Santiurde de Toranzo tiene adjudicado un contrato de concesión de servicios de la gestión integral del alumbrado público exterior del municipio por un plazo de 16 años y cuya fecha de formalización fue el 29 de julio de 2020. Este contrato se compone de 4 prestaciones: P1 (gestión energética), P2 (mantenimiento), P3 (garantía total), P4 (inversiones) y P5 (alumbrado decorativo navideño).*

*El importe anual del contrato adjudicado son 61.633,44 euros más IVA, respondiendo dicho importe al pago mensual fijo efectuado por el Ayuntamiento.*

*Los pliegos recogen cláusulas relativas a la revisión de precios ordinaria para cada una de las prestaciones objeto de contrato, así como una revisión de precios extraordinaria en relación con el aumento o disminución del número de puntos de luz. (Cláusula 17 PCAP).*

*La empresa adjudicataria ha solicitado una revisión de precios, acompañado de informe justificativo, consecuencia de la elevación al alza de los costes energéticos que ha venido soportando, superando el coste energético previsto en contrato, revisión de precios que igualmente repercute en las otras prestaciones objeto de contrato. La revisión de precios solicitada por la empresa conlleva unos atrasos acumulados desde la fecha de revisión anual, 1 de agosto de 2022, hasta el 31 de diciembre de 2022, con indicación expresa de que la próxima revisión tendrá lugar el 1 de agosto de 2023. Lo anterior supone que, el pago mensual fijo previsto en contrato (6.214,71 euros) se incremente de manera constante, pasando a alcanzar 16.493,20 euros mensuales, lo que representa un incremento del 165,40%.*

*Si bien es cierto que, se cumplen las premisas del artículo 103.2 LCSP, en cuanto a que el periodo de recuperación de la inversión es igual o superior a 5 años (se contempla un periodo de recuperación de la inversión de 10 años) y del artículo 9.2 del Real Decreto 55/2017, en cuanto a que la revisión de los precios está prevista en el pliego, no existe justificación previa en el expediente, ni tramitación del procedimiento contemplado en el artículo 9.8 del Real Decreto 55/2017.*

*A continuación se facilita enlace que da acceso al documento “Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares” del contrato:*

<https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/a5d9428a-807e-49b9-928784da2cdfc9c5/DOC20200519092206PCAP+Concesion+servicio+gestion+integral+AP+Santiurde+de+Toranzo.pdf?MOD=AJPERES>

*En relación con todo lo anterior, surgen controversias jurídicas sobre las siguientes*

**CUESTIONES:**

*1º ¿Qué efectos tiene la no tramitación procedimental de la fórmula de revisión de precios? ¿Es posible dejar sin efecto la misma?*

*2º En caso afirmativo, ¿Se pueden entender los elementos objeto de revisión incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario?*

*3º En caso negativo, y teniendo en cuenta una hipotética falta de liquidez por parte del Ayuntamiento para afrontar la subida del precio de la energía ¿Qué soluciones pueden ponerse en práctica? Y, ¿Qué efectos supondrían las mismas?”.*

## **CONSIDERACIONES JURIDICAS**

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

La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el citado artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

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

2. El escrito de consulta parte de la existencia de un contrato de concesión de servicios para la gestión integral del alumbrado público exterior del municipio, actualmente en ejecución, que lleva incorporada una cláusula de revisión de precios ordinaria para cada

una de las prestaciones objeto de contrato, así como una cláusula de revisión de precios extraordinaria, en relación con el aumento o disminución del número de puntos de luz.

La primera cuestión que plantea el Ayuntamiento es la existencia de un defecto en la tramitación del expediente de contratación y si es posible dejar sin efecto la cláusula de revisión de precios por ese motivo. En concreto, el escrito señala que, durante la tramitación del expediente de contratación, se omitió el informe exigido por el artículo 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, resultando obligatorio éste por imperativo de dicho artículo.

A este respecto, cabe recordar que el principio de la vinculación al contenido contractual (artículo 189 de la LCSP) impide a la Administración dejar sin efecto unilateralmente sus cláusulas, no obstante la constatación de un vicio en sus actos preparatorios que pudiera afectar a su validez. Cuando se advierta esta circunstancia, el artículo 41.1 de la LCSP señala que *“La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”* (LPAC) por lo que, en su virtud, podrá procederse a tramitar el procedimiento correspondiente dependiendo de la causa de invalidez.

En este sentido, corresponde al órgano de contratación determinar, a la vista de los artículos 39 y 40 de la LCSP, en concordancia con los artículos 47 y 48 de la LPAC, si el vicio mencionado es causa de nulidad o anulabilidad del contrato y proceder, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la LPAC.

3. Dicho lo anterior, y vigente la cláusula en tanto no se produzca un pronunciamiento judicial al respecto, pregunta el Ayuntamiento de Santiurde de Toranzo si los elementos

objeto de revisión están incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario.

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

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

A partir de aquí, cabe destacar las siguientes afirmaciones contenidas en el informe 13/2023 respecto de las cláusulas contenidas en los contratos:

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

(...)

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

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

Por otra parte, si estas afirmaciones sobre el riesgo y ventura son aplicables con carácter general a todos los contratos, con más motivo lo son a las concesiones de servicios en las que está presente el riesgo operacional que implica una exposición real a las incertidumbres del mercado en la prestación del servicio, tal y como señalan los artículos 14 y 15 de la LCSP.

4. Finalmente, pregunta el Ayuntamiento de Santiurde de Toranzo por las posibles soluciones ante una hipotética falta de liquidez para afrontar la subida del precio de la energía y sus efectos. Dejando de lado las medidas de índole financiero, cuya competencia para informar no corresponde a esta Junta Consultiva, respecto a las posibilidades que ofrece la legislación de contratos del sector público cabe realizar las siguientes consideraciones.

El concesionario tiene derecho a la contraprestación económica prevista en el contrato de acuerdo con el artículo 289 de la LCSP debiendo estarse, en el caso de que no se hiciese efectiva, a las consecuencias contempladas en el artículo 292 de la misma norma.

Respecto a la posibilidad de efectuar una modificación contractual conforme al artículo 290 de la LCSP, cabe señalar que los límites para la modificación de la cláusula de revisión de precios son los que afectan al precio mismo a abonar por la Administración, lo que justifica su invariabilidad (artículo 103.4 de la LCSP). En este sentido, como señaló el informe 13/2023, de 18 de julio, de esta Junta Consultiva anteriormente citado, *“En el sentido apuntado, tanto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-496/99 P Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA, de 29 de abril de 2004, y C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur contra Republik Österreich (Bund), de 19 de junio de 2008), como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -haciéndose eco de estas sentencias- en su resolución 436/2022, de 7 de abril de 2022, se manifiestan contrarios a la modificación del precio en un contrato de suministro regido por la LCSP argumentado que la alteración del precio pactado, aun concurriendo causa imprevisible, afecta a las condiciones esenciales del contrato lo que encubriría una revisión de precios no prevista en el contrato, debiendo asumir esa subida el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato”*.

De igual modo la subida extraordinaria de los precios de la energía y su incidencia en la cláusula de revisión de precios no es susceptible de encuadrarse en los demás supuestos contemplados en el artículo 290.4 de la LCSP para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor) por lo que el Ayuntamiento deberá soportar los efectos que resulten de la aplicación de la cláusula de precios analizada.

Por otra parte, el derecho al desistimiento del contrato cuando resulta extraordinariamente oneroso únicamente es posible en los supuestos a que hace



referencia el artículo 290.6 de la LCSP, para las circunstancias allí previstas, y no para la Administración pública contratante.

Finalmente, la opción del rescate del servicio sólo cabe en las circunstancias previstas en el artículo 294.c) de la LCSP, justificadas adecuadamente conforme a lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de julio de 2023 (rec. 2831/2021), Sección 3ª, con las consecuencias previstas en el artículo 295 de dicha norma.

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

## **CONCLUSIONES**

- Para dejar sin efecto una cláusula de revisión de precios incluida en un contrato por la concurrencia de un defecto en la tramitación del expediente de contratación será necesario proceder a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la LPAC, siempre dentro de los límites del artículo 110 de esta norma, y conforme a lo señalado por el artículo 41.1 de la LCSP.
- Incluida en un contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar éstas tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato.
- La cláusula de revisión de precios a abonar por la Administración en un contrato de concesión de servicios no se puede modificar conforme a lo dispuesto en el artículo 290 de la LCSP, y la excesiva onerosidad para la Administración provocada por la evolución de los precios no es susceptible de encuadrarse en los demás supuestos

previstos en el artículo 290.4 de la LCSP para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor), por lo que la Administración deberá soportar los efectos que resulten de su aplicación. Por otra parte, el derecho al desistimiento del contrato cuando resulta extraordinariamente oneroso únicamente es posible en los supuestos a que hace referencia el artículo 290.6 de la LCSP, para las circunstancias allí previstas, y no para la Administración pública contratante.