



**Informe 7/14, de 30 de junio de 2016. Posibilidad de fijar o modificar el canon o de establecer una fórmula de revisión de precios de forma unilateral por una de las partes en un contrato de gestión de servicio público entre entes públicos. Posibilidad de hacerlo mediante ley acuerdo (Concello de Pontevedra)”**

**Clasificación del informe: Modificación de contrato. Posibilidad de modificación del régimen de revisión de precios de forma unilateral. Contratos de servicios. Supuestos en que puede proceder la modificación del contrato.**

## **ANTECEDENTES**

El Concello de Pontevedra dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

***“ASUNTO: CONSULTA SOBRE REVISIÓN DE PRECIOS ENTRE CONTRATO SUBSCRITO ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE PONTEVEDRA Y LA SOCIEDAD GALLEGA DE MEDIO AMBIENTE, SA (SOGAMA).***

*El Ayuntamiento de Pontevedra suscribió el 2 de junio de 1997 un contrato con la Sociedad Gallega de Medio Ambiente, SA (en adelante, SOGAMA), que tenía por objeto “regular las condiciones en que el Ayuntamiento de Pontevedra entregará y SOGAMA recepcionará en la planta empacadora de CERCEDA los RSU de esta ciudad para su tratamiento en la misma, fijando las condiciones técnico-económicas derivadas de estas operaciones”.*

*En la cláusula tercera del contrato firmado se establecía que su duración será indefinida, hasta que se pusiese en funcionamiento una planta de transferencia cerca de la ciudad de Pontevedra. Se disponía que una vez se pusiese en marcha esa planta de transferencia se adaptaría el canon a las nuevas circunstancias.*

*El importe a pagar en el contrato se establecía en función del número de toneladas realmente tratadas en la planta empacadora procedentes del municipio de Pontevedra. Así mismo, se pactaba como cláusula de revisión, que dicho importe será modificado y actualizado anualmente el día 1 de enero de cada año, según las variaciones experimentadas por el índice de precios al consumo en los 12 meses anteriores (cláusula 4 del contrato).*

*El día 31 de marzo de 1999, como consecuencia de la entrada en funcionamiento de una Ecoplanta de transferencia cerca de la Ciudad de Pontevedra, el Ayuntamiento de Pontevedra y SOGAMA acuerdan de conformidad con la cláusula tercera del contrato firmado el día 2 de junio de 1997 modificar diversas condiciones del contrato. Entre las nuevas condiciones que se pactan destacan:*



- a) *Que el objeto del contrato se modifica en el sentido de que lo constituirá la entrega de residuos sólidos urbanos del Ayuntamiento de Pontevedra en la nueva Ecoplanta de Transferencia situada cerca de este Ayuntamiento.*
- b) *Se establece una duración en 25 años.*
- c) *Que el precio del contrato será el resultado de multiplicar el número de toneladas realmente introducidas en la Ecoplanta por el canon de 4.500 pesetas/toneladas.*
- d) *Que la revisión del canon a pagar o precio por el Ayuntamiento de Pontevedra lo será de acuerdo con las variaciones que ha experimentado el IPC e inversamente al precio de la energía (a mayor precio de energía menor canon), de tal forma que el 1 de enero cada año se revisará este precio conforme a las variaciones experimentadas por el (PC) y el precio de la energía en los 12 meses anteriores.*
- e) *Se establece que la cantidad estipulada como canon no es definitivo, siendo sustituida en el momento en el que el desarrollo del Proyecto SOGAMA, SA, permita determinar el canon definitivo por tonelada para todos los Ayuntamientos.*

*Ahora, se plantea de forma unilateral por parte de SOGAMA un incremento del precio del contrato al margen del contrato, muy superior a las fórmulas de revisión pactadas. Esa modificación se realiza por ley.*

*A este Ayuntamiento, le interesaría conocer la opinión de la Junta Consultiva de Contratación sobre los siguientes aspectos:*

1.- *¿Es posible que en un contrato entre entes públicos (SOGAMA y el Ayuntamiento de Pontevedra) se establezca una cláusula que permita a una de las partes fijar el canon definitivo de forma unilateral? De ser así, ¿cuáles serían las condiciones que debería cumplir esa cláusula para ser válida? Y de ser ilegal esa cláusula, ¿cuáles deberían ser las consecuencias de su estipulación?*

2.- *¿Es posible que una vez fijado un canon único de forma definitiva se pueda modificar de forma unilateral la fórmula o canon único a través de una ley o a través de un acuerdo adoptado de forma unilateral por una de las partes?*

3.- *¿Es posible que en un contrato entre entes públicos se establezca una fórmula de revisión y una de las partes la modifique unilateralmente? De ser posible, ¿cuáles serían las condiciones que deberían concurrir para admitir esa variación unilateral? Y de ser ilegal esa modificación unilateral de la revisión del precio, ¿cuáles deberían ser las consecuencias de la misma?*

4.- *¿El Ayuntamiento podría resolver el contrato firmado con SOGAMA? De ser así, ¿cuál sería el procedimiento a seguir, los efectos que de esta resolución y el órgano competente para adoptarla?"*



## CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Dentro de la presente consulta, aparecen hasta cuatro cuestiones, relativas todas ellas a la posibilidad de modificar determinados aspectos de un contrato público, en concreto, el régimen de revisión de precios establecido en el mismo. Se trata, en el caso, de un contrato celebrado entre un Ayuntamiento y una empresa pública, SOGAMA (Sociedad Gallega de Medio Ambiente), cuyo objeto es el almacenamiento de los residuos sólidos urbanos producidos por el Ayuntamiento de Pontevedra en la *Ecoplanta* de la que dispone a tal fin la empresa SOGAMA. Destaca la petición de informe que, en principio, este depósito se hacía en una *Ecoplanta* en el término de Cerceda, mientras que, tiempo después, se hacía en otra situada en otro municipio distinto, como es el de Ribadumia, cambio de ubicación que hizo que se modificara el contrato originario de 1997 en fecha de 31 de marzo de 1999. Según la documentación aportada, se califica como contrato de servicios.

2. Respecto de la primera pregunta, relativa a si es posible que en un contrato entre entes públicos se establezca una cláusula que permita a una de las partes fijar el canon definitivo de forma unilateral, cuáles serían las condiciones que debería cumplir esa cláusula para ser válida y de ser ilegal, cuáles deberían ser las consecuencias de su estipulación, para dar una adecuada respuesta a ello, debemos referirnos en primer lugar a la normativa aplicable al supuesto contemplado. Conforme nos indica el texto de la consulta, el contrato se firmó en junio de 1997 por lo que la legislación aplicable sería la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP). De esta forma, en relación con el precio del contrato, el artículo 14.1 señala:

*“Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria undécima, y se abonarán al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. Cuando las condiciones establecidas en el contrato impliquen pagos en moneda extranjera habrá de expresarse, además del precio total en moneda nacional, el importe máximo de aquélla y la clase de divisas de que se trate. En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado.”*

Igualmente, en relación con la revisión de precios, el artículo 104 de la LCAP señala en su apartado 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.”*

Del contenido del apartado 3 del mismo artículo podemos deducir que no existe una previsión concreta en la LCAP sobre la primera cuestión planteada:



*“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.”*

Por lo tanto debemos hacer referencia al principio general de imposibilidad de modificación unilateral de los contratos, contenido dentro del Código Civil, y que también se extiende al ámbito de los contratos públicos. Así, el principio de *inmutabilidad unilateral* del contrato prohíbe que sea una de las partes la que pueda modificarlo de forma unilateral, ya sea, en virtud de una cláusula que se haya pactado expresamente dentro del contrato o ya sea, por acuerdo de una de las partes adoptado después de que el contrato se haya formalizado, sin cláusula previa que lo ampare.

Al no existir norma concreta que lo establezca dentro de la normativa sobre contratación pública, podemos traer aquí a colación la norma general contenida dentro del art. 1256 del Código Civil, en virtud del cual se dispone que: *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

Con base en este principio, por tanto, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en un contrato no puede quedar al arbitrio de uno solo de los contratantes, lo que conlleva la interdicción de la modificación unilateral del contrato. Cabe recordar aquí, que, según ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, *“El artículo 1256 proclama la “necessitas”, esto es, la esencia de la obligación, como han recordado las Sentencias del 26 junio 2008, 19 febrero 2010 o 31 marzo 2011, en el sentido de que no puede quedar su validez y cumplimiento a la voluntad potestativa de una de las partes, lo que se pone en relación con el 1115 que proscribe la condición potestativa, de lo que la jurisprudencia preconiza una interpretación restrictiva, como dice la sentencia de 28 junio 2007 y contemplan las de 16 mayo 2005 y 3 octubre 2007”*.

En el presente caso, permitir que exista una cláusula dentro del contrato por la que una de las partes pueda fijar el canon definitivo del contrato por su sola voluntad, de forma unilateral, de manera que uno de los aspectos sustanciales del contrato, como es el canon a pagar por el contratista, se haga depender de la voluntad de una sola de las partes contratantes, infringe el artículo señalado antes del Código Civil, por lo que no puede tener cabida dentro del presente contrato.

No obstante, debemos analizar una posibilidad distinta cual es la de que un contrato establezca en su clausulado determinadas condiciones cuya concreción se realice en el futuro conforme a una serie de elementos fijados previamente. En este caso no se estaría ante una cláusula que permite a una de las partes fijar el canon definitivo de forma unilateral, sino ante una cláusula que permite definir el canon definitivo conforme a una serie de elementos objetivos que se van a concretar en el futuro. Esta posibilidad tendría cabida en un contrato siempre que se cumpliesen dos condiciones esenciales: que origi-



nalmente se hubiese estipulado así en el propio contrato, es decir, que estuviese previsto en el texto del contrato, y que esa previsión estuviese sujeta a unos límites y a unas condiciones igualmente previstos con anterioridad, es decir, que la posibilidad de modificación por una de las partes no le otorgase absoluta libertad de actuación sino que se sujetase a elementos fijados previamente. Esta posibilidad, no obstante, sería aplicable excepcionalmente, conforme a la interpretación restrictiva que ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y siempre previa fijación de unos límites y condiciones, teniendo en cuenta, además, los límites que, en su caso, puedan derivar de la normativa aplicable.

3. Asimismo, se pregunta en la consulta sobre cuáles han de ser las condiciones que debería cumplir una cláusula de revisión de precios unilateral, para ser válida. De conformidad con todo lo señalado hasta ahora, la respuesta que debe darse es que no es válida una cláusula de este tipo y, el resultado de ello, esto es, las consecuencias de su estipulación, son las de la nulidad de pleno derecho de esa cláusula, nulidad que se basa en la infracción de la norma legal antes expuesta, como es el art. 1256 del CC y, derivado de ello, el hecho de que se tendrá por no puesta, por lo que no producirá ningún efecto entre las partes. No obstante, esta carencia de efectos se predica solo respecto de la cláusula en sí y no respecto del resto del contenido del contrato, que seguirá siendo plenamente válido, en virtud el principio de conservación de los actos administrativos, contenido en el art. 64.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en el que se establece que:

*“La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.”*

Las consideraciones anteriores resultan de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se declara que la existencia de pactos contrarios a normas prohibitivas, de derecho necesario o “*ius cogens*” resultan nulos de pleno derecho. Así, podemos citar aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2011, cuyo Fundamento Jurídico tercero señala a estos efectos lo siguiente: “*La doctrina de esta Sala en torno a la validez de este tipo de cláusulas se halla recogida en las sentencias (entre otras) de 2 de julio de 2003, 21 de enero de 2004, 5 de abril de 2004 y 15 de enero de 2009, resoluciones que insisten en la nulidad de los pactos que impliquen dejar la validez y cumplimiento de una obligación contractual al arbitrio de uno de los contratantes. Procede que analicemos la pactada en el caso que hoy hemos de resolver para decidir si es incardinable en aquella prohibición o en el de una previsión contractual legítimamente acordada.*”

(...)



*Nos hallamos, por tanto, en un supuesto incardinable en el art. 1256 del Código civil al haber dejado la efectividad de una obligación al arbitrio de una de las partes del contrato, pacto contrario a norma prohibitiva y, por ello, nulo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 del Código civil subsistiendo el resto de las obligaciones pactadas”.*

4. Respecto a la segunda pregunta de las contenidas en el escrito de consulta, relativa a si es posible que una vez fijado un canon único de forma definitiva se pueda modificar de forma unilateral a través de una ley o a través de un acuerdo adoptado por una de las partes, debemos distinguir dos opciones. En relación con la posibilidad de modificar un contrato a través de una ley, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, la ley siempre está por encima de los contratos. Éstos, como acuerdo de voluntades, son de obligado cumplimiento únicamente para sus partes. No obstante, debemos recordar también que una ley puede impugnarse judicialmente si se considera inconstitucional o contraria a derecho.

Respecto a la posibilidad de modificarlo unilateralmente por un acuerdo, esta pregunta se relaciona con las cuestiones planteadas en el apartado anterior, al que nos remitimos, por lo que debemos dar, también, una respuesta negativa.

5. En relación a las preguntas contenidas en el apartado tercero del escrito de petición de informe, en el que se consulta si es posible que en un contrato entre entes públicos se establezca una fórmula de revisión y una de las partes la modifique unilateralmente y, en el caso de ser posible, cuáles serían las condiciones que deberían concurrir para admitir esa variación unilateral y, de ser ilegal esa modificación unilateral de la revisión del precio, cuáles deberían ser las consecuencias de la misma, con ello se plantea la posibilidad de la modificación unilateral de alguna de las condiciones establecidas en un contrato, en el caso, la fórmula de revisión de precios.

Debemos indicar que una vez se pacten las condiciones que sean dentro del pliego y en el posterior contrato, -en concreto, en el caso objeto de la consulta, las relativas al pago del precio-, ninguna de las partes puede modificarlo. Es decir, si bien la parte que redacte el pliego o el contrato tiene libertad para establecer el clausulado que tenga por conveniente, siempre que esas cláusulas no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público (ex artículo 1255 del CC), una vez se hayan incluido así dentro del pliego, se les haya dado la correspondiente publicidad, aparezcan en el contrato y se haya adjudicado ese contrato en cuestión, ninguna de las partes puede por sí misma, modificarlo.

Por todo lo anterior, esta Junta Consultiva considera que, una vez se ha establecido el régimen jurídico correspondiente a las obligaciones de las partes en un contrato, incluyendo el régimen específico de la revisión de precios del contrato, cumpliendo todas las condiciones señaladas anteriormente, este régi-



men no se puede modificar, ni de forma consensuada por ambas partes, ni de forma unilateral por una sola, so pena de infringir las consideraciones antes expuestas.

En este sentido, el artículo 105.3 de la LCAP señala:

*“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.”*

También, en este sentido, se ha manifestado ya esta Junta Consultiva en el Informe 15/2004, de 7 de junio de 2004, cuya Consideración jurídica 2 establece: *“No obstante lo anterior, de la documentación remitida pueden extraerse criterios para trazar las líneas generales de la cuestión suscitada, si se tiene en cuenta que, cualquiera que sean las modificaciones que la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes ha introducido en su régimen jurídico convirtiendo a los del Catálogo de Utilidad Pública en bienes de dominio público, lo cierto es que la adjudicación de los contratos de concesión para ocupación de terrenos en el monte de utilidad pública denominado “Puntales de Sánchez” fue acordada el 31 de julio de 2000, anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley de Montes y que la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnico facultativas y las ofertas de “Canteras Alicantinas” y “Mármoles Bempe” tuvieron lugar también con anterioridad, por lo que por aplicación de los principios esenciales de la contratación de respeto a lo pactado y de riesgo y ventura hoy recogido en los artículos 94 y 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos de referencia han de ser cumplidos en sus estrictos términos, recogidos en los pliegos, en las ofertas, en la adjudicación y en la formalización de los contratos, sin que entre los términos del contrato figure alguno que pueda fundamentar las pretensiones de revisión de precios o de resolución de los contratos planteados por “Canteras Alicantinas, S.L.”.*

*A mayor abundamiento hay que señalar también, en cuanto a la posible modificación de los contratos que, como con reiteración viene poniendo de relieve esta Junta, “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, 2 de 5 de marzo de 2001 y de 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/04).”*

Consideramos que los argumentos anteriores resultan plenamente aplicables al caso que nos ocupa, por lo que podemos concluir que no es posible que una vez fijado el régimen de clausulado de un con-



trato público, incluyendo el precio o canon único, de forma definitiva en el pliego y posteriormente en el contrato, en el que se incluye el pliego, se pueda modificar de forma unilateral cualquiera de los aspectos del mismo, a través de un acuerdo adoptado sólo por una de las partes contratantes.

6. Por último, respecto a la posibilidad de resolución del contrato por parte del Ayuntamiento, procedimiento, efectos y órgano competente para ello, que también pregunta el Concello de Pontevedra como última cuestión dentro de su escrito de consulta, deberá aplicarse el régimen jurídico contenido dentro de los artículos 112 y siguientes de la LCAP.

No es misión de esta Junta Consultiva determinar en detalle el caso concreto, ni la apreciación de una causa de resolución que, por definición, debe ser estudiada e invocada por las partes, así como los efectos de esa posible resolución que pudiera producirse, circunstancias que, no hay que olvidar, pueden pactarse expresamente en el pliego y producirse en los estrictos términos de éste.

Respecto a la cuestión concreta de si el incumplimiento de las normas sobre el régimen de precios establecidas antes o si una modificación unilateral, puede ser o no causa de resolución del contrato, esta Junta Consultiva considera que solo podrá serlo en el caso regulado en el art. 112, letra g) de la LCAP, es decir, en el caso de que se hubiera pactado en el pliego o en el contrato como obligación contractual a la que se le de el carácter de esencial y se incumpla y así se acredite en el expediente, o bien, en el supuesto del art. 112, letra h), esto es, en el caso de que se hubiera establecido así expresamente en el contrato.

En cualquier caso, conforme al artículo 60.1 de la LCAP, relativo a las prerrogativas de la Administración la competencia para resolver el contrato corresponde al órgano de contratación:

*“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.”*

## **CONCLUSIONES:**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado considera que:

No es posible que en un contrato entre entes públicos se establezca una cláusula que permita a una de las partes fijar el canon definitivo de forma unilateral. Sí sería posible la previsión en el contrato de que en el futuro una de las partes pudiese fijar las condiciones siempre con sujeción a unos límites y a unas condiciones también prefijados. Todo ello excepcionalmente, conforme a la interpretación restrictiva



que ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta, además, los límites que, en su caso, puedan derivar de la normativa aplicable.

No resulta posible que una vez fijado un canon único de forma definitiva se pueda modificar de forma unilateral la fórmula o canon único a través de un acuerdo adoptado unilateralmente por una de las partes.

No resulta posible que en un contrato entre entes públicos se establezca una fórmula de revisión y una de las partes la modifique unilateralmente. De ser así, estaríamos ante una modificación ilegal del contrato, que podría dar lugar a su resolución, en el caso de que así se hubiera acordado expresamente y se den las condiciones establecidas en la Consideración jurídica 6 del presente informe.

Respecto de la resolución del contrato, conforme al artículo 60.1. de la LCAP la competencia para resolver corresponde al órgano de contratación