



## **ASUNTO: CONTRATACIÓN/RESOLUCIÓN DE CONTRATOS**

**Modificación o resolución de un contrato de gestión de servicios públicos.**

**185/15**

F

\*\*\*\*\*

### **INFORME**

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

El Ayuntamiento de XX adjudicó y formalizó con fecha XX de mayo de 2007 contrato administrativo de concesión para la prestación del servicio público de pisos tutelados y Centro de día de XX.

Como consecuencia de un Convenio suscripto entre el Ayuntamiento y la Junta de Extremadura y la realización de importantes obras en el edificio en el que se prestaba el servicio concesionado, se amplían los servicios a 58 plazas, 38 para usuarios en situación de dependencia y 20 para usuarios con autonomía y 20 plazas de centro de día.

El concesionario del primitivo contrato presta esos nuevos servicios sin un sustento legal o contractual.

#### **II. FONDO DEL ASUNTO**

##### **1. LEGISLACIÓN APLICABLE.**

Se nos indica por el Ayuntamiento que el contrato en cuestión fue adjudicado en marzo de 2007. La Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, con entrada en vigor

---



el 30 de abril de 2007, determina que "2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior." Por consiguiente, siendo que el contrato en cuestión se adjudicó en marzo de 2007, la normativa de aplicación al mismo será el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000, así como el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por RD 1098/2001.

## 2. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

El artículo 59 del TRLCAP establece las prerrogativas de que goza la Administración en los contratos de naturaleza administrativa. El precepto hace hincapié en el hecho de que estas prerrogativas han de ejercerse "dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la propia Ley". Una de estas prerrogativas de la Administración es la de "modificarlos por razones de interés público".

Con carácter general, respecto a la modificación de los contratos el TRLCAP en su artículo 101 dispone:

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.

Referido ya específicamente a la modificación de los contratos de Gestión de Servicios Públicos, el artículo 163 de dicho TRLCAP establece:

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.

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.

Por tanto, para poder modificar el contenido de un contrato es preciso que la Administración cuente con una habilitación especial, es decir, y como el propio TRLCAP establece, que el interés público así lo pida. Pero la Ley no sólo exige la existencia de ese requisito del interés público, sino también que estas razones de interés público sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas.

La modificación del contrato implica necesariamente el mantenimiento de la relación contractual existente entre las dos partes, Administración y contratista, pero con imposición a éste último de aceptar las modificaciones que las necesidades nuevas o las causas imprevistas impongan. Conceptos ambos, necesidades nuevas y causas imprevistas que deben catalogarse como conceptos jurídicos indeterminados y que nos obligan a considerar en cada caso esas circunstancias legitimadoras de la prerrogativa de la Administración del llamado *ius variandi*.

Ligado precisamente a esta potestad de modificación está, como hemos dicho, la obligación del contratista de aceptar, cumplir, las modificaciones impuestas por la Administración. Por ello el propio TRLCAP va marcando una serie de técnicas de control para no dejar desamparado al contratista. Así, el propio artículo 59 del TRLCAP, en la letra b) de su apartado tercero, exige el dictamen (preceptivo) del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando la cuantía de la modificación o modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros). Así mismo, su

---



artículo 149 e) establece como causa de resolución de los contratos "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 % del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial."

Por otro lado, esta potestad de la Administración de modificar el contrato, y en concreto el contrato de gestión de servicios públicos, exige que aquella respete el mantenimiento del equilibrio económico financiero. En efecto, como vimos, el artículo 163.2 del TRLCAP establece que "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."

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha venido manteniendo criterios restrictivos en relación con las modificaciones de contratos de gestión de servicios públicos reflejado en su informe de 12 de marzo de 2004 (expediente 50/03) y los que en el mismo se citan y que, posteriormente, se reitera en el de 24 de marzo de 2006 (expediente 7/06) expuestos en el siguiente sentido: "En primer lugar el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados y que, aparte de los requisitos formales a que se sujetan, tiene su reflejo en los artículos 101, con carácter general, y 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para el contrato de gestión de servicio público, ligando ambos la posibilidad de modificación a razones de interés público, expresando el primero que "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" y el segundo -el artículo 163- en el mismo sentido que "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."

---



En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que "celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...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 concededores de la modificación que ahora se produce" (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)".

Ahora bien, y dicho esto, cuestión fundamental es conocer con exactitud el objeto del contrato sobre que se plantea la posibilidad de su modificación.

Queda perfectamente delimitado el objeto del primigenio contrato en su correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares: Gestión del servicio de pisos tutelados y Centro de Día.

No obstante esto, actuaciones diversas del Ayuntamiento ante la Junta de Extremadura llevaron a que en el inmueble en el que se prestaba el contrato originario se realizaran obras de ampliación, cuyo resultado fue, según nos indica el propio Ayuntamiento, que pasó de ser un establecimiento residencial para ancianos con autonomía y 20 plazas de capacidad máxima a un centro mixto de 58 plazas, 38 para usuarios en situación de dependencia y 20 para usuarios con autonomía y 20 plazas de centro de día. Las obras de ampliación realizadas lo fueron sobre el mismo edificio, compartiendo servicios e instalaciones de tal manera que no resulta posible la explotación independiente de los servicios ampliados.

Así las cosas, y desde la puesta en servicio de las nuevas instalaciones, resulta que el adjudicatario del contrato de gestión del servicio de centro de día y pisos tutelados se ha hecho cargo de la explotación de esos otros nuevos servicios, sin que se haya procedido

---



a la modificación del contrato primigenio. Esta situación de hecho supone una ampliación del objeto del contrato sin que se haya realizado por el Ayuntamiento actuación alguna para su regulación.

Ante esta situación debemos acudir al ya mencionado informe 50/03 de 12 de marzo de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: "En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que "celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...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 concededores de la modificación que ahora se produce" (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)"

Pretender, en aras de la potestad de la Administración de modificar los contratos por razones de interés público, ampliar un contrato con exiguo resultados económicos con otras prestaciones no adjudicadas *ad initio*, y que según se manifiesta por la Intervención municipal, conlleva importantes beneficios económicos para el concesionario, supone burlar de manera flagrante los principios de la contratación pública establecidos en el artículo 11 del TRLCAP: "publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación.". En *efectom* y como ha reiterado la Junta Consultiva en numerosos informes, si el resto de licitadores, e incluso aquellos que no llegaron a participar en el procesos de licitación, hubiesen conocido la posibilidad de que el contrato que se sometía a licitación era susceptible de una modificación de este calibre, quizás ahora estaríamos ante un adjudicatario distinto.

---



Pues bien, del mismo modo que la Administración, y con arreglo a lo determinado en el artículo 59 del TRLCAP, ostenta la prerrogativa para modificar los contratos por razones de interés público, la tiene para acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Como claramente determina el citado artículo 59 del TRLCAP, la modificación de los contratos es una potestad o prerrogativa, supeditada al interés público, pero no obligación, por cuanto, y con arreglo al clausulado del pliego, el contratista sólo tendría derecho a la explotación del estricto objeto del contrato: centro de día y pisos tutelados.

Es preciso tener en cuenta también que la regulación de la modificación de los contratos prevista en todas las normas que han regulado la contratación pública ha sido objeto de una profunda reforma con motivo de la Jurisprudencia comunitaria. (STJCEE de 29 de abril de 2004 en el asunto C-4/96 CAS Succhi di Frutta/Comisión; la STJUE en el asunto C-91/08 Wall AG, y más concretamente la STJUE de 22 de octubre de 2010 en el asunto C 433-07, Comisión contra el Reino de España). De esta Jurisprudencia destacamos, en cuanto a la modificación de contratos, lo siguiente:

1.- El principio de igualdad entre los licitadores que implica que todos al momento de la licitación dispongan de la información de la posibilidad de que el contrato se va a modificar. Por ello la previsión de modificación debería estar prevista en el anuncio o en los pliegos que rigen la contratación.

2- El principio de libre concurrencia implica que por vía de modificación no pueden introducirse alteraciones sustanciales a la prestación inicialmente pactada. En este sentido, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a prestaciones inicialmente no previstas.

---



3.- Las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato

En efecto, el derecho de la Unión Europea se ha fijado en nuestro sistema de modificación de los contratos una vez adjudicados, y abocó a su revisión en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES), que como ha señalado la Circular número 1/2011 de la Abogacía General del Estado, significan que el criterio correcto aplicable, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge ex novo, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, d, de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000. Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES.

¿Con esta interpretación podemos colegir que el nuevo régimen de modificación de los contratos, en los supuestos en que es posible y con el procedimiento para la modificación establecido por la Ley de Economía sostenible , actualmente regulados en los artículos 105 a 108 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, no sería de aplicación a un contrato cuya legislación aplicable es TRLCAP?

---





Pero a los efectos que aquí interesan tal duda razonable incluso resulta superflua, por cuanto, y ampliación de esos principios de la contratación de las Administraciones Públicas establecidos en el artículo 11 del TRLCSP (publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación) impiden una modificación del primitivo contrato de tal calibre (modificación sustancial) que abocan inexorablemente a una actuación del Ayuntamiento tendente a la resolución de tal contrato y a una nueva adjudicación.

Pero en todo caso, y como sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2009, de 15 de abril”:

“La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (esta interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.) Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

Resulta evidente que, amén de no quedar justificadas las causas que permiten, en su caso un modificado —no se acredita la causa imprevista ni los motivos de interés público en este modificado-, el objeto sobre el que se emite este Informe debe ser considerado como propio para una nueva e independiente licitación por alterarse el equilibrio económico de la prestación inicial dado que se propone un modificado equivalente a un 500 por ciento del valor de la prestación

---



inicial. Además, en modo alguno puede considerarse como causa justificativa la existencia de un único licitador para la prestación de la actividad por afectarse desproporcionadamente al principio de libre competencia. Asimismo, como recuerda la referida STJCE de 29 de abril de 2004, “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apartados. 116-118).”

Por consiguiente, a nuestro entender, y por los argumentos expuestos, no cabe la modificación del contrato inicial ampliando el objeto del mismo, sino, y por la impasibilidad de su prestación independiente, resolverlo. Resolución que deberá llevar aparejada las consecuencias que el artículo 169.4 del TRLCAP: “indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización”.

### 3. CONCLUSIÓN.

Siendo que como consecuencia de actuaciones realizadas por el Ayuntamiento se ha producido una ampliación de los servicios que se prestan en el inmueble en cuestión, y que no están amparados en el objeto del contrato inicial, y no siendo posible su explotación independiente, la aplicación de los principios de la contratación pública de publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación, abocan a que por el órgano de contratación se dicte acuerdo de resolución del vigente contrato, con el deber de indemnización al contratista en los términos establecidos en el artículo 169.4 del TRLCAP.