



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de (...), en escrito de 10 de noviembre pasado y registro de entrada en la Diputación el día 16, solicita la emisión de un informe jurídico sobre la legalidad de determinados acuerdos de modificación de los contratos de limpieza de edificios y de limpieza viaria adjudicados a (...), Sociedad Mercantil de Economía Mixta para la gestión de Servicios Municipales.

En la solicitud se proporcionan exclusivamente estos datos, que sirven de

ANTECEDENTES

1.- -En el año 2000 el Ayuntamiento redactó sendos Pliegos de Condiciones para la contratación de los servicios de limpieza de edificios municipales, y de limpieza de la vía pública. En ellos se estableció una revisión de precios referenciada al IPC (Índice de Precios al Consumo).

2.- En julio de 2001, se constituyó (...). La Junta de Gobierno, en septiembre de ese año, aceptó la renuncia a los contratos de limpieza viaria y de edificios, efectuada por (...) a favor de (...).

3.- Posteriormente –no se precisa cuándo ni qué órgano- se acordó incluir en el contrato de limpieza viaria la limpieza de parques y jardines.

4.- La Junta de Gobierno Local modificó, en marzo de 2003, la cláusula de revisión anual, pasando del IPC a una fórmula polinómica (incremento salarial derivado de Convenios Colectivos (75%) y el IPC (25%)).

5.- El Ayuntamiento Pleno acordó, el 26 de abril de 2004, establecer como plazo de duración de los contratos el de 25 años, revisable cada 8 años.

En base a esta escueta información, el Sr. Alcalde plantea las siguientes preguntas:

1º.- Si el Ayuntamiento puede acordar un plazo de 25 años para un contrato de limpieza de edificios y cómo actuar jurídicamente en el caso de que el contrato hubiera finalizado.

2º.- Si en el contrato de limpieza viaria se puede incluir también la limpieza de parques y jardines, y si, en el caso de que hubiera que dejar sin efectos la modificación, habría que acudir a la revisión de oficio o a la resolución del contrato.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



3º.- Si se ajusta a derecho la modificación de la cláusula de revisión de precios de los pliegos de condiciones

4º.- Si la modificación de los precios de los contratos –canon anual- debe ir acompañada del ajuste de las garantías.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

RDLeg 2/2000, de 16 de junio. Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). Vigente en la fecha de referencia.

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP).

Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).

Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. (TRRL).

Informes de la Junta Consultiva de Contratación de la Admón. Gral. del Estado (JCC AGE).

CUESTIONES PREVIAS

Primera.- La primera consideración a hacer es que, al no haber remitido el Ayuntamiento documentación anexa, no se tiene referencia alguna, ni de la contratación primitiva (precios, duración, cláusula de revisión, etc), ni de los posteriores expedientes de modificación de los contratos primitivos.

Segunda.- Con los datos aportados, y sirviéndonos en ocasiones de hipótesis, la interpretación de las circunstancias que sustentan el informe es ésta: el Ayuntamiento aprobó en 2000 unos pliegos de condiciones en base a los cuales adjudicó dos contratos, -uno de limpieza viaria y otro de limpieza de edificios-, a (...), quien, en 2001, renunció a ellos en favor de (...), actual contratista; y que, en 2003 y 2004, el Ayuntamiento acordó modificar algunas condiciones de los contratos originarios.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



Se presume que el Ayuntamiento no ha remitido los expedientes de modificación porque no existen, son incompletos, o porque el Ayuntamiento desea conservar parte de las modificaciones, y ese es el motivo del tenor de las preguntas. No obstante, no está de más recordar que la revisión de oficio para declarar la nulidad radical por ausencia de procedimiento es aplicable a todos los actos administrativos y que, respecto a los contratos administrativos, la JCC AGE (Informe 57/2000, de 5 de marzo) opina que la modificación de un contrato sin la tramitación del procedimiento de modificación previsto en el TRLCAP – recogido en el punto cuarto de este informe- supone la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado, por haber prescindido totalmente del procedimiento establecido.

INFORME

PRIMERO.- A modo de preámbulo interesa destacar que el Ayuntamiento suscribió en su día con la empresa dos tipos de contratos administrativos, a los que resulta aplicable el régimen jurídico del art. 7. TRLCAP¹, entonces vigente: un contrato de servicios (limpieza de edificios) y un contrato de gestión de servicios públicos (limpieza viaria y de parques). Aunque ambos sean contratos administrativos típicos, conviene resaltar sus diferencias, que justifican un tratamiento jurídico distinto y ayudan a comprender mejor los diversos criterios seguidos en las respuestas:

1.- En el contrato de servicios (limpieza de edificios), la empresa contratista proporciona el servicio directamente al Ayuntamiento, aunque los usuarios en general puedan también beneficiarse directa o indirectamente del mismo. Estos contratos están descritos de forma muy genérica en el art. 196.3 TRLCAP², y se entiende mejor su concepto

¹ **TRLCAP Artículo 7. Régimen jurídico de los contratos administrativos.**

1. Los contratos administrativos, con la salvedad establecida en el apartado siguiente, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. (...)
(...)3. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos.

² **TRLCAP. Art. 196** (...)3. *Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea:*

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

(...)c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.(...)



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

si se les define por exclusión de los demás tipos de contratos³: son contratos de servicios aquellos que no sean de consultoría y asistencia, obras, suministros, etc. Las normas que los regulan están contenidas fundamentalmente en los arts. 196 a 215 TRLCAP y arts. 195 y ss RCAP. En este tipo de contratos el interés público perseguido está –podríamos decir– menos acentuado.

2.- En el contrato de gestión de servicios públicos (el de limpieza viaria, ampliado para incluir los parques y jardines), el interés público es la esencia misma del contrato: el Ayuntamiento, titular de un servicio obligatorio (arts. 25 y 26 LRBRL), traslada su gestión al contratista, para que lo preste directamente a los usuarios. Es decir, que se está ante (...) *una actividad que debería prestar la Administración Pública a los ciudadanos y que por razones de eficacia o economía, se encarga que se preste de forma indirecta por empresa privada (atendiendo que el servicio tiene un contenido económico que lo hace susceptible de explotación económica), reservándose la Administración los poderes de inspección y control suficientes para asegurarse de la correcta prestación de la actividad*⁴. Las normas de aplicación están contenidas fundamentalmente en los arts. 154 a 170 del TRLCAP; 180 y ss del Reglamento, así como en el RSCL.

SEGUNDO.- Ajustándonos a esos rasgos diferenciadores, que determinan un tratamiento no sólo legal sino jurisprudencial y doctrinal distinto para ambos tipos de contratos, interesa también en este contexto hacer una mención al *ius variandi*, o poder de modificación unilateral de los contratos, una de las singularidades del contrato administrativo que quebranta el principio general *pacta sunt servanda* (los pactos han de cumplirse) en beneficio del interés público que representa la Administración. En los arts. 59⁵ y 101⁶

³ Informe JCCA AGE 50/2000, de 21 de diciembre

⁴ Informe 5/98, de 9 de octubre de la Junta de Contratación de la Generalitat de Catalunya.

⁵ TRLCAP Artículo 59. Prerrogativas de la Administración. 1. *Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.*

Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista. (...)

⁶ TRLCAP. Art. 101.1. *Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.*

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 54.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



TRLCAP y en el art. 114⁷ TRRL fundamentalmente, se reconoce el derecho del órgano de contratación a introducir modificaciones en el contrato por razones de interés público, siempre que estén fundamentadas en necesidades nuevas o causas imprevistas.

El *ius variandi* es una potestad irrenunciable para la Administración, aunque no se prevea en los pliegos que rigen el contrato en cuestión. Como tal potestad se trata de “una prerrogativa de la Administración y no cabe atribuir la iniciativa y el contenido de la modificación al contratista” (Informe JCC AGE 42/2002), criterio reiterado en el informe 53/2003, de 12 de marzo de 2004). Pero el ejercicio de este poder exige el cumplimiento de una serie de requisitos materiales, económicos y formales que deben cumplimentarse en el expediente que –como veremos- ha de tramitarse al efecto.

TERCERO.- Señaladas, a modo de introito, las principales diferencias entre los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos, y hecha una referencia al *ius variandi*, se va a intentar dar una respuesta, tan concreta como sea posible, a las cuestiones planteadas en sus propios términos:

Así, a la pregunta de si el Ayuntamiento puede acordar un plazo de 25 años para un contrato de limpieza de edificios -contrato de servicios- la respuesta es que no, por las razones que vamos a exponer. (Antes hay que decir que un contrato de servicios se puede modificar por las causas y con los requisitos previstos en la norma con carácter general, pero el *ius variandi* es mucho más restringido y limitado que en los contratos de gestión de servicios públicos, de tal forma que en el único artículo referido de forma específica a los

(...)

⁷ TRRL Artículo 114. 1. *El órgano de la Entidad local competente para contratar según la Ley ostenta también la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente, podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente.*

2. *Las facultades establecidas en el número anterior se entienden sin, perjuicio de la obligada audiencia del contratista y de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar.*

3. *Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos serán inmediatamente ejecutivos. En los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa, y en los de modificación de estos últimos, cuando la cuantía de aquélla exceda del 20 por 100 del precio del contrato, será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiera, o en su defecto, del Consejo de Estado.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

contratos de servicios (el 212⁸ TRLCAP), la modificación solo está prevista para los contratos de servicios de mantenimiento de equipos o maquinaria).

La duración de los contratos se contempla en los arts. 67.1⁹ TRLCAP y 67.2, e)¹⁰ RCAP, como uno de los extremos que deben contemplar todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que, al igual que las prórrogas y su alcance, habrán de ser acordadas de forma expresa, no pudiendo prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes. Así se da cumplimiento a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación a que habrán de ajustarse los contratos (art. 11.1¹¹ TRLCAP) y porque el pliego es el documento definidor de los derechos y obligaciones que han de asumir las

⁸ **TRLCAP. Artículo 212.** Modificación de estos contratos.

Cuando como consecuencia de las modificaciones del contrato de servicios de mantenimiento se produzcan aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos a reclamar indemnización por dichas causas, sin perjuicio de lo establecido en el letra c) del artículo 214.

⁹ **TRLCAP Artículo 67. Expediente de contratación.**

1. A los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviera prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.

¹⁰ **RCAP Artículo 67. Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.**

(...) 2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:

(...)d) Plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa.

(...) m) Garantías provisionales y definitivas, así como, en su caso, garantías complementarias.

(...) o) Fórmula o índice oficial aplicable a la revisión de precios o indicación expresa de su improcedencia conforme al art. 103.3 de la Ley

(...) 4. En los contratos de gestión de servicios públicos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además

(...)d) Precio o contraprestación económica a abonar por la Administración cuando proceda, especificando la clase, cuantía, plazos y forma de entrega, si procede.

(...) 7. En los contratos de servicios los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:

(...)c) Sistema de determinación del precio del contrato

¹¹ **TRLCAP Artículo 11. Requisitos de los contratos.**

1. Los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación. (...)



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

partes¹². La necesidad de asegurar la concurrencia y buena fe que debe presidir toda contratación pública fundamenta el criterio de la JCCAGE (informes 59/2000, de 5 de marzo y 50/2004, de 12 de noviembre), de mantener una interpretación restrictiva del art. 67 TR LCAP, al considerar que los licitadores del contrato adjudicado, de haber sabido la duración real que había de tener el contrato, podían haber fijado sus proposiciones en términos distintos.

En el presente caso, al tratarse de un contrato de servicios, la duración del contrato de limpieza de edificios, no puede ser -no pudo haber sido- superior a dos años, (art. 198¹³ TRLCAP). Pudo haberse previsto en los pliegos la posibilidad de modificarlo y prorrogarlo por mutuo acuerdo, por igual plazo, sin que su duración total, prórrogas incluidas, hubiera podido exceder de cuatro años; tampoco se hubieran podido concertar las prórrogas, aislada o conjuntamente, por un plazo superior al fijado originariamente (es decir, si en el contrato inicial el plazo se fijó en un año, la prórroga no hubiera podido exceder de un año, y en ese caso la duración máxima del contrato hubieran sido dos años). A este respecto, la JCCAGE en su informe 53/03, de 12 de marzo de 2004, señala que –a diferencia del contrato de gestión de servicios públicos- las prórrogas de los contratos de servicios previstas en el art. 198 no pueden ser superiores en tiempo al plazo previsto inicialmente, porque la prórroga es un elemento complementario y no esencial de este tipo de contratos, y es lógico que su duración no pueda exceder de la del propio contrato.

No se conocen las necesidades nuevas o causas imprevistas que motivaran el interés público para modificar el contrato, acordando un plazo de duración de 25 años; pero semejante plazo ya, de entrada, no hubiera sido posible, por contrario a la norma. En cualquier caso debiera haber quedado constancia en el expediente –suponiendo que exista-

¹² **TRLCAP Artículo 49. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.**

1. Deberán aprobarse, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección y, en su caso, licitación del contrato, los pliegos de cláusulas administrativas particulares que incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato. (...)

¹³ **TRLCAP Artículo 198. Duración.**

1. Los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos 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 del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de cuatro años, ni éstas puedan ser concertadas aislada o conjuntamente por un plazo superior al fijado originariamente.

(...)



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

un fundamento legal lo suficientemente sólido como para destruir la hipótesis –que no dogma- siguiente: el Ayuntamiento soslayó la tramitación de un nuevo expediente licitatorio público por el sistema de adoptar un acuerdo plenario, que multiplicaba por 6 la duración máxima prevista en la ley para ese tipo de contratos, con el fin de hurtar la posibilidad de libre concurrencia de otras empresas que pudieran estar interesadas en optar al contrato en igualdad de condiciones, y así concederlo directamente a (...).

No se juzgan los motivos, ni se entra en las causas últimas de la actuación municipal: de todos es sabido que, con frecuencia, las entidades locales pequeñas carecen de los medios para ejercer el poder sobre los contratistas que la ley les reconoce, y que las relaciones de poder se invierten a favor de estos.

Por todo ello, a nuestro juicio, en el presente caso, el Ayuntamiento puede estar ante un acuerdo nulo de pleno derecho por haberse adoptado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido (art. 62¹⁴ LRJPAC). Ante un ejercicio del *ius variandi* contrario al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración propugnados en el art. 4 TRLCAP.

El procedimiento para revisar de oficio y dejar sin efecto los actos municipales incursos en posible nulidad, revisión que se puede producir en cualquier momento, está recogido en el art. 102¹⁵ LRJPAC. Previamente a la adopción del acuerdo del Pleno es preciso un dictamen favorable del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha¹⁶. El acuerdo habrá de establecer la indemnización que correspondería dar a la empresa contratista (cuya

¹⁴ LRJPAC

Art. 62.-Nulidad de pleno derecho. 1 *Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

(...) b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

(...) e) los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

¹⁵ LRJPAC **Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos.**

1. 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.

(...)

4. Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma(...)

¹⁶ Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha (Art. 57.)



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



cuestionable buena fe, teniendo en cuenta que conocía el plazo de duración del contrato y el resto de condiciones, por ser la adjudicataria del mismo, podría suponer una rebaja digna de tener en cuenta en hipotética 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.

Finalmente (aunque en realidad se debe contemplar antes que la propia revisión de oficio), existe otra posible solución a este problema, la mejor y menos gravosa para las partes: el mutuo acuerdo del art. 111 TRLCAP (reproducido al pie de la página 10), 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 (art. 112.4 TRLCAPL). Esa sería la única causa posible, de las enumeradas en el precepto específicamente referido a la resolución de los contratos de servicios (art. 214 ¹⁷ TRLCAP).

CUARTO.- Acto seguido, se responde a la cuestión de si *“se puede ampliar a través de una modificación del contrato de limpieza viaria la prestación del servicio de limpieza de parques y jardines; y si esta modificación del contrato debería ser objeto de revisión de oficio o procedería instar su resolución, con audiencia del contratista”*.

4.1.- El de limpieza viaria es un contrato de gestión de servicios públicos, que tiene una naturaleza distinta a la del contrato de servicios tratado en el punto anterior. En este caso los derechos y obligaciones que corresponden a (...) como sociedad de economía

¹⁷ **TRLCAP Artículo 214. Causas de resolución.**

Son causas de resolución de los contratos de consultoría y asistencia y de los de servicios, además de las señaladas en el artículo 111, las siguientes:

- a) La suspensión por causa imputable a la Administración de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.*
- b) El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.*
- c) Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del mismo.*
- d) Los contratos complementarios a que se refiere el artículo 198.2 quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



mixta contratante con el Ayuntamiento son, según prevé la norma¹⁸, los propios del concesionario de servicios públicos, en general mucho más amplios y flexibles que en el contrato de servicios, precisamente porque se trata de prestaciones destinadas a una generalidad de usuarios, en las que el interés público se manifiesta con mayor intensidad.

La pregunta, en este caso, no se refiere a la duración del contrato (por cierto, el plazo máximo, prórrogas incluidas, en este caso, sería de 25 años, según el art. 157 b TRLCAP), sino a la modificación consistente en ampliar el contrato de limpieza de calles para incluir la de parques y jardines.

4.2. Respecto al procedimiento de modificación de los contratos hay que señalar que en el expediente debe quedar constancia de las razones de interés público que justifican la alteración de los elementos del contrato, -que ha de estar basada exclusivamente en necesidades nuevas o causas imprevistas-; las modificaciones también han de ser formalizadas en documento administrativo, tras haber prestado el contratista la garantía correspondiente (art. 101 TRLCAP ya reproducido). Además, el art. 102 RCAP¹⁹) añade como documentación a incluir en el expediente la propuesta del Ayuntamiento (con los documentos que justifiquen, describan y valoren la modificación); indicando que, antes de la aprobación de la modificación por el órgano competente, será precisa la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

La facultad del *ius variandi*, en relación con los contratos de gestión de servicios públicos viene recogida, fundamentalmente, en el art. 163²⁰ TRLCAP y en el art. 127²¹ RSCL:

¹⁸ **RCAP. Artículo 182. Sociedad de economía mixta.**

En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos.

¹⁹ **RCAP. Artículo 102. Procedimiento para las modificaciones.-** Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquella. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

²⁰ **TRLCAP SECCIÓN 2.ª DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

Artículo 163. Modificación y sus efectos. 1. La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

la administración puede, por razones de interés público, modificar las características del servicio contratado en cantidad, calidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista. Si las modificaciones carecen de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización, pero si afectan al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensarle de manera que se mantenga el equilibrio económico del contrato que le fue adjudicado.

4.3.- El “equilibrio económico financiero” es un concepto que aparece ya en estos artículos referidos al contrato de gestión de servicios públicos como un derecho del contratista y como una obligación de la Administración, que persigue mantener la continuidad del servicio público, para evitar su abandono o deterioro. El mantenimiento del equilibrio económico del contrato adjudicado es esencial, máxime cuando, entre las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos recogidas en el art.167 TRLCAP²², -a

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

²¹ **RSCL Artículo 127.** 1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1.ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionara directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejara el interés público y, entre otras:

- a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y
- b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.

²² SECCIÓN 2.ª DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Artículo 167. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 111, con la excepción de sus letras e) y f), las siguientes:

- a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- b) El rescate del servicio por la Administración.
- c) La supresión del servicio por razones de interés público.
- d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Artículo 111. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.

(*)b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo en los casos previstos en la Ley y la no formalización del contrato en plazo.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



diferencia de lo establecido en el art. 214 c) para los contratos de servicios-- ni siquiera está prevista para (...) la posibilidad de instar la resolución del contrato, aun cuando las modificaciones ordenadas por la Administración alteren –hubieran alterado- sustancialmente determinadas condiciones del contrato primitivo. Solamente si, a causa de las modificaciones ordenadas por el Ayuntamiento, hubiera resultado imposible la explotación del servicio, hubiera podido (...) exigir al Ayuntamiento la rescisión del contrato.

4.4.- El Ayuntamiento pregunta si, para dejar sin efectos la modificación, se debiera acudir a la revisión de oficio, o a la resolución del contrato. Nuestra opinión es que si el acuerdo de modificación se adoptó prescindiendo del procedimiento establecido (que es el indicado en el art. 101 LRJPAC y 102 RCAP antes detallado), existe fundamento legal para la revisión de oficio (art. 62 LRJPAC). En este caso habrá que contemplar la posible indemnización al contratista por daños y perjuicios.

En cuanto a la resolución del contrato, leyendo las causas previstas en los arts. 111 y 167 de la norma antes transcritos en su integridad, solo se ve aplicable a este caso, en los términos en que la pregunta ha sido formulada, el mutuo acuerdo, que será posible siempre que no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista y que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

Instar la resolución de la modificación, expresión empleada en el escrito (que se interpreta como modificar ahora lo que antes se modificó, es decir, sacar del contrato los parques y jardines) significaría reconocer validez a la modificación precedente. La modificación, (que debería basarse en necesidades nuevas o causas imprevistas valoradas por el Ayuntamiento), habrá de respetar el procedimiento antes descrito, tanto por razones legales, como para no resultar incongruente.

4.5.- Contestada la pregunta en el punto anterior, hay que señalar que no es fácil conciliar la interpretación que la Administración hace del interés público, con las normas que regulan la modificación de los contratos de gestión de servicios; el resultado es una

e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el art. 71.2 e.

f) La falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses, conforme al art. 99.6.

g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

h) Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



abundante doctrina, de la que (aunque alargue texto) vamos a reproducir algunos fragmentos:

4.5.1.- La JCCAGE, -a un nivel bastante teórico, porque suele repetir que no es de su competencia atender cuestiones que se plantean en un contrato determinado-, considera esencial respetar el equilibrio financiero del contrato, pero suele poner el énfasis en la necesidad de que se respeten los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, no discriminación y buena fe de las partes, y considera que la mejor forma de hacerlo es alterando lo menos posible las condiciones de los pliegos que sirvieron de base a la contratación. Es, por tanto, partidaria de una cierta rigidez en la aplicación de las cláusulas del contrato:

Informe 29/2000, de 30 de octubre JCCAGE: ***"el equilibrio económico financiero se aplicará 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"***

Informe 53/2003, de 12 de marzo de 2004 (...) ***" la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce."***

4.5.2.- Sin embargo, la jurisprudencia, al tener que ir al fondo para decidir sobre casos muy concretos, resulta más partidaria de una cierta flexibilidad en los contratos:

STS de 2 de diciembre 1988: (...) ***"Con ello la concepción de rigidez del contrato –o del pliego de condiciones- ha sido sustituida por la de la flexibilidad del contrato. Es además una exigencia de la lealtad y buena fe que deben inspirar con especial intensidad las relaciones de colaboración y el concesionario. En definitiva, el interés público de la continuidad del servicio prevalece sobre la doctrina clásica de la inalterabilidad del contrato"(...).***



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



STS de 1 de febrero de 2000 : (...) ***“en todo caso”, que la “prevalencia del fin sobre el objeto...es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin” la doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la administración contratante, la potestad de modificar el contrato –ius variandi- cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias. En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado(...) que pone en relieve que entre la opción entre el mantenimiento del contrato y su resolución debe atenderse al interés público en juego, dando preferencia a la pervivencia de la relación contractual por las consecuencias perniciosas -costes de nueva contratación, retraso en la prestación del servicio, etc- que la resolución conlleva. La jurisprudencia de esta Sala en sentencias reiteradas (SSTS de 17 de noviembre de 1978, 2 julio 1979, 9 abril de 1985, 13 de julio de 1992, 29 de junio de 1995 y 12 de julio de 1995) ha reconocido el ius variandi. Se dice en ellas que “constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas”, que “el interés general es el que debe prevalecer***

STS de 4 de mayo de 2005. Trata de la legalidad de la modificación de la prórroga no prevista inicialmente en un contrato de limpieza viaria. La sentencia asume y reproduce el Dictamen del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999:

(...) ***“1º.- Es consustancial con los contratos administrativos, y en especial en el de gestión de servicio público, la potestad de la Administración de modificar, por razones de interés público, el contenido del contrato, sin límite material, si bien tiene la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del mismo, compensando al contratista de manera que no resulte perjudicado por dicha modificación.***

2º.- Corresponde a la Administración acordar la fórmula más adecuada y conforme con sus intereses para compensar al contratista, siendo una de las fórmulas posibles y quizás la más concorde con la naturaleza de la concesión, cuando la



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



modificación exige nuevas inversiones en maquinaria e instalaciones, la prórroga de la duración temporal de la misma". (...)

SEXTO.- La pregunta que se va a contestar ahora es la de si se ajusta a derecho la modificación de la cláusula de revisión de precios de los pliegos de condiciones.

EL TRLCAP generaliza a todo tipo de contratos la revisión de precios, aunque ha puesto límites concretos a su práctica y ha detallado el sistema de revisión diferenciando, por un lado, los contratos de obras y suministro de fabricación y, de otro, los restantes contratos en que procede la revisión.

La revisión de precios en los contratos de la Administración es el mecanismo que garantiza la integridad de lo pactado frente a las fluctuaciones económicas, para hacer efectivo el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Se regula en los arts.103²³ y ss TRLCAP y en los arts. 104 y ss RCAP. El art.. 103.3 TRLCAP, y los arts.. 67. o)-pág. 5- y 104²⁴ RCAP disponen que el pliego de cláusulas administrativas deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable que ha determinado el órgano de contratación. El art. 104.3)²⁵ TRLCAP preceptúa que “*el índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo (...)*”

Incluso para los contratos de gestión de servicios públicos –limpieza viaria y de parques y jardines- el derecho del contratista a la revisión de las prestaciones económicas,

²³ **TRLCAP Artículo 103. Revisión de precios.**1. *La revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 por 100, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión.*
(...)3. *El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego.*

²⁴ **RCAP Artículo 104. Procedimiento para la revisión de precios.** (...) 2. *En los restantes contratos, cuando resulte procedente la revisión de precios, se llevará a cabo mediante aplicación de los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que, además, se consignará el método o sistema para la aplicación concreta de los referidos índices o fórmulas de carácter oficial.*

²⁵ **TRLCAP Artículo 104. Sistema de revisión de precios.**.. *La revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación (...)*
(...)3. *El índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto de la fecha final de plazo de presentación de ofertas en la subasta y en el concurso y la de la adjudicación en el procedimiento negociado.(...)*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



en los términos establecidos en el propio contrato se contempla en el art 162²⁶ TRLCAP. La JCC AGE en su Informe 48/00, de 21 de diciembre lo interpreta literalmente (...) ***“este precepto en sí mismo considerado da base para sostener que en los contratos de gestión de servicios públicos las cláusulas del contrato, por tanto, las del pliego prevalecen sobre las prescripciones de la Ley en materia de revisión de precios”***

El Reglamento CAP señala que no tendrá carácter de modificación la alteración del precio del contrato como consecuencia de aplicar las cláusulas de revisión (art. 101²⁷).

Por tanto, no se ajusta a derecho el cambio de fórmula de revisión de precios, porque *“el índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo”* y un contrato prorrogado no conlleva la finalización del propio contrato, sino que continúa vigente: únicamente se amplía –se modifica– su vigencia.

SÉPTIMA.- El Ayuntamiento pregunta, finalmente, si la modificación de los precios de los contratos (canon anual) debe ir acompañada del ajuste de las garantías de los contratos.

Con carácter general, las garantías exigidas para los contratos con la Administración vienen reguladas en los arts. 35 a 47 TRLCAP y 55 a 65 RCAP.

En los contratos de servicios, el art. 37²⁸ TRLCAP contempla la posibilidad de que el órgano de contratación pueda dispensar la constitución de la garantía definitiva; por la causa motivada que conste en el expediente. El pliego de cláusulas económico administrativas se hará eco de la dispensa.

En los contratos de gestión de servicios públicos el importe de las garantías se fijará en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas

²⁶ **TRLCAP Artículo 162. Prestaciones económicas.**

El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca.

²⁷ **RCAP Artículo 101. Supuesto que no tiene carácter de modificación del contrato.**

No tendrá carácter de modificación del contrato la alteración del precio por aplicación de cláusulas de revisión, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 103 a 108 de la Ley y en los artículos 104 a 106 de este Reglamento

²⁸ **TRLCAP Artículo 37. Garantía definitiva en determinados contratos.** (...) *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales la garantía definitiva podrá ser dispensada cuando así se haga constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo motivarse en el expediente de contratación las causas de tal dispensa.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



particulares que rige la contratación a la vista de la naturaleza, importancia y duración del servicio de que se trate. (art. 38²⁹ TR)

Cuando se haya modificado el contrato, y a causa de esa modificación también haya experimentado una variación el precio del contrato, el importe de la garantía deberá reajustarse, en la debida proporción con el precio del contrato resultante de su modificación, dentro de los quince días naturales que medien desde la notificación de la modificación (art. 42 TRLCAP³⁰)

Además, según lo dispuesto en el art. 60 del RCAP³¹, dichas variaciones deberán formalizarse en documento administrativo.

CONCLUSIONES

1º.- Los contratos se pueden resolver por mutuo acuerdo de las partes (art. 111 c) TRLCAP), siempre que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (art. 112.4). Es la solución más eficaz, rápida y menos gravosa para las partes.

2º.- El contrato de limpieza de edificios es un contrato de servicios cuya duración máxima no puede superar los 4 años, prórrogas incluidas (art. 198 TRLCAP). Procedería en este caso, a juicio de la informante, la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, previo dictamen favorable del Consejo Consultivo, pues el acuerdo se adoptó prescindiendo del procedimiento previsto en el art. 101 TRLCAP y 102 RCAP, vulnerándose los principios de publicidad y libre concurrencia de empresas. A la hora de valorar la indemnización que, en su caso, correspondería dar al contratista, la buena fe de éste sería cuestionable, dado que

²⁹ **TRLCAP Artículo 38. Garantías en contratos de gestión de servicios públicos.**

1. En los contratos de gestión de servicios públicos el importe de las garantías provisionales o definitivas se fijará en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas, a la vista de la naturaleza, importancia y duración del servicio de que se trate.(...)

³⁰ **TRLCAP Artículo 42. Reajuste de garantías.** *Cuando como consecuencia de la modificación del contrato experimente variación el precio del mismo se reajustará la garantía en el plazo señalado en el artículo anterior contado desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación, para que guarde la debida proporción con el precio del contrato resultante de su modificación.*

³¹ **RCAP. Artículo 60. Formalización de las variaciones de las garantías.** *Todas las variaciones que experimenten las garantías serán formalizadas en documento administrativo, que se incorporará al expediente (...)*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



sabía, precisamente porque era el adjudicatario, que el contrato tenía una duración determinada.

3º.- La modificación del contrato de gestión de servicios públicos de limpieza viaria para incluir la de parques y jardines es consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por parte del Ayuntamiento. Si no se siguió el procedimiento de los artículos antes señalados, el acuerdo debería ser revisado de oficio por nulidad de pleno derecho también. En este caso, a la hora de valorar la indemnización por responsabilidad patrimonial el Ayuntamiento debería considerar que la modificación fue obligatoria para el contratista, aunque hubiera sido compensado para mantener el equilibrio económico del contrato.

Si, por el contrario, el Ayuntamiento opina –en contra del criterio del informe- que la modificación es válida, y optara por ejercer de nuevo el *ius variandi* en sentido inverso, por razones de interés público –que habría de basar en necesidades nuevas o causas imprevistas- debería seguir el procedimiento legalmente establecido reseñado en el punto cuarto (4.2) (arts. 101 TRLCAP y 102 RCAP) del informe, y hacer la compensación económica para mantener el equilibrio financiero del contrato.

4º.- No se ajusta a derecho la modificación de las cláusulas de revisión de precios de los pliegos de condiciones, pues ha de ser invariable durante la vigencia del contrato (art. 104.3)

5º.- Cuando se haya modificado el contrato, y a causa de esa modificación también haya experimentado una variación el precio del contrato, el importe de la garantía deberá reajustarse en la de debida proporción con el precio del contrato resultante de su modificación (art. 42 TRLCAP).

Es cuanto me corresponde informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente informe se somete a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, y no suple en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 10 de Diciembre de 2009