



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de..., mediante escrito de fecha de 19 de marzo de 2013, registrado de entrada en esta Diputación Provincial el día 21 de marzo del mismo año, solicita a este Departamento de Asistencia Técnica a Municipios informe jurídico en relación con la vigencia o no de los contratos suscritos entre el Ayuntamiento y la empresa...

A tales efectos, la primera autoridad municipal nos anuncia la remisión de la siguiente documentación:

- Documento 1: Informe de Secretaría e Intervención de 18 de enero de 2013.
- Documento 2: Informe de Secretaría de 18 de febrero de 2013.
- Documento 3: Informe de Secretaría de 11 de marzo de 2013.
- Documento 4: Certificado nº 88/2013.
- Documento 5: Certificado nº 89/2013.
- Documento 6: Certificado nº 90/2013.

ANTECEDENTES

De acuerdo con los datos facilitados en los tres primeros documentos que se adjuntan, los contratos sobre cuya vigencia nos consulta el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de..., se refieren a sendos contratos de servicios suscritos por el Ayuntamiento con la empresa..., con fecha 1 de febrero de 2000, que tienen por objeto el **servicio de limpieza del viario público**, uno de ellos y el **servicio de limpieza de edificios municipales**, el otro.

Ambos contratos finalizaban el 31 de diciembre de 2003, si bien en la cláusula II, se establecía que la duración del contrato sería de cuatro años, pudiéndose modificar y prorrogar por mutua acuerdo de las partes (Página 1 del Informe de Secretaría de 11 de marzo de 2013).



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Después de diversas y variadas vicisitudes, en forma de modificaciones, revisiones de precios, etc., que quedan fielmente reflejadas en los antecedentes de los Informes recogidos como documentos 1, 2 y 3, que damos aquí por reproducidos, este Departamento, a petición del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, con fecha 10 de diciembre de 2009, emitió informe sobre los mismos, a cuyas conclusiones ahora nos remitimos, con la matización que luego diremos.

Actualmente los mencionados contratos continúan desplegando sus efectos a través de la Sociedad Anónima Mixta denominada..., constituida inicialmente por un plazo de 50 años, entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria, con fecha 29 de junio de 2001, que se subroga en todos los derechos y obligaciones de la empresa..., y en la que el Ayuntamiento toma en un primer momento el 30% del capital, para terminar siendo propietario del 96% del mismo, en virtud del acuerdo transaccional entre..., (...) y el propio Ayuntamiento, aprobado por el Pleno corporativo el 22-12-2011, no obstante lo cual, la intervención municipal, desde noviembre de 2009, ha venido informando desfavorablemente con Nota de Reparación la aprobación de las facturas presentadas por..., por dos motivos:

1. No consta la ampliación de las garantías en la contabilidad municipal.
2. El contrato ha finalizado y se ha de proceder a nueva licitación de contratos de servicios.

En esta situación, el Sr. Alcalde solicita informe a este Departamento en relación con la vigencia o no de los contratos suscritos entre el Ayuntamiento y la empresa...

Así pues, a la vista de cuantos antecedentes han quedado expuestos, y una vez consultada la legislación que consideramos de aplicación al caso, y que después diremos, se procede a emitir el siguiente,

INFORME



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Primero.- Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, y teniendo en cuenta que la normativa reguladora de la contratación administrativa ha sufrido durante los últimos años variadas y continuas modificaciones, debemos determinar en primer lugar la normativa específica por la que han de regirse los contratos en cuestión, y aquí estamos de acuerdo con la Secretaria municipal (página 20 de su informe de 11-03-2013), en que esta debe ser la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), por cuanto la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (TRLCAP), establece que *"los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, **se regirán por la normativa anterior.** A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del contrato"*, siendo así que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, (BOE núm. 311, de 29-12-99), de acuerdo con su Disposición final única, entró en vigor el 29-03-2000, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y por tanto con fecha posterior a la firma de los contratos en cuestión que se llevó a cabo con fecha 1 de febrero de 2000, disponiendo además la propia Ley 53/1999, en su Disposición transitoria única que *"los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la normativa anterior"*.

Sentado lo anterior, procede determinar ahora el tipo de contratos de que se trata, a la luz de la legislación vigente en el momento en que se suscribieron, y, aunque no se remite copia de aquellos y de los pliegos de cláusulas administrativas que rigen los mismos, de los documentos aportados, se desprende claramente que los contratos que originariamente se suscribieron entre el Ayuntamiento y la primitiva empresa adjudicataria, en cuyas obligaciones y derechos se subrogó después la empresa..., eran



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



sendos **contratos de servicios** que tenían por objeto el servicio de **limpieza de edificios municipales** y el servicio de **limpieza del viario público**, respectivamente.

El Ayuntamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 155 de la LCAP, podía haber convocado un concurso para la adjudicación de la gestión del servicio público de limpieza viaria, por ser este un servicio de competencia municipal, conforme al Art. 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), pero lo cierto es que, conforme a los documentos que se adjuntan al escrito de consulta, no lo hizo así, y la preparación y adjudicación de ambos contratos parece que se hizo al amparo del Art. 197 y siguientes de la LCAP, como simples contratos de servicios, que podían estar perfectamente incluidos en las categorías 14 y 16 del Art. 207 de la LCAP. Sin que, por otra parte, la constitución de la Sociedad Anónima Mixta denominada..., para la prestación del servicio, de la que el Ayuntamiento ostenta en la actualidad el 96% de su capital social, pueda suponer un cambio en la naturaleza jurídica de los contratos en cuestión, ya que tal modificación excedería, a nuestro juicio, del llamado "*ius variandi*" de que goza la administración conforme al Art. 60 de la LCAP, o del Art. 59 del TRLCAP, que era la norma vigente el 29-06-2001, fecha en que se constituyó formalmente..., porque supondría, no una modificación de los contratos de servicios existentes, sino su novación o conversión en otros nuevos de distinta naturaleza y régimen jurídico, y muy especialmente, en cuanto al fondo del informe interesa, a su duración y prórrogas, por lo que tal novación contractual, respecto del contrato de limpieza de edificios municipales, es simplemente imposible jurídicamente hablando, por no tratarse de un servicio público municipal de los contemplados en el Art. 26 de la LBRL, y respecto del contrato de limpieza del viario público, infringiría los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación consagrados en el Art. 11 de la LCAP, y en el mismo artículo del TRLCAP, puesto que tal novación contractual debería haber sido objeto de un nuevo proceso licitatorio público y adjudicado conforme a la normativa específica del mismo, sin sustraer tal posibilidad a los nuevos licitadores que pudieran haber estado interesados en su adjudicación.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



La falta de esta información que ahora si se nos remite, respecto a la verdadera naturaleza jurídica de los contratos suscritos originariamente, sin duda fue la causa, como apunta la secretaria municipal en su informe de 11-03-2013, de que en el anterior informe de este Departamento se considerase el contrato de limpieza viaria como contrato de servicios públicos, llegando en consecuencia a una conclusión distinta, siendo esta la matización a que nos referíamos al principio sobre ese informe.

Segundo.- Respecto a la duración y posibles prórrogas de los mencionados contratos, el Art. 199 de LCAP, en su redacción original, vigente en el momento de la firma de aquellos, dispone que *"los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total de contrato incluidas las prórrogas, pueda exceder de seis años"*, por lo que entendemos que el plazo de duración de cuatro años fijado en la cláusula II del contrato era perfectamente válido, pudiéndose haber prorrogado por dos años más hasta completar los seis legalmente establecidos.

En vez de hacerlo así, por acuerdo de la Comisión de Gobierno de 16-12-2003, se prorrogan ambos contratos por un periodo de cuatro años a partir del 01-01-2004. Acuerdo, que recurrido por la empresa..., es modificado por acuerdo del Pleno corporativo de fecha 26-04-2004, estableciéndose un plazo de duración de los contratos, todavía mayor, de 25 años, pero, visto que los plazos de amortización son de 8 años, se deja a la Corporación el margen de revisar dichos contratos cada ocho años, a efectos de que se pueda decidir por las futuras corporaciones si se continúa o no con la gestión de...

Pues bien, creemos que es en este momento cuando se produce la conversión o novación contractual que, a nuestro juicio, excede del llamado *"ius variandi"* de que



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



goza la administración, porque lejos de poder ser considerada como una modificación contractual, realizada además vía prorroga de los contratos originarios, estaríamos más bien en presencia de un nuevo contrato, ya que dicho plazo de 25 años solo está contemplado en el Art. 158.b) de la LCAP, o en Art. 157.b) del TRLCAP, para el contrato de gestión de servicios públicos, y este no podía llevarse a cabo sin la convocatoria pública de una nueva licitación.

Razones todas ellas que nos llevarían a afirmar que subsiste, desde entonces y de forma latente, una causa de nulidad de los contratos en cuestión, anómalamente prorrogados y convertidos por este mismo hecho en otros nuevos y distintos *prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*, (licitación pública del nuevo contrato de gestión de servicios públicos), e incurriendo, por tanto, en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en el Art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), al que se remite el Art. 63.a) de la LCAP, y también el 62.a) del TRLCAP, vigente en el momento de la modificación.

Tercero.- Como ya se decía en el anterior informe de este Departamento, no se juzgan los motivos, ni se entra en las causas últimas de la actuación municipal, porque de todos es sabido que, con frecuencia, las entidades locales carecen de los medios suficientes para ejercer el poder que la ley les confiere sobre los contratistas, y que a menudo las relaciones de poder se invierten en favor de estos últimos, produciéndose lo que se ha venido en denominar *la captura del regulador por parte de los contratistas y concesionarios de obras y servicios públicos*, pero, llegados a este punto, creemos necesario plantear la forma de resolver de una vez por todas la irregular situación contractual, que de facto viene manteniéndose entre el Ayuntamiento de... y la empresa..., y que puede adolecer, como acabamos de decir, de nulidad de pleno derecho.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



El procedimiento a seguir podría ser, en primer lugar, la revisión de oficio y dejar sin efecto los actos municipales incursos en posible nulidad, revisión que puede producirse en cualquier momento, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 102.1 LRJPAC, al que se remite el Art. 65 de la LCAP (actualmente el Art. 34 del TRLCSP), el cual establece que *"las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1."*

Por tanto, previamente a la adopción del respectivo acuerdo de nulidad, es preciso un dictamen favorable del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, cuya regulación se recoge en la Ley 11/2003, de 25-9-2003, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. El acuerdo habrá de establecer la indemnización que correspondería dar a la empresa contratista, (y aquí creemos acertada la afirmación que sobre la cuestionable buena fe de la empresa se hacía en el anterior informe de este Departamento, y que podría tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización), en aplicación de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, a que hacen referencia los Arts. 139 y ss. LRJPAC., y habrá de adoptarse con sujeción al ámbito competencial establecido en el Art. 34.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, el Art. 66 de la LCAP (actualmente el Art. 35 del TRLCSP), establece que el contrato entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



También es de resaltar que conforme a este precepto, si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

Finalmente (aunque en realidad debe contemplarse antes que la propia revisión de oficio), existe otra posible solución al problema existente, que sin duda es mejor y menos gravosa para las partes. Se trata de la resolución de mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, contemplada en el Art. 112.c) LCAP, [Art. 223.c) del TRLCSP], aplicable a los contratos en general, que, además del consentimiento de las partes, necesita dos presupuestos legalmente establecidos: que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, conforme establece el Art. 113.4 de la LCAP, (Art. 224.4 TRLCSP).

Esa sería la única causa posible, de las enumeradas en el Art. 214 de la LCAP, (Art. 308 TRLCSP), precepto específicamente referido a la resolución de los contratos de servicios de la Administración Pública, y en el presente caso, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento posee el 96% del capital de la empresa adjudicataria..., creemos no entrañaría mayor inconveniente dicho acuerdo, aunque si se quieren evitar del todo las posibles interferencias del socio minoritario, (reclamaciones, recursos, etc.), bien podría el Ayuntamiento comprar previamente al acuerdo de resolución, el 4% restante del capital social, convirtiéndose así en socio único de..., lo que le habilitaría, al mismo tiempo, para encargar a ésta la prestación de los referidos servicios mediante la figura de la *encomienda de gestión*.

En cuanto a los efectos de la resolución de mutuo acuerdo, la normativa establece que los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre la Administración y el contratista, (Art. 114.2 de la LCAP) y (Art. 225.1 del



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



TRLCSP), y que en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, (Art. 114.5 de la LCAP) y (Art. 225.4 del TRLCSP). Es evidente que en este acuerdo de resolución también se puede y además se debe disponer lo necesario para la continuación de los efectos del contrato y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas necesarias que eviten un perjuicio grave en la prestación del servicio.

Conclusiones: Las que se derivan de las anteriores consideraciones.

Es cuanto tengo el honor de informar, a los simples efectos de que se conozca la opinión jurídica de este Departamento, que someto a otra en derecho mejor fundada, no supliendo en ningún caso a otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los oportunos acuerdos.

Toledo, 10 de abril de 2013