



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero  
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero y  
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 28 de junio de 2012, ha examinado el *expediente de modificación del contrato de servicios suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 (xxxx2) y qqqqq, S.A.*, 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 30 de mayo de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de modificación del contrato de servicio de mantenimiento de contenedores soterrados, gestión del servicio de limpieza viaria y de zonas verdes, gestión del punto limpio municipal, conservación y mantenimiento de zonas verdes y atención a los huertos urbanos, mobiliario urbano, fuentes ornamentales y atención al jardín botánico suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 (xxxx2) y qqqqq, S.A.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 1 de junio de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 364/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

**Primero.-** Por Resolución de la Alcaldía de xxxx1 (xxxx2) de 20 de octubre de 2008 se aprobó el inicio del expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares que habrían de regir en el



procedimiento abierto para la contratación del servicio de mantenimiento de contenedores soterrados, gestión del servicio de limpieza viaria y de zonas verdes, gestión del punto limpio municipal, conservación y mantenimiento de zonas verdes y atención a los huertos urbanos, mobiliario urbano, fuentes ornamentales y atención al jardín botánico de dicho municipio.

El 11 de marzo de 2009, la Junta de Gobierno Local aprueba el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas que han de regir el contrato.

La cláusula primera del pliego de cláusulas administrativas particulares dispone que “el objeto del contrato es la gestión de los servicios o la prestación de los servicios descritos en el encabezado, al existir relación entre ellos tal y como se acredita en la Providencia de la Alcaldía, (...), de fecha 20 de octubre de 2008, en el municipio de xxxx1”.

A su vez la cláusula primera del pliego de prescripciones técnicas dispone que “el adjudicatario se obliga a admitir para la prestación del servicio las zonas de nueva creación, como las ya existentes que, con motivo de obra nueva, ampliación, reformas, recepciones de urbanizaciones, adquisiciones de todo tipo o cualquier otro que incrementen la superficie de actuación municipal, dentro de cada zona o como aquéllas que la Corporación Municipal, a propuesta de los servicios técnicos municipales, aconseje que su conservación se realice con medios ajenos al Ayuntamiento, en las mismas condiciones que el resto de la adjudicación. El procedimiento para ello será a través de una ampliación de contrato, previa audiencia del adjudicatario detallando las zonas nuevas a ampliar, su descripción o inventario inicial y la valoración de la misma. La valoración se realizará atendiendo los precios unitarios indicados en las ofertas”.

**Segundo.-** El 21 de octubre de 2009 la Junta de Gobierno Local dispuso la adjudicación provisional del contrato a favor de la empresa qqqqq S.A. por la cantidad de 7.944.408,30 euros y 656.152,50 euros de IVA (8.600.561,00 euros en total), al considerar que era la oferta más beneficiosa.

El 15 de enero de 2010 se elevó a definitiva la adjudicación provisional a favor de la citada empresa, que constituyó una garantía definitiva por importe de 397.220,42 euros, equivalente al 5% del precio de adjudicación excluido el IVA.



**Tercero.-** El 22 de enero de 2010 se formalizó el contrato referente al mantenimiento de contenedores soterrados, gestión del servicio de limpieza viaria y de zonas verdes, gestión del punto limpio municipal, conservación y mantenimiento de zonas verdes y atención a los huertos urbanos, mobiliario urbano, fuentes ornamentales y atención al jardín botánico entre el Ayuntamiento de xxxx1 y la empresa qqqqq, S.A., por la cantidad de 7.944.408,30 euros y 656.152,50 euros de IVA (8.600.561,00 euros en total).

El plazo de duración del contrato es por un período de 10 años cuyo comienzo tuvo lugar el 1 de febrero de 2010. No se prevén prórrogas.

**Cuarto.-** El 31 de agosto de 2011 la empresa qqqqq, S.A. solicita un incremento del canon anual al haberse producido una ampliación del servicio objeto del contrato, al haberse producido un aumento considerable de las zonas y de las labores que venían establecidas en el pliego de condiciones técnicas del contrato. Expone que en la cláusula séptima del pliego de cláusulas administrativas particulares, referente a la presentación de proposiciones y documentación administrativa, que contempla esta situación, obliga a los licitadores a incluir dentro de su oferta, en la propuesta económica, los "precios de los diversos trabajos definidos en los niveles de limpieza definidos en este pliego por m<sup>2</sup> de acera y calzada y de zona verde, para prever la posible ampliación o cambio de nivel de las vías públicas".

Señala que en la oferta presentada por qqqqq, S.A. ya se reflejan esos precios unitarios y adjunta una tabla con las zonas de ampliación.

**Quinto.-** El 7 de diciembre de 2011 el Jefe de Área de Urbanismo, Infraestructuras, Obras y Medio Ambiente emite informe sobre la ampliación del servicio en el que manifiesta su disconformidad con las superficies propuestas por la empresa contratista, ya que éstas no constituyen ampliaciones sino omisiones. Añade que, respecto del ámbito de actuación, el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas establece que "el ámbito de actuación viene definido para cada tipo de servicio en su apartado correspondiente.

»Esta información se facilita a título informativo, debiendo abarcar el servicio la totalidad de las calles, vías públicas, plazas, zonas verdes, fuentes ornamentales, contenedores y mobiliario urbano de titularidad municipal, definidas en los planos". Por considerar que "en el plano de niveles generales,



para la limpieza viaria está tramado todo el municipio urbanizado, y lo más importante, que esta información facilitada es a título informativo”.

En el informe mencionado se realiza un estudio de la oferta presentada por la empresa contratista en la que propone más superficie de la que figura en los planos que acompañaban a la licitación. Asimismo se analizan otros aspectos que ponen de manifiesto reiterados incumplimientos del contrato por parte del contratista, sobre todo en lo referente a la limpieza viaria, por lo que el citado informe concluye que “no podemos entrar a hablar de una posible ampliación, cuando no se cumple con el pliego de prescripciones técnicas, ni con el contrato; aunque existan zonas no contempladas en los planos como argumenta la empresa qqqqq”.

**Sexto.-** El 18 de enero de 2012 la empresa contratista presenta un escrito en el que señala que los trabajos que viene desarrollando en la actualidad exceden notablemente de lo establecido en el pliego de condiciones técnicas del contrato. Adjunta unas tablas en las que refleja la ampliación del ámbito de actuación y solicita la ampliación del canon en 236.379,32 euros anuales más el IVA correspondiente.

**Séptimo.-** El 23 de enero el Jefe de Área de Urbanismo, Infraestructuras, Obras y Medio Ambiente emite informe en relación con la ampliación del servicio alegada por la empresa contratista en el que indica:

“1º.- Cuando salió el pliego de esta concesión administrativa, hubo una serie de omisiones u olvidos de pequeñas zonas verdes y alguna vía que no se incluyeron en el catálogo/planos de zonas verdes y viales existentes. Es necesario compensar o aumentar la asignación económica a la adjudicataria e introducirlo entre sus obligaciones de mantenimiento y limpieza; aunque la pretensión inicial de la contrata era reclamar estas omisiones en el concepto de nuevas ampliaciones, finalmente la adjudicataria solicita que se actualizara el contrato, teniendo en cuenta el mismo precio medio resultante al contrato vigente.

»2º.- Además de las actualizaciones anteriormente referidas es necesario actualizar el contrato en base a que ha habido desde la adjudicación ampliaciones de zonas existentes que por diversas circunstancias interesa a este Ayuntamiento (...).



»3º.- También durante estos dos años se han ejecutado nuevas infraestructuras públicas que suponen más superficie a limpiar y mantener, que tienen la condición de zonas de ampliación, concepto previsto en la licitación y que tienen su reflejo en la documentación presentada por qqqqq en los precios unitarios de la ampliación. (...).

»7º.- Lo solicitado por la empresa qqqqq (...) se trata de una ampliación automática del pliego y de la documentación de la licitación, salvo lo referido a las actualizaciones del pliego, como describen en el escrito, que entiendo sería como una modificación del contrato inicial justificado por la realidad existente erróneamente cuantificada en la documentación del concurso.

»Por lo tanto, tras haber comprobado las superficies y los precios de aplicación, lo recogido en los pliegos y en base a los artículos 92 bis y 92 ter de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se informa favorablemente la ampliación del servicio solicitado por qqqqq (...).

El citado informe señala que la actualización y ampliación del contrato suponen un aumento del 23,67% respecto del importe de adjudicación.

**Octavo.-** El 31 de enero la Jefa del Área de la Administración General emite informe favorable sobre la ampliación del canon anual solicitado por la empresa contratista por importe de 236.379,32 euros anuales más el IVA correspondiente, al haberse ampliado las zonas objeto del servicio.

**Noveno.-** El 2 de marzo la Secretaría del Ayuntamiento emite informe sobre la modificación del contrato en el que "aconseja admitir la modificación propuesta, en cuanto a las zonas olvidadas y sacar a nueva contratación las ampliaciones, o bien aplicar también a las zonas de ampliación los precios de las primeras.

»Se manifiesta (...) por qqqqq, que en la actualidad está desarrollando trabajos que exceden notablemente de los recogidos en el contrato; cosa que nunca debió hacer sin previa formalización de la modificación de éstos, no siendo justificable imprevisión al respecto, en principio, salvo compensación con otros extremos en la ejecución del contrato, que si se



han producido, deberían cuantificarse para calibrar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato; mantenimiento que en todo caso debe asegurarse”.

De este informe se da traslado a la empresa contratista para que formule alegaciones, la cual el 28 de marzo presenta en el registro del Ayuntamiento un escrito en el que solicita del Ayuntamiento que acuerde la ampliación del contrato con base en los precios indicados por qqqqq el 18 de enero de 2012.

**Décimo.-** El 11 de abril la Secretaría del Ayuntamiento emite informe en el que contesta a las alegaciones efectuadas por la empresa contratista. En dicho informe señala que, a diferencia de lo alegado por la empresa concesionaria, el precio para las zonas ampliables no puede ser distinto que el que se estipulaba para las zonas iniciales contempladas en el contrato, puesto que en la cláusula primera del pliego de prescripciones técnicas se dispone que “el adjudicatario se obliga a admitir para la prestación del servicio las zonas de nueva creación, (...), en las mismas condiciones que el resto de la adjudicación”, y lógicamente entre dichas condiciones esenciales está el precio.

**Decimoprimer.-** El 10 de mayo la Intervención emite informe respecto a la ampliación del canon solicitado por la empresa contratista, en el que señala que “(...) únicamente existiría consignación presupuestaria a nivel de vinculación para la facturación por la empresa qqqqq, S.A., a partir del 17 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre siempre que se aplicaran los precios actuales.

»Una vez analizado el expediente, la conclusión es que, en caso de aplicarse a la ampliación del contrato los mismos precios que se están aplicando en la actualidad, el importe total anual, a mayores del contrato vigente, incluyendo el IVA será de 184.516,67 euros, en tanto que si se aplican los precios que ofertó qqqqq (...), el incremento del importe total anual será, IVA incluido , de 274.688,25 euros lo que supone un coste a mayores para el Ayuntamiento de 90.171,68 euros por la realización de idéntico trabajo en zonas distintas”.

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.-** En los supuestos de modificación del contrato el Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en virtud de lo dispuesto en los artículos 4.1.h).3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, así como en el artículo 195.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). El dictamen resulta preceptivo, vista la cuantía anual de la ampliación del servicio, que tiene una duración de diez años, de los que resta por cumplir nueve.

Corresponde a la Sección Primera emitir el dictamen, según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

La disposición transitoria primera, párrafo 2º, de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece para los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor -que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011- que se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Dicha normativa la constituye la citada LCSP, por cuanto en atención a su fecha de adjudicación y tal como se recoge en la cláusula vigésimo quinta del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, el régimen jurídico que le es aplicable está constituido fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la mencionada LCSP y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Por lo que se refiere a la LCSP, la regulación que ha de aplicarse es la vigente al tiempo de la adjudicación, que tuvo lugar el 15 de enero de 2010, y no la modificación posterior llevada a cabo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible en materia de modificación de contratos.

El artículo 195.3 de la LCSP dispone así que "Será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de (...) b) Modificaciones del contrato,



cuando su cuantía aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 euros”.

A la luz de lo expuesto se desprende claramente que el legislador ha optado en estos casos por exigir la concurrencia de dos requisitos para que sea preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo:

- Que la modificación aislada o conjuntamente sea superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato.
- Que el precio primitivo del contrato sea igual o superior a 6.000.000 euros.

En el presente caso concurren los dos requisitos mencionados, por cuanto el precio del presente contrato, IVA excluido, es de 8.600.561,00 euros y las alteraciones de la ampliación, tal como resulta del expediente, superan el 10 % del precio primitivo del contrato, puesto que ascienden a un 23,67%. A este respecto conviene matizar que, tal y como señala el informe de fiscalización, el porcentaje de incremento no debe calcularse en atención a los precios ofertados por la empresa concesionaria, sino en atención a los precios que se están aplicando en la actualidad.

La competencia para acordar la modificación del contrato corresponde al órgano de contratación, en el presente caso al Pleno del Ayuntamiento, de acuerdo con el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la LCSP, sin perjuicio de las delegaciones de competencia que puedan existir en otros órganos. En el presente caso ha existido una delegación de competencias en la Junta de Gobierno Local acordada por el Pleno en sesión de 11 de julio de 2003.

**2ª.-** El *ius variandi*, en cuanto prerrogativa o potestad de la Administración, emana directamente del ordenamiento jurídico, con carácter general del artículo 202 y en particular, para el contrato de gestión de servicio público, del artículo 258, ambos de la LCSP; 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 202 (en la redacción vigente aplicable al presente caso):





“1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

»No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b).

»2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.

»3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140. (...)”.

El artículo 140 dispone en su apartado 1 que “Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación (...)” y en su apartado 5 que: “No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en los artículos 97 de esta Ley” (que se refiere a los supuestos de tramitación de emergencia).

El Consejo de Estado, en el Dictamen 1.531/2003, de 24 de julio, señala: “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)».

**3ª.-** En el presente caso es la empresa contratista la que solicita la ampliación del canon anual con base en que se han ampliado nuevas zonas



objeto del contrato de servicios referente al mantenimiento de contenedores soterrados, gestión del servicio de limpieza viaria y de zonas verdes, gestión del punto limpio municipal, conservación y mantenimiento de zonas verdes y atención a los huertos urbanos, mobiliario urbano, fuentes ornamentales y atención al jardín botánico de xxxx1.

Ante la citada petición, la Administración es la debe determinar si se dan las circunstancias para la modificación del contrato, que será el requisito previo para decidir si debe producirse el incremento en el canon anual solicitado por la empresa contratista en atención al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, tal y como dispone la cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Como ya se ha expuesto, de acuerdo con el artículo 202 de la LCSP, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el contrato (una vez perfeccionado éste) por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente; estas modificaciones no pueden afectar a las condiciones esenciales del contrato.

No se consideran modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b).

Por su parte, el artículo 258 de la LCSP, en relación con la modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, dispone:

“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.

»4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

»a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.

»b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

»c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.

»5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”.

A la vista de la documentación obrante en el expediente se distinguen dos supuestos: omisiones -que se refieren a zonas que no se incluyeron en el proyecto por olvido u error en las mediciones- y zonas ampliables, que ya se prevén cuando el pliego se refiere al ámbito de actuación del contrato.

En relación con la modificación de los contratos prevista en el pliego, la cláusula vigésimo segunda señala que “La Administración podrá modificar el



contrato por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Las modificaciones no afectarán a las condiciones esenciales del contrato”.

De los documentos incorporados al expediente no han resultado, sin embargo, patentes ni indubitadas las razones de interés público que motiven la posible modificación del contrato objeto del presente dictamen.

Las modificaciones contractuales por razón de interés público requieren que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, exigencia que comprende tanto a las necesidades sobrevenidas como a 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 aquél -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. La modificación contractual es una potestad reglada, que sólo puede ejercerse si concurren los requisitos establecidos por la ley 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, la cláusula tercera del pliego de prescripciones técnicas dispone que “El Ayuntamiento tendrá absoluta libertad para realizar tanto obras nuevas como mejoras en los espacios verdes entregados a conservación, no habiendo incremento de canon alguno por las mismas siempre que éstas no supongan una variación.



»La ejecución de nuevas zonas verdes y plantaciones podrá efectuarse:

»a) Por cesión al Ayuntamiento de zonas verdes ejecutadas por promotores particulares.

»b) Por ejecución del Ayuntamiento, bien por sus propios medios o mediante contratación con un tercero.

»c) Por el adjudicatario del presente contrato, si así lo decide el Ayuntamiento.

»El adjudicatario tendrá la obligación de efectuar todos aquellos trabajos, labores y arreglos de obra civil o jardinería en zonas consolidadas o nuevas, en función de la peticiones del Ayuntamiento.

Más adelante, en el penúltimo párrafo de esta misma cláusula, se señala que "podrán (...) sustituir el tipo de contenedores, crearse nuevos macizos de plantas de flor, nuevos céspedes, plantar árboles, transplantarlos y cuantas actuaciones se juzguen oportunas sin que haya lugar a un incremento alguno del canon".

Por otra parte, la cláusula primera, párrafo segundo, del pliego de prescripciones técnicas dispone: "El adjudicatario se obliga a admitir para la prestación del servicio las zonas de nueva creación, como las ya existentes que, con motivo de obra nueva, ampliación, reformas, recepciones de urbanizaciones, adquisiciones de todo tipo o cualquier otro que incrementen la superficie de actuación municipal, dentro de cada zona o como aquellas que la Corporación Municipal, a propuesta de los servicios técnicos municipales, aconseje que su conservación se realice con medios ajenos al Ayuntamiento, en las mismas condiciones que el resto de la adjudicación. El procedimiento para ello será a través de una ampliación de contrato, previa audiencia del adjudicatario detallando las zonas nuevas a ampliar, su descripción o inventario inicial y la valoración de la misma. La valoración se realizará atendiendo los preciso unitarios indicados en las ofertas".

Por lo tanto, la ampliación del canon anual propuesta por el contratista en relación con la ampliación del servicio no puede considerarse como una



modificación del contrato, más aún cuando la empresa afirma que estaba llevando a cabo trabajos que exceden del objeto del contrato sin que se hubiera formalizado una ampliación de éste, ni conste una propuesta de resolución del Ayuntamiento de modificación del contrato. Del mismo modo, si se acepta la propuesta del contratista, no se estaría ante una modificación del contrato, ya que se altera uno de sus elementos sustanciales como es el precio. En el informe de la Intervención se pone de manifiesto que no hay consignación presupuestaria adecuada y suficiente en el caso de aplicar los precios señalados por la empresa concesionaria.

Por otra parte hay que señalar que, de aplicar dichos precios, se conculcan los principios de igualdad, publicidad y concurrencia que rigen en la contratación pública, por lo que puede concluirse que no cabe la modificación.

En relación con las omisiones, si se aplican los precios propuestos por la empresa contratista, ello supondría una alteración de la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación, con lo que se perjudica al resto de licitadores, por lo cual tampoco cabe aquí la modificación, puesto que se alteran las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación.

La modificación del contrato deberá limitarse por ello a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

El informe del Jefe de Área de Urbanismo, Infraestructuras, Obras y Medio Ambiente de 7 de diciembre de 2011 indica que no está de acuerdo con las superficies propuestas por la empresa contratista, que suponen más superficie de la que figura en los planos que acompañaban a la licitación; también señala, entre otros aspectos, que ponen de manifiesto reiterados incumplimientos del contrato por parte de la empresa, sobre todo en lo referente a la limpieza viaria, por lo que el citado informe concluye que “no podemos entrar a hablar de una posible ampliación, cuando no se cumple con el Pliego de prescripciones Técnicas, ni con el contrato; aunque existan zonas no contempladas en los planos como argumenta la empresa qqqqq”.

Al respecto cabe citar el Dictamen 626/2003, de 4 de diciembre de 2003, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana que mantiene lo siguiente:





“Sin embargo, en el supuesto que se examina no se ha puesto de manifiesto por la Administración municipal cuáles puedan ser las necesidades nuevas o las causas imprevistas que, por razones de interés público, podrían justificar la modificación de dicho contrato de gestión de servicio público perfeccionado y formalizado.

»Además, en el presente caso, los propios órganos municipales preinformantes -la Intervención municipal y el Director de los Servicios Económicos del Ajuntament de Dénia-, han puesto de manifiesto las dificultades de toda índole que entrañan la modificación y la prórroga que se proponen, relativas a la trascendencia de la modificación contractual, a la falta de consignación presupuestaria, a la ausencia de repercusión tarifaria, y al inadecuado plazo de amortización de las inversiones proyectadas. Además, la Dirección de los Servicios Económicos municipales, en su informe de 23 de julio de 2003, ya expresó que se considera más conveniente para los intereses municipales la terminación del contrato en la fecha prevista y promover entonces nuevo procedimiento de concurrencia pública para la nueva selección de contratista.

»Es más, la misma unión temporal de empresas contratista de la Administración municipal reconoce, en los escritos que presentó en el Ajuntament de Dénia, los días 11 de agosto y 25 de septiembre de 2003, que en el anexo de la "Memoria" consta la "modernización y renovación de los equipos de residuos sólidos urbanos y (la) ampliación de diversos servicios y mejoras" previstos, constando en aquel documento once nuevas actuaciones de mejora del contrato de gestión del servicio público inicialmente suscrito y modificado dos veces por el Ajuntament de Dénia "para la prestación del servicio público de recogida de residuos sólidos, limpieza urbana, limpieza de la red de saneamiento y desratización de este municipio", y ello sin tener en cuenta los epígrafes relativos a la modernización y a la renovación de los equipos y del material que se propone y que también consta en dicho documento, todo lo cual pone de manifiesto que no nos hallamos ante necesidades nuevas o causas imprevistas, sino ante una variación del contenido del contrato y medios para prestar el servicio que no reúnen tales exigencias.

»Por tanto, la modificación y la prórroga del referido contrato de gestión de servicios públicos que se pretende alteran profunda y sustancialmente el referido contrato, excediendo de los límites previstos en los artículos



101 y 163 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado se ha manifestado en este sentido y en términos similares. Así, en su Informe 59/00, de 5 de marzo de 2001, relativo a un expediente en el que se planteaba la prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos y posibles modificaciones de éste, realiza las siguientes reflexiones: “(...) lo cierto es que, como ya declaró esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 (expedientes 48/95 y 47/98) 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 concedores de la modificación que posteriormente se produce.

»No obstante estas consideraciones, es evidente que determinadas modificaciones de las que se producen con cierta frecuencia, como las discrepancias de criterio entre quienes diseñaron un proyecto y quienes se encargan de su ejecución, o la conveniencia de introducir determinadas mejoras que, una vez iniciada la ejecución, se consideran más oportunas, entre otras, no encajan exactamente en los presupuestos marcados en el artículo 202 LCSP.

»Otro aspecto que suele promover determinadas modificaciones suele ampararse en la necesidad del empresario en recuperar el equilibrio financiero de la prestación, como parece ser el caso.

»Supuestos de estas características, deberían llevarnos a la imposibilidad de proceder a la modificación ya que exceden de los límites habilitantes para el ejercicio de la prerrogativa. No obstante, en muchas ocasiones, una buena fundamentación técnica puede justificar la modificación y subsumirla en los supuestos legales previstos, recordando a este respecto que de los ejemplos indicados, no todos deben tener el mismo tratamiento, ya que



no es lo mismo la modificación instada con el único objetivo de favorecer la posición del contratista, por lo que supone de fraude respecto al resto de los licitadores, y por primar el interés particular sobre el general; que aquellos en los que el motivo se basa en mejoras técnicas que no sean estrictamente necesarias, ya que en estos casos sí podemos identificar, cuanto menos, razones de interés general.

»En definitiva, se considera que, como ocurre en cualquier supuesto de ejercicio de potestades exorbitantes, la Administración debe utilizarlas de forma coherente, asumiendo las pautas y límites legales y valorando las circunstancias del caso concreto. Parece evidente que razones de interés público puedan llegar a aconsejar el trazado de una carretera por un sitio totalmente distinto o un cambio radical en la concepción de la construcción de un edificio que se separe totalmente de las previsiones iniciales. En estos supuestos, para conjugar todos los intereses en juego y procurar el cumplimiento de los principios esenciales de la contratación administrativa de libre concurrencia, lo procedente, antes que utilizar la figura de la modificación que quedaría desvirtuada en los fines perseguidos, sería que la Administración utilizara otros cauces igualmente legales como la resolución unilateral con la consiguiente indemnización al contratista, y promover un nuevo expediente de contratación que recoja el nuevo proyecto, si bien es cierto que la nueva regulación de esta materia en la Ley de Contratos del Sector Público, nos va a llevar en supuestos como los descritos, a una casi obligada nueva licitación”.

Como conclusión hay que reseñar que a lo largo del expediente no se deriva claramente que se trate de un supuesto de modificación de contrato ya que, si lo pretendido por la empresa es una ampliación de las condiciones en los términos establecidos por el propio pliego, el dictamen de este Consejo Consultivo no es preceptivo.

Sin embargo, si lo que se pretende mediante el recurso a la ampliación es una modificación del contrato, este Consejo Consultivo considera que no procede la ampliación del canon anual solicitado por la empresa concesionaria con la consiguiente modificación del contrato, puesto que no existen razones de interés público que así lo justifiquen, sino que se están introduciendo variaciones sustanciales en la ejecución del contrato -en el precio-, por lo que sería preciso tramitar un nuevo procedimiento de contratación y, en el caso de aceptar la ampliación propuesta por la concesionaria, se conculcarían los



principios de libre concurrencia e igualdad en la contratación pública en perjuicio del resto de los licitadores.

### **III CONCLUSIONES**

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

De conformidad con lo expuesto en el cuerpo del presente dictamen, no procede modificar el contrato de servicio del mantenimiento de contenedores soterrados, gestión del servicio de limpieza viaria y de zonas verdes, gestión del punto limpio municipal, conservación y mantenimiento de zonas verdes y atención a los huertos urbanos, mobiliario urbano, fuentes ornamentales y atención al jardín botánico suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 (xxxx2) y qqqq, S.A.

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