



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente
Sra. Ares González, Consejera

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 21 de noviembre de 2019, ha examinado el *procedimiento de modificación del contrato del servicio de ayuda a domicilio en la provincia de xxxx* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 28 de octubre de 2019 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre *el procedimiento de modificación del presupuesto máximo inicial del lote nº 1 del contrato de servicio de ayuda a domicilio, en las modalidades de ayuda a domicilio y de respiro para los años 2019 y 2020, suscrito entre la Diputación de xxxx y la empresa qqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 30 de octubre de 2019, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 533/2019 y se inició el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- Por Acuerdo del Pleno de la Diputación de xxxx, de 24 de noviembre de 2017, se adjudica el lote nº 1 del contrato de servicio de ayuda a domicilio en la provincia de xxxx, correspondiente a la modalidad de ayuda a domicilio y respiro, a la empresa qqqq, S.L. El 27 de diciembre se formaliza el contrato.



La cláusula 3ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) dispone que el contrato tendrá una duración de 3 años, aunque podrá prorrogarse por períodos anuales, previo acuerdo expreso entre las partes contratantes, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda ser superior a 6 años.

Segundo.- Por Acuerdo del Pleno de la Diputación de 23 de noviembre de 2018, a la vista de que el número de horas prestadas por la empresa hasta el mes de agosto de 2018 ha sido de 320.609,50 horas y la facturación de 4.680.568,05 euros, por lo que resulta evidente que ya, en la primera anualidad del contrato, se iba a superar con creces la previsión inicial de las 350.000 horas/año a que hace referencia la cláusula 5.3 del PCAP, se aprueba una modificación del contrato, conformada por la Secretaría y fiscalizada por la Intervención, consistente en un incremento del presupuesto máximo del contrato para dicha anualidad inferior al 10 % del presupuesto, tal y como se expresa:

Presupuesto 2018: Aportación Diputación (90 %) 5.355.000,00 euros; Aportación Usuarios (10 %) 595.000,00 euros.

Total: 5.950.000,00 euros.

Modificación año 2018: Aportación Diputación (90 %) 7.020.317,29 euros; Aportación Usuarios (10 %) 852.248,99 euros.

Total: 7.872.566,27 euros.

Tercero.- Mediante escrito de 19 de diciembre de 2018, la empresa adjudicataria manifiesta su conformidad con la modificación del contrato y remite dos ejemplares del contrato modificado.

Cuarto.- El 26 de septiembre de 2019 el diputado delegado del Área de Igualdad y Servicios Sociales propone una segunda modificación del lote nº 1 del contrato para las anualidades 2019/2020, fundada en lo siguiente: "En el año 2018, se realizó una modificación para dicha anualidad, consistente en un incremento del presupuesto del contrato para dicha anualidad, inferior al 10 % del presupuesto total. Sin embargo, la evolución alcista persiste y se incrementa, por lo que teniendo en cuenta la proyección realizada a la vista de los servicios facturados durante los siete primeros meses del año, se concluye que en la segunda y tercera anualidad del contrato se va a superar con creces la previsión



inicial de horas así como el presupuesto máximo inicial para 2019 y 2020, previsto para cada año en 5.950.000,00 euros, por lo que se considera necesario proceder a la modificación del contrato incrementando el presupuesto máximo previsto para 2019 y 2020 en 2.360.766,29 euros, para cada año, (...)"

Quinto.- Notificada al contratista la propuesta de modificación, este manifiesta su conformidad en escrito de 14 de octubre.

Sexto.- El 23 de octubre el jefe del Área de Igualdad de Oportunidades y Servicios Sociales y la jefa del Servicio de Acción Social emiten informe sobre la modificación del lote nº 1 del contrato del servicio de ayuda a domicilio en la provincia de xxxx para las anualidades 2019 y 2020, en el que se señala que, proyectando los datos a 31 de agosto y a la vista de su evolución es evidente que se va a superar con creces la previsión inicial de horas, así como el presupuesto máximo inicial para 2019 y 2020, previsto para cada año en 5.950.000,00 euros. En el citado informe se hace constar que "También se ha producido un incremento de la aportación de las personas usuarias, tanto de forma absoluta, por el hecho de prestarse un mayor número de horas, como relativa, al incrementarse el porcentaje previsto de su aportación de un 10 % a un 11,28 %, en virtud de la aplicación de las normas de copago que rigen la misma".

Por ello, consideran necesario que se proceda a una nueva modificación del contrato para las anualidades 2019 y 2020, a efectos de garantizar la prestación del servicio. En el citado informe señalan que, durante la ejecución del contrato, se han producido necesidades nuevas y se ha justificado el interés público de la modificación propuesta.

Adjuntan al informe la memoria de 22 de octubre, justificativa del incremento del servicio de ayuda a domicilio experimentado en el período de 1 de enero del 2018 al 30 de septiembre de 2019.

Séptimo.- Mediante Decreto del Presidente de la Diputación de 24 de octubre de 2019 se acepta la propuesta de decreto en el que se resuelve iniciar el expediente de modificación del lote nº 1 del contrato de servicio de ayuda a domicilio en la provincia de xxxx en las modalidades de ayuda a domicilio y de respiro para los años 2019 y 2020, incrementando el presupuesto máximo previsto para ambas anualidades. (Tal decreto se considera como propuesta de resolución de modificación del contrato).



En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, y en la legislación reguladora de contratos del sector público.

Corresponde a la Sección Primera emitir el dictamen, según lo establecido en el apartado tercero, 1.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La competencia para acordar la modificación del contrato corresponde al órgano de contratación, en el presente caso, al Pleno de la Diputación.

3ª.- El *ius variandi*, en cuanto prerrogativa o potestad de la Administración, emana directamente del ordenamiento jurídico, con carácter general del artículo 210 del TRLCSP y debe sujetarse en su ejercicio a los requisitos, límites de estos preceptos y con el alcance que establecen.

Así, el ejercicio del *ius variandi* ha de ajustarse a unos requisitos de carácter formal (debe seguirse el procedimiento legalmente establecido, al que ya se ha hecho referencia) y a unos requisitos materiales, al disponer el artículo 106: "Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

»A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la



eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

La cláusula 5.3 del PCAP señala que el montante previsto de horas a contratar asciende a 350.000 horas/año. En la misma cláusula se prevé que “En función de las necesidades de prestación del servicio, las horas anuales podrán sufrir variaciones que, en todo caso, serán obligatorias para el contratista, en los términos previstos en la cláusula 28 del presente pliego”.

La cláusula 28 del PCAP establece que, con carácter general, no se prevén modificaciones del contrato. Sin embargo su apartado 2 dispone que “El contratista asume en su oferta, a su riesgo y ventura, el aumento o disminución de las horas de prestación del servicio de ayuda domiciliaria y respiro que se deriven de la evolución ordinaria de las necesidades a satisfacer con el servicio, por razones normativas o como consecuencia de variaciones en el censo de población de los posibles municipios destinatarios, que produzcan inclusiones o exclusiones en el servicio de ayuda a domicilio objeto del presente contrato (que sólo está destinado a los municipios de la provincia de xxxx con menos de 20.000 habitantes), sin que ello repercuta sobre el importe de adjudicación”. En su apartado 3 dispone que “Todas las referencias al año contenidas en la presente cláusula deberán entenderse referidas, no al año natural, sino al año o años de vigencia del contrato”.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 1.531/2003, de 24 de julio, señalaba que “La modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 17 de mayo de 1979, exige que se produzca dentro de los límites que establece la Ley. Uno de estos límites resulta de la necesidad de que la modificación contractual esté respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado (dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991). Un segundo límite, aplicable en este supuesto en que la modificación no resulta de las exigencias propias del servicio, deriva de la exigencia de que concurren necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (artículo 101 de la LCAP, cuya aplicación no se excluye en el artículo 155.5 de la misma Ley). El fundamento de este segundo límite radica en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso



indiscriminado del *ius variandi*, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, «podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas». La concurrencia tanto del interés público que legitime la modificación contractual como de las necesidades nuevas o causas imprevistas a que se refiere el citado artículo 101 de la LCAP, debe quedar justificada en el expediente, conforme a este precepto”.

Por último, ha de señalarse que la modificación del contrato debe consistir precisamente en eso, en una modificación, de manera que aquél mantenga su identidad; es decir, queda vedado realizar, por la vía del *ius variandi*, una alteración sustancial del contrato, por implicar ésta no ya una modificación, sino un cambio en la voluntad administrativa, que requiere de una nueva contratación.

A dicha concepción responde fundamentalmente la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada, entre otras, en la Sentencia de 21 de enero de 2000, que señala: “Estas modificaciones, como ya ha quedado indicado, no son sustanciales, ni alterando ni vulnerando el Pliego de Condiciones que sirvió de base para el concurso. Se trata, como acertadamente expone la sentencia de instancia, de una acomodación del primitivo objeto contractual a las necesidades impuestas por el interés público. El Ayuntamiento de (...) ha hecho uso del *ius variandi* conforme a derecho, sin alterar sustancialmente los términos del contrato ni vulnerar el Pliego de Condiciones del concurso, por lo que no ha infringido los principios de publicidad y concurrencia establecidos por el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, que hubieran exigido la convocatoria de un nuevo concurso solamente si se hubiesen modificado en sus términos esenciales las condiciones que dieron lugar a la adjudicación del celebrado”.

Incluso sentencias como la de 1 de febrero de 2000 recogen la línea jurisprudencial más generosa con la extensión del *ius variandi*, al considerar que “constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas”, que “el interés general es el que debe prevalecer 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” y que, en el caso enjuiciado, las modificaciones no “pueden considerarse como alteraciones sustanciales del contrato, que lo hagan esencialmente distinto del celebrado”.

En este mismo sentido de rechazo a las alteraciones sustanciales se expresa el Consejo de Estado en el Dictamen 79/1993, de 1 de abril: “(...) que las



modificaciones «sean consecuencia de necesidades nuevas», no permite ser concebida de una manera tan amplia que permita cualquier variación, incluso cuando entrañe una alteración sustancial del objeto del contrato. En efecto, a través de la prerrogativa de modificación de la Administración no se puede alterar completamente, o en sus elementos esenciales, el contrato originario, pues en tales casos, congruentemente con el principio de licitación pública, debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación (...)

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el informe 59/2003, de 7 de junio de 2004, señala: "(...) criterio reiteradamente expuesto por 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 de los adjudicatarios podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce» (informes de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999, de 2 y 5 de marzo de 2001 y de 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/03)".

4ª.- Corresponde ahora analizar si el supuesto objeto de dictamen contiene, en los motivos invocados por la Administración, los presupuestos requeridos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio del *ius variandi*.

Las modificaciones contractuales por razón de interés público requieren que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, exigencia que comprende tanto las necesidades sobrevenidas, como todas las causas imprevistas, ya fueran previsibles o imprevisibles al tiempo de la contratación; circunstancias que deberán apreciarse en sentido estricto como determinantes de un privilegio reconocido a la Administración y que operan igualmente como presupuesto de hecho que procede apreciar a la vista de las notas características propias y específicas de cada supuesto en particular.

Por otro lado, las necesidades motivadoras tienen que encontrar satisfacción en el ámbito propio del contrato a modificar, pero no en otro extraño respecto a éste -aunque sea próximo o lateral- porque, además de su



inadecuación, supondría también un desplazamiento del juego y valoración sobre el interés público que ilumina la actuación administrativa en el contrato concreto cuya modificación se pretende.

La necesidad de la modificación contractual debe estar ampliamente motivada en el expediente, pues así lo dispone expresamente el artículo 106 del TRLCSP. La modificación contractual es una potestad reglada, que sólo puede ejercerse si concurren los requisitos establecidos por la ley y que, en todo caso, "requiere una singular motivación de hecho [...] que de no existir, impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio *ne varietur*", tal y como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984.

En el presente caso, según los informes técnicos que constan en el expediente administrativo, la justificación se encuentra en el incremento de la demanda del servicio de ayuda a domicilio experimentado en el período de 1 de enero de 2018 a 30 de septiembre de 2019, así como en el nacimiento de necesidades nuevas durante la ejecución del presente contrato. En concreto, en el informe del jefe del Área de Igualdad de Oportunidades y Servicios Sociales y de la jefa del Servicio de Acción Social de 23 de octubre de 2019 se indica: "No obstante, es preciso destacar que durante la ejecución del presente contrato se han producido necesidades nuevas debido a que la demanda de la prestación del servicio de ayuda a domicilio en el medio rural es cada vez mayor, incrementándose por otra parte las resoluciones de dependencia al haberse acortado los plazos para resolver dichos procedimientos, existiendo para ello refuerzos de personal valorador que se han ido incorporando en los últimos Acuerdos Marco suscritos con la Gerencia.

»Además, el Servicio de Ayuda a domicilio es una herramienta eficaz para posibilitar la permanencia en su domicilio de personas con unos grados de dependencia moderados.

»Por otra parte, la escasez de plazas públicas en centros residenciales, hacen que las familias opten por este servicio de ayuda a domicilio para atender a sus familiares mayores, que cada vez tienen una mayor esperanza de vida.

»También es importante destacar la política de la Gerencia de Servicios Sociales favorecedora de la prestación del servicio, que ha orientado a



muchas personas dependientes a renunciar a las ayudas para cuidados en el entorno familiar, que se han minorado considerablemente, y optar por la prestación del servicio de ayuda a domicilio.

»Igualmente, desde la Gerencia, se anunció una campaña para aconsejar a las personas usuarias a percibir la prestación por la vía de la ayuda vinculada, lo que no ha tenido una aceptación por parte de las personas usuarias, quienes solamente reciben la prestación por esa vía en supuesto residuales.

»En definitiva, existen muchas variables que imposibilitan la previsión acertada de las oscilaciones de un servicio con más de 2.000 personas usuarias, y que mantiene una línea ascendente.

»Además, con esta modificación contractual se pretende evitar la generación de listas de espera para la ayuda a domicilio y respiro en la provincia de xxxx hasta 2020, no olvidemos que se trata de un servicio esencial”.

Como justificación del interés público señala que “las prestaciones para las personas con grado de dependencia reconocido por Resolución de la Gerencia de Servicios Sociales, constituye un derecho subjetivo de las personas, tal y como reconocen el artículo 4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el artículo 1 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, por lo que no optando las personas usuarias por otra vía de prestación del servicio, como es la ayuda vinculada, ha de prestarse por el servicio público, que le corresponde a la Diputación Provincial en los municipios de menos de 20.000 habitantes de la provincia de xxxx”.

En la memoria justificativa del incremento del servicio de ayuda a domicilio experimentado en el período 1 de enero del 2018 a 30 de septiembre de 2019, que se adjunta al informe anteriormente referido, se indican como motivos a tener en cuenta el grado de dependencia cuyos intervalos (hasta el grado 3) suponen la determinación de la intensidad horaria que corresponde a cada persona; los datos de la población de la provincia y la dispersión geográfica de los municipios así como la dificultad del acceso de los habitantes del medio rural a los recursos; el envejecimiento de la población y la ausencia de otros servicios de apoyo en la zona rural como por ejemplo centros de día, centros de noche, pisos tutelados y residencias con plazas permanentes, entre otros.



Tal y como señaló este Consejo Consultivo en su Dictamen 78/2012, "En este orden de cosas hay que tener en cuenta que la actividad contractual de la Administración, como cualquier acción del poder público, no puede ser inmune al desenvolvimiento del Estado social, de modo que la intensa actividad prestacional a que la Administración está en él abocada, no puede ser en muchos casos interrumpida sin grave perjuicio de los ciudadanos, sobre todo de los más desfavorecidos, de manera que el ejercicio de la potestad de modificación contractual puede ser un instrumento para garantizar la continuidad de la actividad pública, cuando sobre las condiciones a las que se preveía inicialmente que se habría de someter hayan operado nuevas necesidades o causas imprevistas. Por ello, cabe apreciar que el aumento del número de usuarios y del número de horas de prestación sobre las previsiones iniciales, motivado parcialmente por un cambio normativo, representa una circunstancia sobrevenida durante la ejecución del contrato, que habilita su modificación".

De este modo, al apreciarse que realmente existe una necesidad nueva, que la modificación propuesta no supone una alteración sustancial del contrato vigente y que existen razones de interés público que la justifican, procede la modificación del contrato de gestión de servicio público de ayuda a domicilio, de acuerdo con la cláusula 28.2 del PCAP mencionada.

Asimismo se pretende dar cumplimiento a lo establecido en la disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP, que establece que "En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.

»En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 106 de esta Ley. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades".



A tal efecto, aún no se ha agotado el presupuesto máximo aprobado y está previsto realizar las oportunas modificaciones presupuestarias para hacer frente a la modificación que se pretende aprobar, que consiste en incrementar el presupuesto máximo del lote nº 1 en los años 2019 y 2020 por un importe global de 4.864.253,72 euros, pasando de 11.900.000 euros a 16.764.253,72 euros.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede modificar el presupuesto máximo inicial del lote nº 1 del contrato de servicio de ayuda a domicilio en las modalidades de Ayuda a Domicilio y de Respiro para los años 2019 y 2020, suscrito entre la Diputación de xxxx y la empresa qqqq, S.L.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.