



**ASUNTO: CONTRATACIÓN/RESOLUCIÓN DE
CONTRATOS**
**Indemnización por resolución de contrato de
gestión de servicios.**

217/15

INFORME

I. ANTECEDENTES DE HECHO.-

Tiene su origen el presente informe en el emitido por esta Oficialía en septiembre de 2015 y en la petición formulada por el Ayuntamiento sobre la indemnización al contratista por resolución del contrato.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE.-

- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000.

III. FONDO DEL ASUNTO

1. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.-

Aunque ya nos referimos en nuestro anterior informe a esta cuestión, entendemos necesario, a fin de abordar posteriormente la cuestión referida a la indemnización a que tendría derecho el contratista como consecuencia de la resolución del contrato, puntualizar sobre el hecho de la modificación de facto realizada en el contrato de origen: pisos tutelados y centro de día.



Recordemos que el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000, norma de aplicación a este contrato, 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:

"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.

¿Demandaba el interés público que como consecuencia de una ampliación de las instalaciones y nuevo destino de estas ampliaciones se consintiera por el Ayuntamiento que estas nuevas prestaciones se realizaran por el contratista primitivo?. ¿Pudo preverse *ab initio* la separación física de ambos centros?

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).

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."* Mantenimiento del equilibrio económico que no sólo juega para garantizar al contratista el beneficio inicialmente previsto y así evitar que por el *ius variandi*, el *factum principis* o hechos imprevisibles pudieran ocasionar al contratista una disminución del beneficio previsto en su estudio económico que obligatoriamente debió presentar con su oferta, sino también en el supuesto contrario, cuando las modificaciones del contrato tengan como consecuencia un aumento de ese beneficio, del cual debe ser partícipe la Administración contratante. ¿Se aumentó el canon al modificar el contrato con la ampliación tan importante del objeto 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 conocedores 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.

Dicho todo esto, la conclusión final es que se ha producido una modificación, de facto, sustancial del contrato, no sólo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello sino de imposible realización, ya que, como hemos visto los preceptos indicados del TRLCAP determinan que tal modificación, aunque se hubiese seguido un minino procedimiento, no era posible.

Es cierto que el artículo 167 del TRLCAP establece unas causas taxativas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos:

"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. La supresión del servicio por razones de interés público.*

c) *La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato."*

¿Encontramos en esta lista la causa que se da en nuestro caso? En nuestra opinión sí, por cuanto si las obras ejecutadas para la ampliación de este centro conllevan la imposibilidad de la prestación diferenciada del primigenio objeto del contrato, podemos perfectamente aplicar la causa de la letra c) de este precepto: "*La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato."*

Han existido estas actuaciones por cuanto la ejecución de las obras de ampliación sin haberse contemplado en el proyecto ni haberse ejecutado la división física de las instalaciones conlleva a ese resultado, la imposibilidad de ejecutar por el contratista el objeto del contrato del que es legítimo adjudicatario.

2. NULIDAD DEL CONTRATO.-

Podría caerse en la tentación de considerar que nos encontramos ante un contrato nulo. Pues bien, debemos en primer lugar referirnos al artículo 62 del TRLCAP en el que se establecen las causas de nulidad de derecho administrativo: La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

"Son causas de nulidad de Derecho administrativo las siguientes:



a. Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b. La falta de capacidad de obrar o de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, o el estar incurso el adjudicatario en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20 de esta Ley.

c. La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia."

Nulidad, que una vez declarada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lleva aparejadas las consecuencias que el artículo 65 del TRLCAP determina:

"1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que 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.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

3. 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 aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio."



Pero a juicio de este informante no podemos hablar de un contrato nulo, pues partimos de un contrato preexistente y perfectamente válido y que, bajo ningún concepto, podemos pretender su nulidad. Nula o improcedente ha sido, como hemos venido sosteniendo, la modificación de facto operada en este contrato válido, y tales modificaciones no pueden arrastrar a la nulidad del primero.

3. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.-

Es por ello, y como indicábamos en nuestro anterior Informe, que a nuestro entender, y por los argumentos expuestos, no cabe la modificación del contrato inicial ampliando el objeto del mismo, sino, y por la imposibilidad de su prestación independiente, resolverlo. Resolución que deberá llevar aparejada las consecuencias que el artículo 169.4 del TRLCAP establece: *"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"*.

Como vemos este precepto del TRLCAP no regula de forma taxativa cómo han de cuantificarse esos daños y perjuicios, limitándose a añadir *"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"*. Ahora bien, la cuestión de su fijación concreta debe configurarse como una prueba que, en caso de discrepancia entre las partes, suele remitirse a la determinación de los Tribunales de Justicia.

El principio de buena fe debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas (Dictamen del Consejo de Estado, de 22 de febrero de 1979).



Como decíamos, no siempre es fácil la determinación o cuantificación de esos daños y perjuicios que se causan a una de las partes del contrato. No obstante, el Consejo de Estado, en su dictamen de 20 de septiembre de 2007, ha afirmado: Para la viabilidad de tal indemnización de daños y perjuicios, la jurisprudencia ha venido refiriéndose, al menos, a los siguientes requisitos 1) conducta negligente, dolosa o morosa en el cumplimiento de sus obligaciones. 2) producción de un daño real debidamente justificado. 3) relación causal entre ambos requisitos.

“...compete a quien reclama la carga de probar que efectivamente se sufrieron los perjuicios, lo cual no es sino aplicación de los requisitos que la doctrina Jurisprudencial exige que concurran en toda indemnización, siendo el primero y fundamental que se trate de un daño real y efectivo, no bastando con la frustración de meras expectativas...” (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2001.”

Siguiendo estos principios que han venido a sentar tanto la jurisprudencia como el Consejo de Estado, hay, que enjuiciar si, por la necesaria resolución del contrato por las causas que apuntábamos en nuestro anterior informe, constituyen en sí mismas un daño o perjuicio evaluable económicamente.

Ateniéndonos a la literalidad del artículo 169.4 del TRLCAP, si se optase por la resolución del contrato, el Ayuntamiento debe indemnizar al contratista de los daños y perjuicios que esta resolución del contrato le produzca; dejando claro este precepto que el *quantum* indemnizatorio debe fijarse en función de los beneficios futuros dejados de percibir, beneficios futuros que para cuyo cálculo se tendrán en cuenta *“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”*.



Sobre este extremo debe destacarse la reiterada jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 11 de junio de 2002, 3 de febrero de 1989 y 15 de octubre de 1986) sobre la necesidad de que exista una prueba rigurosa sobre las ganancias dejadas de percibir, ya que la indemnización debe aplicarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios. En este sentido, el beneficio dejado de percibir -o lucro cesante- no puede equivaler exactamente al precio del contrato, pues resulta obvio que, al no prestarse el servicio para el que había sido contratado, el contratista no tendrá que hacer frente a determinados gastos que sí habría de soportar de no mediar la resolución.

Por último, debemos quedar claro que la indemnización por daños y perjuicios que, en su caso, le correspondiere al contratista debe evaluarse sobre el único contrato existe, legal y válido; no sobre se modificación/ampliación llevada a cabo sin posibilidad legal `para ello y por la que no cabe ni colegir un enriquecimiento injusto de la Administración ni la aplicación del principio de confianza legítima por parte del contratista.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.-

Por lo que se refiere al momento y al procedimiento de la determinación, en su caso, de esos daños y perjuicios, es preciso traer a colación lo manifestado por el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha en su dictamen 14/2003, de 18 de febrero, con cita del 1/2000, de 11 de enero, en el que se afirmaba que la fijación y valoración de los daños y perjuicios *"debe verificarse por la Administración, previo trámite contradictorio con el contratista, en resolución motivada que podrá tener lugar en el mismo procedimiento resolutorio o en posterior pieza separada, cauce éste más habitual en la práctica, pero que no excluye la utilización del primero siempre que se disponga de conocimiento y justificación sobre los conceptos y cuantía de los que estime realmente sufridos como consecuencia de la resolución"*.



Por tanto, y como conclusión, la determinación de la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la resolución de este concreto contrato puede hacerse en el mismo expediente de resolución del contrato o en pieza separada del mismo.