

Dictamen nº: **127/16**
Consulta: **Alcalde de San Sebastián de los Reyes**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **26.05.16**

DICTAMEN de la Comisión Permanente de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de mayo de 2016, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Sebastián de los Reyes, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f).d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre modificación del contrato de servicios denominado “*Servicio de conservación, mantenimiento y mejora de zonas verdes municipales, arbolado de alineación y mobiliario urbano de San Sebastián de los Reyes*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 6 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes.

A dicho expediente se le asignó el número 255/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y

Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a M.^a Dolores Sánchez Delgado, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 26 de mayo de 2016.

SEGUNDO. Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes de 16 de diciembre de 2014, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (en adelante, PCAP y PPT, respectivamente) y se autorizó la apertura del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios de conservación, mantenimiento y mejora de zonas verdes municipales, arbolado de alineación y mobiliario urbano de San Sebastián de los Reyes.

El contrato se adjudicó a la Unión Temporal de Empresas denominada Constructora San José, S.A.-El Ejidillo Viveros Integrales, S.L. (en adelante, la adjudicataria), y se formalizó el 30 de julio de 2015. El precio del contrato se estableció en 13.120.287,81 € (IVA excluido). La vigencia prevista del contrato comprendía del 1 de agosto de 2015 al 28 de febrero de 2020, esto es, 55 meses, prorrogables por 6 meses mientras se procediese a una nueva adjudicación del contrato.

En el PCAP se establecía la posibilidad de que el contrato fuera modificado. Concretamente la cláusula 30 del PCAP establecía las causas de modificación del contrato y el procedimiento para proceder a su modificación. Entre esas causas de modificación se preveía *“el aumento de zonas urbanas de la ciudad durante la vida del contrato, como consecuencia de la incorporación de nuevos desarrollos urbanísticos, por el incremento de la prestación de servicios en zonas donde se presta el servicio o por asumir*

el Ayuntamiento los servicios de conservación que tengan relación con el objeto de este contrato en los ámbitos geográficos de las entidades urbanísticas colaboradoras”. También señalaba los porcentajes del precio del contrato que podían resultar afectados en función de la causa de modificación de que se tratase, con un límite máximo de un 21 % del precio del contrato, aunque para la causa de modificación transcrita el límite es del 20 %.

En cuanto al procedimiento de modificación del contrato, esa misma cláusula señala los trámites que deben cumplimentarse y exige, entre otros, los siguientes:

- Informe de la Dirección del Contrato, que justifique técnicamente la realización de la misma e indique el importe que supone la modificación sobre el precio del primitivo contrato.

- Audiencia del contratista por un plazo de 5 días hábiles, para que formule las alegaciones que estime convenientes.

- Informe de la Asesoría Jurídica sobre la modificación propuesta en un plazo de 10 días.

- Informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid cuando la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

- Fiscalización, en su caso, del gasto correspondiente.

- Propuesta de resolución de modificación del contrato acordada por la Junta de Gobierno.

Por su parte, el PPT se refiere a la variación de la superficie de actuación en el punto 2.2 y obliga al adjudicatario a *“admitir para su conservación y mantenimiento las zonas verdes de nueva creación y el*

arbolado que, con motivo de obra nueva, ampliaciones, recepciones de urbanizaciones, adquisiciones de todo tipo o modificaciones dentro de la organización de zonas municipal, incrementen la superficie de actuación municipal, si así lo indica la Dirección Municipal.

(...)

En caso de que la ampliación sea de una superficie tal que la Dirección Municipal del Contrato estime que no puede ser conservada con los medios humanos y materiales ofertados por el adjudicatario, se utilizarán los precios de personal y medios materiales necesarios de acuerdo con la oferta adjudicataria para realizar la correspondiente ampliación en medios humanos y materiales, y la correspondiente revisión del canon”.

2. El 14 de diciembre de 2015 el ingeniero técnico agrícola municipal, con el visto bueno del concejal delegado de Medio Ambiente, Parques, y Jardines, emitió un informe en el que justificaba la conveniencia de modificar el contrato en los siguientes términos:

“Ante el acuerdo del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes con la Entidad Urbanística de Conservación del Área Residencial, Industrial y Terciario de Moscatelares según acuerdo de la Junta d Gobierno Local de 12 de mayo de 2015, se hace necesario que el Ayuntamiento asuma la conservación de las zonas verdes y arbolado viario de esta zona a partir de enero de 2016. Por otro lado, de acuerdo con el acuerdo del Pleno de 18 de diciembre de 2014, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial “Regulación de Entidades Urbanísticas de conservación de en determinados ámbitos” (sic) BOCAM 36 del 12 de febrero de 2015, se hace necesario que asuma de manera directa la conservación de las zonas verdes y el arbolado de las Urbanizaciones Tejas Verdes y Pilar de Abajo el Ayuntamiento a través de su servicio municipal. Igualmente, fruto de las necesidades de la Delegación de Medio Ambiente en los huertos municipales, en la Inspección de Medio Ambiente, se hace preciso incluir en la propuesta de modificación parte

del arbolado viario del casco urbano y el Parque Cerro del Tambor. Y finalmente las actuaciones que se están realizando en el Parque de La Marina, le harán pasar de parcela sin tratamiento a parque urbano, implicando un mayor número de labores a realizar en su conservación.

Teniendo en cuenta la dotación de medios humanos y materiales que requiere la conservación y mantenimiento de las zonas verdes y arbolado de los ámbitos de ampliación, la localización dentro de la ciudad y su proximidad a otras zonas verdes incluidas en el ámbito del contrato CON 45/14, así como la necesidad de optimizar la conservación del conjunto de zonas verdes públicas, y teniendo en cuenta la actual dotación de medios humanos y materiales del CON 45/14, se considera que la incorporación de las nuevas zonas verdes y arbolado a dicho (sic) supone una optimización de los medios puestos a disposición del primero, que debe repercutir en una mejora de la calidad del servicio a un coste menor del que supondría su contratación separada de la del resto de zonas verdes de la ciudad”.

Asimismo señalaba que, de acuerdo con la oferta presentada con la adjudicataria, la modificación suponía un incremento del canon anual en 565.300,45 € (IVA excluido), que para el año 2016 sería cubierto con la partida destinada a conservación y mantenimiento de parques y jardines de los presupuestos de gasto corriente. Y preveía que se iniciase el servicio el 1 de enero de 2016. Acompañaba a la propuesta un anexo I con el ámbito de la modificación del contrato y, en el anexo II, el desglose de la justificación económica de la modificación, en el que en la tabla 12 se menciona que el porcentaje de la propuesta de modificación sobre el importe inicial del contrato es de 19,7477 %. El importe total de incremento del contrato supondría 2.355.418,55 € (IVA excluido) contando desde enero de 2016.

3. Con esa misma fecha, 14 de diciembre de 2015, el ingeniero técnico agrícola municipal y el concejal delegado de medio ambiente se reúnen con

la empresa adjudicataria y firman un acuerdo para la modificación del contrato “*con la intención de dar por cumplido el preceptivo trámite de audiencia al contratista*”. En el acuerdo se describe el servicio a realizar y un resumen del presupuesto en el que consta el canon anual a abonar (565.300,45 € sin IVA). Ese canon se referencia al año 2015, entendemos que debido a un error. Se adjunta un anexo I con el ámbito de la modificación del contrato, y un anexo II con el desglose de la justificación económica de la modificación y en el que se menciona que el porcentaje de modificación sobre el importe inicial del contrato es de 19,7477 %. El llamado acuerdo y la tabla resumen 13 en la que consta el resumen del importe por la totalidad de la modificación del contrato aparecen firmados tanto por el ingeniero técnico agrícola municipal y el concejal delegado de medio ambiente como por la empresa adjudicataria.

4. El 18 de abril de 2016 el jefe de servicio de contratación propone la modificación del contrato por 565.300,45 € anuales (IVA excluido), que supone un incremento del coste del contrato del 15,73 % respecto del contrato primitivo. Se menciona que en el cálculo del presupuesto se han estimado 45 meses de ejecución para empezar el 1 de junio de 2016 dada la necesidad de solicitar informe a la Comisión Jurídica Asesora. Considera que la modificación no altera el objeto del contrato puesto que, “*utilizando los medios previstos inicialmente, que son incrementados en proporción*”, sigue respondiendo a la prestación inicialmente pactada y no corresponde a una prestación complementaria no prevista en el contrato original que deba ser contratada en procedimiento independiente. Advierte de que el procedimiento de modificación es el previsto en el artículo 211 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP): audiencia del contratista –que entienden cumplida-, informe jurídico, informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora dado que el importe de la modificación supera el 10 % del precio primitivo del contrato y este es superior a 6.000.000 €. Además considera que procedería autorizar el gasto de la modificación por importe anual de 665.980,46 € (IVA incluido); requerir al contratista para que completara la

garantía definitiva del contrato en 105.993,83 € y emplazarle “a efectos de que en plazo de diez días desde la notificación de la adjudicación comparezca a la firma del contrato modificado”. Las propuestas del jefe de servicio de contratación aparecen conformadas por el secretario general del Pleno y por el interventor general, y se da por enterado el concejal delegado de contratación.

5. Con fecha 19 de marzo de 2016, el alcalde presidente de San Sebastián de los Reyes dirige un escrito a la Comisión Jurídica Asesora en el que se menciona que en el Ayuntamiento se está tramitando una propuesta de modificación del contrato y se solicita dictamen de la Comisión por concurrir las circunstancias del artículo 211.3,b) del TRLCSP. Dicho escrito tuvo entrada en la Comisión, a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio el 6 de mayo.

Se adjunta documentación que se relaciona y que hace referencia a documentos que no han sido recibidos en esta Comisión. A esta Comisión se han aportado el contrato, el PCAP, el PPT, y la documentación citada en estos antecedentes pero no las solicitudes de retención de crédito (se relacionan dos), la retención de crédito, los informes de intervención (se mencionan dos), ni el informe de la modificación del contrato.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA. De acuerdo con el artículo 5.3.f).d de la Ley 7/2015 de 28 de diciembre, que creó la Comisión Jurídica Asesora, este órgano deberá ser consultado en los expedientes tramitados por las entidades locales

concernientes, entre otros aspectos relacionados con la contratación del sector público, a la modificación de los contratos administrativos, *“en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”*.

Por remisión, el artículo 211.3.b) del TRLCSP, aplicable a este contrato en virtud de su fecha de adjudicación, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en la modificación de los contratos, *“cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un diez por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros”*. En este caso, la cuantía del contrato que pretende modificarse es superior a esa cifra y el porcentaje de modificación supera el 10% (según informe del ingeniero técnico agrícola municipal, el porcentaje es 19,7477 %; según el jefe de servicio de contratación, 15,73%).

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA) *“Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*.

SEGUNDA. El inicio del procedimiento de modificación podrá ser, al igual que en los procedimientos de resolución de contratos, de oficio por la propia Administración o a instancia del contratista. El procedimiento de modificación de oficio habrá de acordarse por el órgano competente.

Ya hemos adelantado que la normativa que resulta de aplicación es el TRLCSP, cuyo artículo 210 otorga al órgano de contratación la prerrogativa de modificar los contratos *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”*.

En este caso, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local según se refleja en la cláusula 4 del PCAP, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda, apartado 3 del TRLCSP, y es por tanto, quien tiene que proceder tanto a la incoación del procedimiento de modificación como, tras la tramitación del correspondiente procedimiento, a la adopción del acuerdo de modificación del contrato.

Solo en los casos en que haya habido delegación podrá iniciarse el procedimiento de oficio por otro órgano distinto del órgano de contratación como así se puso de manifiesto por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 403/09, de 15 de julio.

En este caso, en materia de contratación pública, existe una delegación de la Junta de Gobierno Local materializada en el Acuerdo de 7 de julio de 2015, pero es una delegación a favor del concejal delegado de contratación y además hace excepción de las facultades para dictar resoluciones de aprobación del expediente, adjudicación, modificación y resolución por cualquier causa que no sea la del vencimiento ordinario del contrato. Por tanto, corresponde la incoación del procedimiento de modificación a la Junta de Gobierno Local, que no consta que se haya producido.

No consta en la documentación remitida a esta Comisión un escrito de inicio o incoación del expediente de modificación contractual emitido por el mencionado órgano de contratación, ya que el primer documento que obra en el mismo es el informe propuesta de 14 de diciembre de 2015 del ingeniero técnico agrícola municipal, con el visto bueno del concejal delegado de medio ambiente.

Por otro lado, el artículo 108 del TRLCSP regula el procedimiento de modificación de los contratos y dispone:

“1. En el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.

(..)

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 211 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos”.

En este caso, la modificación está prevista en la cláusula 30 del PCAP (no en la 28 como se señala por el jefe de servicio de contratación), y en ella se contemplan los trámites que se han de seguir para llevar a cabo la modificación y que se han referido en los antecedentes fácticos de este Dictamen.

Sin embargo, siempre hay que observar lo dispuesto en el artículo 211 del TRLCSP, lo que supone que habrá de acordarse por el órgano de contratación, que debe darse audiencia al contratista y que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en las *“modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros”.*

Asimismo, a falta de una nueva disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, es de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGCAP), cuyo artículo 102, dispone:

“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”.

Como vemos, tanto este precepto como el artículo 112 del TRLCSP coinciden en exigir la audiencia del contratista sobre la modificación propuesta y a tal efecto responde -según lo que se menciona en el informe propuesta de 14 de diciembre de 2015 del ingeniero técnico agrícola municipal, con el visto bueno del concejal delegado de Medio Ambiente- el acuerdo que firmaron con esa misma fecha con el adjudicatario, en el que se mencionaba que la prestación de servicios modificada se iniciaría el 1 de enero de 2016. Sin embargo, la propuesta que se ha remitido a esta Comisión especifica que la modificación produciría efectos a partir del 1 de junio de 2016, y que el porcentaje de modificación es otro al mencionado por el informe de 14 de diciembre de 2015, cuestiones sobre las que no se ha pronunciado el contratista.

Además de este trámite de audiencia al contratista, el artículo 102 del RCAP impone la fiscalización del gasto correspondiente. La necesidad de este trámite de fiscalización se puso de manifiesto en los dictámenes 371/11, de 6 de julio, 417/12, de 4 de julio y 171/10, de 23 de junio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Igualmente, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en lo sucesivo, TRLRL) requiere que se emita informe por la Secretaría y la Intervención (dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 226/10, de 21 de julio y 371/11, de 6 de julio). La referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada, para el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes -como municipio de gran población en virtud del Acuerdo del Pleno de la Asamblea de la Comunidad de Madrid de 1 de marzo de 2012-, por el informe de la Asesoría Jurídica.

No constan ni informes de la Intervención, ni el informe de fiscalización, ni el informe del Servicio Jurídico. Se ignora si no se han requerido o si no se han incorporado al expediente, que parece ser el caso

de los informes de la Intervención puesto que se mencionan en la relación de documentos remitidos a esta Comisión para informe pero que no se acompañaron efectivamente.

Para concluir los aspectos procedimentales, una vez tramitado el expediente de modificación y antes de recaer el acuerdo de modificación del contrato aprobado por el órgano de contratación, el artículo 102 del RGLCAP exige la redacción de la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren la modificación que se pretende realizar, la audiencia al contratista y la fiscalización del gasto correspondiente. Esta función no podría considerarse que la desempeña el informe del jefe de servicio de contratación de 18 de abril de 2016, al que dieron su conformidad el secretario general y el interventor, puesto que se limita a señalar las causas que justifican la modificación y el procedimiento a seguir, en los términos que hemos expuesto en los antecedentes de hecho.

Para concluir con el examen del procedimiento a seguir, hemos de referirnos al plazo para resolver el expediente de modificación del contrato. Ni el TRLCSP ni el RGCAP establecen nada al respecto.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) ha declarado la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP (hoy, referido a la disposición final tercera del TRLCSP), de forma que si el procedimiento no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

En estos términos se pronunció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en dictámenes anteriores, entre otros, el Dictamen

nº 241/13 de 12 de junio, y más recientemente en el Dictamen nº 274/15 de 20 de mayo, o el Dictamen nº 343/15 de 8 de julio.

En el presente caso, ya mencionábamos que no existía un documento de inicio del procedimiento de modificación del contrato propiamente dicho y que el primer documento en el que se señala la necesidad de modificar el contrato es el informe de 14 de diciembre de 2015 del ingeniero técnico agrícola municipal, con el visto bueno del concejal delegado de Medio Ambiente, Parques, y Jardines, al que no se le podía considerar como tal. No obstante, con esa misma fecha se da audiencia al contratista sobre la modificación propuesta, por lo que tomando esa fecha como inicio del expediente, este habría caducado ya incluso cuando se solicitó informe por el alcalde-presidente mediante escrito de 19 de abril de 2016 (por error consta marzo), y que tuvo entrada en esta Comisión el 6 de mayo de 2016.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de modificación del contrato de servicios denominado “*Servicio de conservación, mantenimiento y mejora de zonas verdes municipales, arbolado de alineación y mobiliario urbano de San Sebastián de los Reyes*” ha caducado. La caducidad del procedimiento no impide que el órgano de contratación, como titular de la potestad de modificación contractual, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de modificación, en el que deberán observarse los trámites señalados en el cuerpo del presente dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

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

Madrid, a 26 de mayo de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 127/16

Sr. Alcalde de San Sebastián de los Reyes

C/ Alcalá, 16 – 28014 Madrid