



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero y  
Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Segovia el día 27 de noviembre de 2008, ha examinado el *expediente de modificación del contrato suscrito el 13 de noviembre de 2006 entre la Consejería de Medio Ambiente y la eeeee*, 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 25 de noviembre de 2008, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de modificación del contrato relativo a la ejecución de las obras de construcción de una planta de compostaje en xxxxx (xxxxx y una línea de suministro eléctrico, suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León y la U.T.E. eeeee*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 25 de noviembre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.033/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

**Primero.-** El expediente versa sobre la modificación del contrato administrativo de obras de construcción de una planta de compostaje en xxxxx



(xxxxx y una línea de suministro eléctrico, suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León y la "U.T.E." ("eeeee").

El objeto de la modificación es sustituir la línea de tratamiento "todo uno" por otra de "todo uno y envases", incorporando "un balístico y dos separadores ópticos". La modificación se realiza a solicitud del director de obra, durante la ejecución de la misma, para satisfacer una necesidad pública sobrevenida e imprevista.

**Segundo.-** Con fecha 27 de octubre de 2006, la Consejería de Medio Ambiente adjudicó el concurso de "Construcción de una planta de compostaje en xxxxx y línea de suministro eléctrico (xxxxx" a la "U.T.E. eeeee", Unión Temporal de Empresas formada por "eeeee" por un importe de adjudicación de 10.921.006,62 euros.

El 13 de noviembre de 2006 se firma el correspondiente contrato y el 28 de noviembre de 2006 se extiende el acta de comprobación de replanteo, teniendo el contrato un plazo de ejecución de 30 meses, desglosado en 18 meses de construcción y 12 meses para la puesta en marcha y explotación. No obstante, consta en el expediente la existencia de varias prórrogas, fijándose la fecha de terminación de las obras el 31 de diciembre de 2008.

**Tercero.-** Durante el transcurso de las obras, se ve la necesidad de modificar el proyecto de acuerdo con la solicitud efectuada por el director facultativo de la obra el 25 de octubre de 2007.

La Dirección General de Infraestructuras Ambientales, con fecha 30 de octubre de 2007, autoriza al director de las obras a redactar el "Proyecto Modificado número 1" de la citada obra. Realizado el replanteo previo, es supervisado por el Servicio de Supervisión de Proyectos el 4 de septiembre de 2008, siendo aprobado definitivamente por el Director General de Infraestructuras Ambientales en la misma fecha.

Estas modificaciones consisten en la sustitución de una línea de tratamiento "todo uno por otra conjunta de todo uno y envases", incorporación de un "balístico y dos separadores ópticos".



La dirección facultativa de las obras justifica las nuevas necesidades, en informe de 25 de octubre de 2007, en lo siguiente:

“El proyecto original de la Planta de Compostaje de xxxxx, recogía el tratamiento y valorización del contenedor verde (bolsa gris) o residuo ‘todo uno’. A partir de la implantación de la recogida selectiva de la fracción de envases en la provincia de xxxxx, gestionada por el Consorcio Provincial de Tratamiento de Residuos de la Provincia de xxxxx, surge la necesidad del tratamiento de esta fracción de residuos en una planta adecuada para tal fin.

»El Ayuntamiento de xxxxx es propietario de una planta de tratamiento en Cortes, única de la provincia que cuenta con una línea de clasificación de envases, planta que el Consorcio no gestiona. Como se ha comentado en epígrafes anteriores la previsión aprobada de acuerdo al ‘Estudio de Alternativas del Sistema de Gestión Integral de Residuos Urbanos de la Provincia de xxxxx’, era el tratamiento de la fracción de envases provincial en la planta de Cortes. Dadas las infructuosas negociaciones entre el propio Consorcio y el Ayuntamiento para la utilización de Cortes, el Consorcio se plantea la necesidad de contar con su propia instalación y por tanto la necesidad de emplear el Centro de Tratamiento proyectado en xxxxx para el tratamiento de la fracción de envases provincial, salvo la correspondiente a la capital provincial.

»Esta nueva necesidad surgida supone la utilización de la tecnología que en la actualidad hay en el mercado, para transformar una línea de contenedor verde a una línea dual, que permita la valorización tanto del contenedor verde como del contenedor amarillo (envases), en la Planta de Compostaje de xxxxx. Además esto permitirá la reducción de los costos de explotación de dos plantas, frente a una sola que utiliza la sinergia que se producen al compartir instalaciones, maquinaria y personal. Las modificaciones necesarias afectarían únicamente al la parte de equipamiento de clasificación y reciclaje, siendo únicamente necesarias pequeñas adaptaciones de la obra civil.

»En este sentido describimos las modificaciones necesarias en el proceso que se verá afectado, manteniendo las instalaciones y capacidades que no lo son (compostaje, maduración, afino e instalaciones auxiliares).



»Para el tratamiento del residuo se deberá por tanto disponer una línea de tratamiento con una doble funcionalidad, ya sea alimentada con RU (capacidad nominal de tratamiento de 25 t/h o con envases (4 t/h). La operación con RU y envases se realizaría en horarios diferenciados, funcionando 6,4 horas con RSU 'todo uno' y 1,6 horas con envases (...)"

Por su parte el Servicio de Infraestructuras para el Tratamiento de Residuos, de la Dirección General de Infraestructuras Ambientales de la Consejería de Medio Ambiente, en informe fechado el 30 de octubre de 2007, justifica la modificación en las siguientes "razones objetivas":

"1- De ejecutarse este Proyecto Modificado, con un presupuesto adicional de 3.274.117,79 €, se producirá un ahorro económico a la Junta de Castilla y León de 1.700.000 € ya que no será necesario la realización de una nueva planta de envases para la provincia de xxxxx, cuyo presupuesto se puede estimar en 4.975.000 €.

»2- De ejecutarse este proyecto modificado, se realizará una explotación conjunta de los dos residuos ("todo uno" y envases) en una sola instalación lo que supone una sinergia favorable de medios humanos y materiales en la explotación del centro, que estimamos supondrá un ahorro de más de 120.000 euros anuales.

»3- Se produce una gran simplificación en la tramitación necesaria para finalizar las infraestructuras del Sistema de Gestión Provincial, ya que no sería necesario todo el procedimiento administrativo que llevaría implícito una planta nueva para el tratamiento de envases (buscar ubicación, licencia ambiental, proyecto, concurso obra, etc.)."

**Cuarto.-** El 27 de Agosto de 2008 la "U.T.E. eeeee", presta su consentimiento a la modificación contractual en los términos propuestos.

**Quinto.-** El 5 de septiembre de 2008 la Dirección General de Infraestructuras Ambientales de la Consejería de Medio Ambiente realiza la propuesta de modificado, señalando nuevas condiciones y estableciendo un aumento del precio sobre el contratado de 3.274.117,79 euros; determina también el crédito y anualidades previstas, así como su aplicación presupuestaria. El porcentaje de incremento sobre el presupuesto inicial es del 29'98%.



**Sexto.-** Por Orden de la Consejería de Medio Ambiente de 10 de septiembre de 2008, se inicia el expediente de modificación.

**Séptimo.-** El 17 de septiembre de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Medio Ambiente informa favorablemente la modificación contractual planteada.

**Octavo.-** El 24 de septiembre de 2008, el Director General de Presupuestos y Fondos Comunitarios, de la Consejería de Hacienda, informa:

“Las retenciones de crédito realizadas en los ejercicios 2009 y 2010 por importes de 3.013.104,89 € y 261.012,90 €, respectivamente, unidas a los compromisos acumulados a nivel de vinculante hasta la fecha, no superan los límites establecidos en el artículo 111 de la Ley 2/2006, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León, puesto que los porcentajes de los totales acumulados en cada uno de estos ejercicios sobre el importe inicial del vinculante se sitúan en el 26,21 % (2009) y 0,55 % (2010)”.

Constan en el expediente los documentos correspondientes a las nuevas retenciones de crédito.

**Noveno.-** Remitido el expediente administrativo a este Consejo Consultivo el 3 de octubre de 2008, es devuelto por error el 17 de octubre.

**Décimo.-** Por Acuerdo de la Junta de Castilla y León de 6 de noviembre de 2008, se autoriza a la Consejería de Medio Ambiente la celebración del contrato modificado de la obra “02.1R-47/2004/M1. Construcción de planta de compostaje en xxxxx y línea de suministro eléctrico. Modificado Núm.1.”, con un presupuesto de ejecución de 3.274.117,79 euros.

**Decimoprimer.-** El Jefe de Servicio de Intervención y Fiscalización, en informe fechado el 19 de noviembre de 2008, advierte la falta de informe preceptivo del Consejo Consultivo de Castilla y León, solicitando su incorporación.

En tal estado de tramitación, el 21 de noviembre de 2008, se dispuso la nueva 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 virtud de lo dispuesto en los artículos 4.1.h), 3º y 19.2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, así como en los artículos 59.3.a) y 96.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio. El dictamen resulta preceptivo, vistas las cuantías de las modificaciones propuestas.

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 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece "2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior". Dicha normativa la constituye la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

El artículo 59.3 de la LCAP dispone 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 la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 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 20 por 100 del precio primitivo del contrato.
- Que el precio primitivo del contrato sea igual o superior a 6.010.121,04 euros.



Con ello quiere decirse que las modificaciones deben calcularse, no sobre el precio que sirvió de base a la licitación, sino sobre el precio de adjudicación, ya que éste es el verdadero precio del contrato, es decir, aquel sobre el que se produce el concurso de voluntades de las partes, perteneciendo el precio inicial de licitación a la fase preparatoria del contrato.

Por otro lado, el artículo 149 de la LCAP señala entre las causas de resolución del contrato de obras, las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que representen una alteración sustancial del proyecto inicial. El artículo 150.1 considera alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato.

En el presente supuesto la modificación cumple con los requisitos establecidos en la legislación de contratos. Según el informe, fechado el 5 de septiembre de 2008, de la Dirección General de Infraestructuras Ambientales de la Consejería de Medio Ambiente, la modificación representa un aumento de precio de 3.274.117,79 euros, sobre el contratado -10.921.006,62 euros-, siendo el porcentaje de incremento sobre el presupuesto inicial del 29'98%.

**2ª.-** En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del expediente, dado que se han cumplido los trámites previstos por la LCAP, se estima correcto.

La competencia corresponde, de conformidad con el artículo 59 de la LCAP, al órgano de contratación; en este caso, la Consejera de Medio Ambiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

**3ª.-** El fondo de la cuestión planteada responde a la modificación contractual, en virtud del ejercicio por la Administración del *ius variandi*, de las obras de construcción de una planta de compostaje en xxxxx (xxxxx y una línea de suministro eléctrico, suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León y la U.T.E. eeeee (eeeeee).

Conviene comenzar señalando que la contratación administrativa se rige por una serie de principios, entre ellos el de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes –principio *ne varietur*– recogido fundamentalmente en el



artículo 4 de la LCAP y reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que “existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva” (Sentencia de 3 de mayo de 2001).

Entre dichas excepciones se encuentra la prerrogativa de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos, también denominada *ius variandi*, reconocida en el artículo 59.1 de la LCAP.

Prerrogativa, reconocida por el ordenamiento jurídico, especialmente privilegiada de la Administración que necesariamente ha de tener un carácter excepcional como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 3371/1996, de 28 de noviembre:

“(…) la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores del sistema de contratación pública”.

El *ius variandi*, en cuanto prerrogativa o potestad, emana directamente del ordenamiento jurídico; con carácter general del artículo 101 y en particular, para el contrato de obras, del artículo 163, ambos de la LCAP, debiendo sujetarse en su ejercicio a los requisitos, límites y con el alcance que aquél establece.

Así, el ejercicio del *ius variandi* ha de ajustarse a unos requisitos de carácter formal, debiendo seguirse el procedimiento legalmente establecido, al que ya nos hemos referido, y a unos requisitos materiales, al disponer el artículo 101.1:

“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

Por todo ello 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, hay que señalar que la modificación del contrato debe consistir precisamente en eso, en una modificación, de manera que aquél mantenga su identidad, quedando vedado, vía *ius variandi*, realizar 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 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 en Sentencias como la de 1 de febrero de 2000, que recogen la línea jurisprudencial más generosa con la extensión del *ius variandi* considerando 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»”, precisan 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, manifiesta:

“(…) 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 conocedores 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.-** Una vez vistos los motivos invocados por la Administración, corresponde analizar si en ellos se contienen 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 a las necesidades sobrevenidas, como a todas las causas imprevistas, ya fueran previsibles o imprevistas 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 al mismo -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 está ampliamente motivada en el expediente administrativo. Razones como el ahorro económico que producirá al dejar de ser necesaria la realización de una nueva planta de envases para la provincia de xxxxx, la sinergia favorable de medios humanos y materiales que se produce al unificar la explotación, una simplificación en la tramitación necesaria para finalizar las infraestructuras del "Sistema de Gestión Provincial" de residuos, y fundamentalmente la necesidad de tratar una fracción de residuos, no prevista inicialmente, en una planta adecuada para tal fin.



De este modo, apreciándose realmente una necesidad nueva, no suponiendo la ampliación propuesta una alteración sustancial del contrato vigente, y existiendo razones de interés público que justifican la realización de la obra por un solo contratista, procede la modificación del contrato de referencia.

No obstante se advierte que debe incorporarse al expediente administrativo el documento que contiene el trámite de audiencia de la parte contratista.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede modificar el contrato relativo a la ejecución de las obras de construcción de una planta de compostaje en xxxxx (xxxxx y una línea de suministro eléctrico, suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León y la U.T.E. eeeee (eeee)).

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