



Sr. Velasco Rodríguez, Presidente en funciones

Sr. Rey Martínez, 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 4 de octubre de 2012, ha examinado el *procedimiento de modificación del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqq2, 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 17 de agosto de 2012, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de modificación del contrato de gestión del servicio de limpieza en edificios municipales y demás centros dependientes del Ayuntamiento de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de agosto de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 531/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación del mismo, tal como dispone el artículo 55 del Decreto 17/2012, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqq1, S.A., formalizaron el 6 de noviembre de 2006 un contrato para la constitución de una empresa mixta para la gestión del servicio de limpieza en edificios municipales y demás centros dependientes del Ayuntamiento de xxxxx.



En cumplimiento de la cláusula decimoctava del pliego de prescripciones técnicas del contrato, la empresa mixta debe facturar mensualmente al Ayuntamiento de xxxxx el importe de los servicios de limpieza de edificios que se hayan prestado en el período. La facturación debe efectuarse con los precios y condiciones económicas aprobadas por el Ayuntamiento de xxxxx, sobre la base de los que el adjudicatario presentó en la memoria de su oferta y con los criterios establecidos en los pliegos.

En escritura pública otorgada el 3 de enero de 2007 se constituyó la sociedad qqqq2, cuyo objeto es gestionar el servicio de limpieza en edificios municipales y centros dependientes del Ayuntamiento de xxxxx.

Segundo.- El 30 de marzo de 2012 el Ayuntamiento de xxxxx aprobó el "Plan de Ajuste del Ayuntamiento de xxxxx 2012-2022", en cumplimiento de lo establecido en el Real Decreto- ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, y de acuerdo con el modelo establecido en la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste.

La medida 7.2 de este Plan prevé expresamente la disolución de la empresa qqqq2.

Tercero.- El Consejo de Administración de qqqq2 en reunión celebrada el 11 de julio acuerda:

"Aceptar la propuesta de modificar el contrato suscrito el día 6 de noviembre de 2006 entre el Ayuntamiento de xxxxx y la mercantil qqqq1, S.A., para la creación de la sociedad de economía mixta qqqq2 para la prestación del "servicio de limpieza de edificios municipales y demás centros dependientes del Ayuntamiento de xxxxx", en los términos siguientes:

»1º.- El nuevo precio del contrato para el ejercicio 2012 será de 4.338.601,34 €, en lugar de los 7.208.718,641. Esta reducción de 2.870.117,301 se aplicará proporcionalmente al ejercicio 2012 en función de la fecha de formalización de la modificación del contrato (...).



Cuarto.- El 12 de julio la Concejal de Régimen Interior del Ayuntamiento y Presidenta del consejo de administración de qqqq2 propone al Ayuntamiento aprobar la modificación contractual planteada por dicha sociedad en sus mismos términos.

Quinto.- En esa misma fecha, tanto el Oficial Mayor como el Interventor General del Ayuntamiento informan favorablemente la modificación del contrato.

Sexto.- El 20 de julio de 2012 la Junta de Gobierno Local, a propuesta de la Concejal de Régimen Interior del Ayuntamiento y Presidenta del consejo de administración de qqqq2, aprueba la modificación contractual planteada.

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 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 apartado tercero, 1.d) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

Según el principio jurídico *tempus regit actum*, los contratos administrativos deben regirse por la legislación vigente en el momento de su adjudicación. Así lo contempla el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuya disposición transitoria primera establece que "los contratos 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". Idéntica solución contempla la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que 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 en el presente caso, la citada 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% del precio primitivo del contrato.
- Que el precio del contrato sea igual o superior a 6.010.121,04 euros.

Por su parte el artículo 101.1 de la LCAP dispone que "Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente".

En el presente caso la modificación consiste en reducir el precio del contrato, que en lugar de fijarse en los actuales 7.208.718,64 euros pasaría a prestarse por 4.338.601,34 euros.

2ª.- La necesidad de adoptar disposiciones de control del déficit público ha provocado que hayan adquirido actualidad medidas que no eran habituales en la práctica de la gestión de la ejecución de los contratos públicos. La



utilización del *ius variandi* para reducir el precio de un contrato no ha sido usual en nuestro ordenamiento. No obstante, las recientes medidas de control sobre el gasto público requieren la adopción de decisiones de este tipo.

El Consejo de Ministros aprobó el 27 de abril de 2012 la remisión a la Comisión Europea del Programa Nacional de Reformas de España 2012 y de la actualización del Programa de Estabilidad de España 2012-2015. Entre las medidas de ajuste del gasto se encuentra expresamente recogida la relativa a la renegociación de los contratos de suministros y servicios.

En el ámbito local, el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, no se recoge directamente los contratos públicos. No obstante, en el modelo de planes de ajuste establecido en el Anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste previstos en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, se prevén actuaciones directas sobre contratos administrativos vigentes, tales como la supresión de "contratos externalizados que considerando su objeto pueden ser prestados por el personal municipal actual" (medida 7), la "no ejecución de inversión prevista inicialmente" (medida 11) o la "reducción en la prestación de servicios de tipo no obligatorio" (medida 15).

Ante la actual coyuntura económica y las nuevas previsiones normativas, podría dudarse, a la vista de los artículos 59.3 y 101 LCAP, si la intervención de los órganos consultivos es también preceptiva en los supuestos de modificaciones a la baja del importe de un contrato público.

Este Consejo Consultivo considera que, a tenor del artículo 59.3 de la LCAP, sí es preceptiva su intervención ya que se refiere a "modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100", sin precisar si es al alza o a la baja.

Así lo ha entendido el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que en su Dictamen 6/2010, de 20 de enero, afirma que "Si bien podría dudarse sobre el carácter del dictamen del Consejo en el supuesto infrecuente de que la modificación del precio del contrato suponga una reducción del mismo, una



lectura literal de ambos preceptos no permite excluir de la preceptividad del pronunciamiento del órgano consultivo tanto al supuesto en el que la cuantía de la modificación incremente en más de dicho porcentaje el precio original del contrato, como al que conlleve una disminución del mismo”.

3ª.- En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la modificación, dado que se han cumplido los trámites previstos por la LCAP, se considera que ha sido debidamente observado.

La competencia correspondería, de acuerdo con el artículo 59 de la LCAP, al órgano de contratación, en este caso al Pleno del Ayuntamiento. No obstante, la competencia para contratar del Pleno Municipal fue delegada en la Junta de Gobierno Local, por Acuerdo Plenario de 28 de junio de 2011.

4ª.- El fondo de la cuestión planteada responde a la modificación contractual, en virtud del ejercicio por la Administración del *ius variandi*, del contrato relativo de gestión del servicio de limpieza en edificios municipales y demás centros dependientes del Ayuntamiento de xxxxx.

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 3.371/1996, 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 146, 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 (debe seguirse el procedimiento legalmente establecido, al que ya se ha hecho referencia) y a unos requisitos materiales, al disponer el artículo 101.1 de la LCAP: “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 su 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, expone: "(...) 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)".

5ª.- Corresponde ahora analizar si en los motivos invocados por la Administración 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. Estas circunstancias deberán apreciarse en sentido estricto como determinantes de un privilegio reconocido a la Administración y operan igualmente como presupuesto de hecho que procede apreciar a la vista de las notas características propias y específicas de cada supuesto en particular.

La necesidad de la modificación contractual debe estar ampliamente motivada en el expediente, pues así lo dispone expresamente el artículo 101 de la LCAP. 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, por causa de crisis económica es necesario recortar el precio de este contrato, con objeto de lograr el ajuste presupuestario acordado con la Administración General del Estado y evitar de este modo la disolución de la empresa, lo que produciría un efecto indeseable para sus trabajadores.

La imposición de modificaciones contractuales para reducir el déficit público ha sido expresamente introducida como una razón de interés público para modificar los contratos en algunas legislaciones autonómicas. Por ello, esta causa, motivada en causas imprevistas, se estima razón suficiente para modificar el contrato.

De este modo, al apreciarse que realmente existen circunstancias nuevas, que la modificación propuesta no supone una alteración sustancial del contrato vigente y que existen razones de interés público, procede la modificación del contrato de referencia.

En cuanto a las referencias contenidas en el expediente a diversas irregularidades, como la figura contractual elegida, el *nomen iuris* del contrato y su precio, se recuerda que existen mecanismos legales para su depuración, ajenos a la presente solicitud de dictamen.

6ª.- La medida 7.2 del Plan de Ajuste, aprobado por el Ayuntamiento Pleno en sesión de 30 de marzo y valorado favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 30 de abril, consistía en la disolución de la empresa qqqq2, pasando a prestar el servicio el Ayuntamiento mediante gestión directa, previa absorción de los empleados. Por ello, la modificación y la compatibilidad de la nueva medida con el Plan de Ajuste deberá comunicarse nuevamente al referido Ministerio, en los términos y a los efectos previstos en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero.

La competencia para contratar del pleno municipal fue delegada en la Junta de Gobierno Local por acuerdo plenario adoptado el día 28 de junio de 2011, y precisamente el pleno del Ayuntamiento fue quien inicialmente contrató



y posteriormente aprobó la disolución de la sociedad, por lo que el pleno debería aprobar un acuerdo dejando sin efecto el acuerdo de disolución.

III CONCLUSIONES

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

Procede modificar el contrato de gestión del servicio de limpieza en edificios municipales y demás centros dependientes del Ayuntamiento de xxxxx.

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