

Dictamen nº: **388/16**
Consulta: **Alcalde de San Sebastián de los Reyes**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.09.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de septiembre 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 8 de agosto 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 468/16, 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 Dña. M^a del Pilar Rubio Pérez de Acevedo, 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 6 de septiembre 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.

En la cláusula 2 del PCAP se fijó un presupuesto base de licitación por importe de 14.542.292,30 € (IVA excluido). El precio estimado del contrato (17.596.173,68 € IVA excluido) incluía la posibilidad de prórroga y de modificación del mismo.

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), formalizándose el 30 de julio de 2015, por un precio de 13.120.287,81 € (IVA excluido). La vigencia prevista del contrato comprende del 1 de agosto de 2015 al 28 de febrero de 2020, esto es, 55 meses, prorrogables por seis meses mientras se procediese a una nueva adjudicación del contrato.

En el PCAP se establece la posibilidad de que el contrato sea modificado. Concretamente la cláusula 30 del PCAP establece las

causas de modificación del contrato y el procedimiento para proceder a su modificación. Entre esas causas de modificación se prevé *“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. El importe máximo de modificación por estos conceptos será del 20% del precio del contrato”*. Además, *“El porcentaje máximo del precio del contrato al que pueda afectar el conjunto de las modificaciones se establece en el 21% del canon total del contrato”*.

En cuanto al procedimiento de modificación del contrato, esa misma cláusula señala los trámites que deben cumplimentarse que son 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.

- Notificación al contratista.

- Reajuste de la garantía definitiva en los 10 días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación.

- Formalización de la modificación del contrato en documento administrativo en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al que se notifique al empresario el acuerdo de modificación, una vez realizado el reajuste de la garantía.

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 7 de junio de 2016, el ingeniero técnico agrícola municipal, con el visto bueno del concejal delegado de Medio Ambiente, Parques, y Jardines, emite propuesta de modificación del contrato citado en la que justifica la conveniencia de modificarlo 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 de 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” 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. Por otro lado, fruto del informe del Servicio Jurídico de Urbanismo con fecha 14 de marzo de 2016, el cual se adjunta como Anexo 4 al presente informe, se hace preciso atender la conservación de diversas zonas de la vía pública de las Avdas. España, Sierra, Valdela Fuentes y entornos, y Cataluña que cuentan con jardinería. 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».

En el punto 2 de esta propuesta se establece el ámbito de la modificación:

“El ámbito físico objeto de la modificación del contrato son las zonas verdes y arbolado de alineación de calles de las Urbanizaciones Moscatelares (zona residencial), Tejas Verdes y Pilar de Abajo, así como los Parques Cerro del Tambor, y La Marina por adecuación de la tipología de parcela sin tratamiento a parque urbano, así como otras zonas indicadas en el Anexo 1 corresponden a zonas verdes y/o ajardinadas que cuentan con plantaciones de árboles y arbustos, praderas, caminos, zonas de juegos infantiles, etc.

La superficie total de zona verde a conservar es de 262.638,83 m² y la cantidad de arbolado viario es de 3.600 Uds., de acuerdo con el inventario y plano de localización del Anexo N° 2”.

El Anexo 1, “Ámbito de la modificación del contrato CON 45/16”, establece las zonas verdes incluidas en la modificación del contrato diferenciando siete apartados:

1. Área residencial de la Urbanización Moscatelares

- Jardín interior y paseos laterales.

- Arbolado de alineación: el adjudicatario atenderá todas las labores recogidas en el contrato a excepción de los trabajos del (sic) poda y retirada de residuos vegetales (1) del siguiente arbolado: (...).

2. Zonas verdes urbanas Avda. de la Sierra, Avda. España, Avda. Valdelasfuentes y c/Cataluña.

- Laterales de vía pública. En estos se distinguen cinco ámbitos de actuación que suman una superficie total de 20.933,57 m² y consta la siguiente anotación sobre las mismas: *“Estas zonas verdes se empezarán a conservar una vez se acuerde con los vecinos la entrega de las mismas, sin que la demora de este traspaso afecte al canon de ampliación por estar este canon ligado a medios humanos y materiales puestos a disposición del servicio y no a ámbitos. Y una vez que el adjudicatario dispondrá (sic) del 100% de los medios previstos al inicio de la modificación del contrato”*.

3. Arbolado de alineación del interior del casco urbano.

3.1 Arbolado con conservación integral según tareas del PPT.

Se dice que: *“El adjudicatario atenderá, aparte de las incidencias, trabajos de tratamientos fitosanitarios y riegos de apoyo en época estival que se recoge inicialmente en el contrato, el resto de labores necesarias recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato, a excepción de la retirada de residuos vegetales (1), para el siguiente arbolado: (...)”*.

3.2 Arbolado con conservación integral según tareas del PPT a excepción de los trabajos de poda. *“El adjudicatario atenderá todas las labores recogidas en el contrato a excepción de los trabajos del (sic) poda y retirada de residuos vegetales (1) del siguiente arbolado: (...)”*.

4. Urbanización Tejas Verdes.

- Jardín interior y paseos laterales.

- Arbolado de alineación. *“(1) El adjudicatario atenderá todas las labores recogidas en el contrato a excepción de los trabajos retirada de residuos vegetales del siguiente arbolado: (...)”*.

5. Parque Cerro del Tambor y ampliación Parque de la Marina.

6. Urbanización Pilar de Abajo (1).

- Jardín interior y paseos laterales.

- Arbolado de alineación. *“(2) El adjudicatario atenderá todas las labores recogidas en el contrato a excepción de los trabajos retirada de residuos vegetales del siguiente arbolado: (...)”*.

7. Equipos de presión para el riego y llenado de cisternas de riego en parques. *“En las mismas condiciones que el resto de los equipos de presión de riego indicados en el apartado correspondiente del PPT”*.

A continuación de este último apartado 7, figuran las siguientes anotaciones:

“(1) El adjudicatario entrará a conservar el ámbito de Pilar de Abajo una vez finalizado el trámite de entrega al Ayuntamiento por parte de la Junta de Compensación Pilar de Abajo, cuya tramitación se está cursando actualmente por el Servicio Municipal de Planeamiento Urbano. Una vez que el importe del servicio es por los medios humanos y materiales puestos a disposición, el adjudicatario deberá poner el 100% de los medios previstos en el momento de la entrada en vigor de la modificación del contrato, quedando a la espera de la confirmación del inicio de los trabajos operativos en este el ámbito Pilar de Abajo por parte del Ayuntamiento.

(2) La retirada de residuos vegetales en los trabajos de poda del arbolado se realizará con el camión grúa y con los medios humanos y municipales que el Ayuntamiento destine, aunque la UTE San José El Ejidillo deberá disponer de los medios humanos necesarios para apoyar la labor de carga del ramaje de poda de la vía pública con el objetivo de liberar el espacio en el menor tiempo posible y así afectar en un menor grado el uso seguro de la vía pública.

Siempre que el Ayuntamiento justifique que no puede dar el servicio, por vacaciones de personal, averías del equipo u otro motivo justificado, deberá se la UTE la que asuma los trabajos de retirada de los restos de poda.

El Ayuntamiento podrá dar apoyo a la retirada de restos vegetales por trabajos de poda de las brigadas de la UTE San José El Ejidillo del resto de arbolado de la vía pública del ámbito del contrato, con los medios municipales anteriormente indicados, con el objetivo de minimizar afecciones en el uso del espacio público y optimizar los trabajos, siempre que los Servicios Municipales lo estimen oportuno e idóneo”.

El Anexo 2 contiene el Plano de Zonas de ampliación del contrato.

El punto tercero de la propuesta de modificación se refiere a las “Condiciones técnicas de prestación del servicio” indicando: “Las labores a realizar en la zona objeto de la ampliación del contrato serán las establecidas para los distintos programas funcionales en el Pliego de Prescripciones Técnicas del Contrato CON 45/14, así como las particularidades propuestas para las mismas en la oferta presentada por la empresa adjudicataria del contrato CON 45/14”. Añade que para la prestación del servicio en el ámbito objeto de ampliación se pondrán a disposición los medios humanos y materiales que especifica a continuación.

El punto cuarto de la propuesta refleja la repercusión económica de la modificación del contrato. En este sentido, el Anexo 3 contiene el desglose de la justificación económica de la modificación del CON 45/14.

Así, las tablas 0 a 4 desglosan los costes de personal -la tabla 4 determina el “Coste empresa del personal (€/año)”-. La tabla 5 es la relativa a vehículos y maquinaria.

La tabla 6 “Instalaciones del servicio” contempla dos conceptos:

“Adaptación Instalaciones del Servicio de La Hoya: cumplimiento de normas urbanísticas requeridos por el Ayuntamiento previos a la licencia municipal. Tabla 6.1. Coste total de la actuación: 107.656,44 €.

Adaptación instalaciones del servicio de La Hoya: recinto de entrada para el control de encargados. Tabla 6.2”.

La tabla 7 contiene los materiales y productos consumibles; la 8, las herramientas; la 9 se refiere al vestuario; la 10 a EPIS, reconocimientos médicos y seguro de responsabilidad civil y la 11, es la relativa a varios conceptos cuyo coste es de 0,00 euros.

La tabla 12 establece el “Desglose del Canon. Resumen del Presupuesto” del primer año considerando que el importe de la modificación de ese primer año, que suma un total de 565.300,45 € (IVA excluido), supone un 19,7477% del importe de adjudicación del contrato (1 año) que suma 2.862.608,25 € (IVA excluido).

Y, por último, la tabla 13 contiene el resumen del importe por la totalidad de la modificación del contrato durante los cuarenta y dos meses restantes desde el 1 de septiembre de 2016: 1.978.551,58 € más el IVA por importe de 352.380,01 €, y, en consecuencia, un total de 2.330.931,59 €.

El punto quinto de la propuesta de modificación se refiere a su financiación y refleja la existencia del convenio Moscatelares y, en las demás zonas (poda de arbolado viario del casco urbano interior; Cerro del Tambor; Avda. España, Avda. de la Sierra, etc.; Tejas verdes; conservación y reposición arbolado viario casco urbano interior; Parque de la Marina) que se incrementa la prestación de servicio.

El punto sexto prevé que el servicio se inicie el día uno de septiembre.

Finalmente, en el punto séptimo, “conclusión” se indica: “*Por todo lo expuesto, el que suscribe considera necesaria y oportuna para el servicio público la aprobación de la modificación del contrato CON 45/14 en los términos antes descritos*”.

4. El 9 de junio de 2016, el jefe de servicio de Contratación basándose en la propuesta formulada por la Concejalía de Medio Ambiente, enterado el concejal delegado de Contratación, propone a la Junta de Gobierno Local la modificación del contrato en la forma propuesta por la Concejalía de Medio Ambiente, por un importe total de 1.978.551,56 euros, con un IVA repercutido de 350.380,02 euros, para los 42 meses del contrato modificado, a contar desde el 1 de septiembre de 2016. Sostiene que la modificación que se propone supone un 15,08% del presupuesto originario del contrato.

5. La Junta de Gobierno Local acordó el 14 de junio de 2016 el inicio del procedimiento de modificación del contrato de servicio de conservación, mantenimiento y mejora de zonas verdes municipales, arbolado de alineación y mobiliario urbano de San Sebastián de los Reyes, -CON 45/14- a efectos de que, si así se considera, se adopten las modificaciones contractuales en la forma propuesta por la Concejalía de Medio Ambiente.

Asimismo, acordó recabar informe jurídico y de fiscalización de gasto y otorgar el trámite de audiencia a los interesados así como recabar informe preceptivo del órgano consultivo de la Comunidad de Madrid.

Consta informe jurídico emitido por el Secretario General del Pleno, de fecha 19 de julio de 2016. En la solicitud efectuada por el jefe de Servicio de Contratación el 21 de junio de 2016 se hace constar se requiere emisión de informe jurídico sobre el procedimiento de modificación indicando que: “*De acuerdo con lo especificado, y de conformidad con el art. 211 del T.R de la Ley de Contratos del Sector*

Público se solicita de esa Secretaria informe a emitir en plazo de diez días, en su calidad de asesor legal de la Corporación en ausencia de Titular de Asesoría Jurídica”.

El Secretario concluye que, “Sin perjuicio del informe de fiscalización que emita Intervención de Fondos, en opinión del funcionario que suscribe, en calidad -por atribución de funciones- de Titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno Local y su Concejal Secretario, se dan en el presente caso los requisitos legales para la modificación del contrato debiendo seguirse los trámites arriba indicados, entre ellos recabar dictamen vinculante de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid antes de que el órgano municipal competente se pronuncie sobre el fondo del asunto”.

Figura el informe de Intervención, Informe de Fiscalización, de fecha 26 de julio de 2016 en el que “el informante considera que el expediente CON 45/14 puede ser fiscalizado de conformidad”.

Y por último, constan escrito presentado por la UTE el día 22 de junio de 2016, en el que manifiesta que “no desea presentar alegaciones” y uno posterior de 23 de junio de 2016 en el que añade que “muestra su conformidad con la propuesta de la Junta de Gobierno Local relativa a la modificación del contrato de referencia”.

6. El 21 de julio de 2016, el alcalde presidente de San Sebastián de los Reyes dirigió un escrito al consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio en el que se mencionaba que en el Ayuntamiento se está tramitando una propuesta de modificación del contrato y se solicitaba dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora por concurrir las circunstancias del artículo 211.3.b) del TRLCSP. Dicho escrito tuvo entrada en la Comisión Jurídica, a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, el día 8 de agosto.

En cuanto a la documentación remitida a esta Comisión, además de la citada, se ha aportado el contrato, el PCAP y el PPT.

A la vista de los anteriores hechos anteriores, procede formular 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, 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%.

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) del ROFCJA en virtud del cual: *“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 el apartado 3 de la Disposición adicional segunda 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. En este sentido, consta acuerdo de incoación del procedimiento de modificación del contrato objeto de dictamen adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria celebrada el día 14 de junio de 2016.

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 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 los términos anteriormente expuestos.

Asimismo, a falta de una nueva disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, es de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), cuyo artículo 102 determina que *“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”.*

Consta en el expediente remitido una propuesta de modificación del contrato firmada el día 7 de junio de 2016 por el ingeniero técnico agrícola municipal con el visto bueno del concejal delegado de Medio Ambiente, Parques y Jardines, que contempla los siguientes aspectos: la justificación de la conveniencia de modificar el contrato, el ámbito de la modificación, las condiciones técnicas de prestación del servicio, repercusión económica, financiación de la modificación e inicio del

servicio. A esta propuesta se acompaña la documentación que, a juicio del proponente, justifica, describe y valora la modificación.

En cuanto a la necesidad de dar audiencia al contratista sobre la modificación propuesta, exigida tanto en el artículo 112 del TRLCSP como en el citado artículo 102 RGCAP, observamos que se concedió dicho trámite al mismo por escrito de fecha 21 de junio de 2016 el cual fue cumplimentado mediante sendos escritos presentados el día 22 de junio de 2016, en el que el representante de la UTE manifiesta que *“no desea presentar alegaciones”* y el 23 de junio de 2016 en el que añade que *“muestra su conformidad con la propuesta de la Junta de Gobierno Local relativa a la modificación del contrato de referencia”*.

Bien es cierto que los informes jurídico y de intervención han sido emitidos con posterioridad al trámite de audiencia, lo que, sin embargo, no ha supuesto indefensión al contratista a juicio de este órgano consultivo ya que no se han puesto de manifiesto otras cuestiones que no estuvieran planteadas con anterioridad.

Además de este trámite de audiencia al contratista, el artículo 102 del RGLCAP impone la fiscalización del gasto correspondiente. En este sentido, en el expediente remitido, figura el informe de Intervención, Informe de Fiscalización, de 26 de julio de 2016 en el que el Interventor municipal considera que *“puede ser fiscalizado de conformidad”*.

Igualmente, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, (en lo sucesivo, TRLRL), requiere que se emita informe por la Secretaría y la Intervención.

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 (artículos 92 bis, 129, disposiciones adicionales octava y undécima Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

Figura la solicitud de informe jurídico efectuada el 21 de junio de 2016 por el jefe de Servicio de Contratación dirigida al Secretario General del Pleno en la que consta: *“De acuerdo con lo especificado, y de conformidad con el art. 211 del T.R. de la Ley de Contratos del Sector Públicos se solicita de esa Secretaría informe a emitir en plazo de diez días, en su calidad de asesor legal de la Corporación en ausencia de Titular de Asesoría Jurídica”*. El Secretario General del Pleno emitió informe el 19 de julio de 2016 en el que concluye que *“Sin perjuicio del informe de fiscalización (...) se dan en el presente caso los requisitos legales para la modificación del contrato...”*.

Para concluir los aspectos procedimentales, debería haberse redactado una propuesta final de resolución. No obstante, al objeto de no demorar la tramitación del procedimiento, toda vez que consta en el expediente la propuesta de modificación de 7 de junio de 2016, el acuerdo de inicio de la Junta de Gobierno Local, los informes preceptivos y la conformidad del contratista, esta Comisión considera que tiene suficientes elementos de juicio para emitir el dictamen.

Por último, hemos de referirnos al plazo para resolver el expediente de modificación del contrato toda vez que ni el TRLCSP ni el RGLCAP establecen previsión alguna 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, referida 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, en el Dictamen nº 274/15 de 20 de mayo o en el nº 343/15 de 8 de julio, y la esta Comisión en el Dictamen 127/16, de 26 de mayo.

En el presente caso, el inicio del procedimiento de modificación del contrato mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local se produjo el día 14 de junio de 2016 sin que conste acuerdo alguno de suspensión de dicho plazo. En consecuencia, el procedimiento de modificación no estaría caducado.

No obstante, se advierte que, al no constar acuerdo de suspensión de dicho plazo, desde la recepción de este Dictamen existirá un plazo muy breve para la resolución y notificación del presente procedimiento.

TERCERA.- Analizados los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la conformidad a derecho de la modificación propuesta.

La modificación unilateral (*ius variandi*) de los contratos ha sido una de las tradiciones prerrogativas exorbitantes de la Administración en la contratación administrativa frente a la regla general (*pacta sunt servanda*) del derecho privado recogida en el artículo 1.256 del Código Civil “*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”.

Esta prerrogativa exige como presupuesto previo la concurrencia de razones de interés público *ex* artículo 210 TRLCSP. En el presente expediente dicho interés se justifica en la propuesta de 7 de junio de 2016 con el siguiente tenor: “*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”.

No obstante, la facultad de modificación de los contratos ha sido objeto de una especial atención en el derecho europeo de contratos, sobre todo desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 *Succhi di Frutta* (C-496/99).

La jurisprudencia europea considera que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia obstaculizando el desarrollo de una competencia sana y efectiva. En este sentido la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (T-235/11).

Esta jurisprudencia motivó la necesaria reforma de la normativa española en lo relativo a las modificaciones contractuales por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y autorizó al Gobierno a elaborar un texto refundido que es el actualmente vigente TRLCSP.

Entrando a analizar la regulación del TRLCSP, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 105, los contratos sólo podrán modificarse “(...) cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107”.

A su vez, el artículo 106 del TRLCSP desarrolla el primer supuesto indicando que:

“Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

En el concreto supuesto objeto de informe, la cláusula 30 del PCAP -“*Modificación del contrato. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato*”- prevé:

“Una vez perfeccionado el contrato el Ayuntamiento podrá modificar por razón de interés público las características del mismo, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos señalados en los artículos 219 y 211 del TRLCSP y en la demás legislación vigente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP, el presente contrato podrá ser objeto de modificación en los siguientes supuestos:

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 éste contrato en los ámbitos geográficos de las entidades urbanísticas colaboradoras. El importe máximo de modificación por estos conceptos será del 20% del precio del contrato.

(...).”

En análogos términos, se pronuncia la cláusula 2.2 –“*Variación de la superficie de actuación*”- integrada en las “*Condiciones Generales*” del PPT, antes transcrita, en la que se 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*” con la siguiente previsión: “*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*”.

Se puede considerar, a la vista de los términos en que se expresa la documentación de referencia, que en ésta se han previsto con el suficiente grado de detalle las condiciones, alcance y límites a que debía sujetarse la posible modificación del contrato. Se pretende asegurar a los licitadores un conocimiento suficiente de los términos en que se prevé una eventual alteración de los términos iniciales del contrato, de

modo que, ni en el procedimiento de adjudicación ni en la posterior modificación, se vulnere el principio de libre concurrencia.

El informe propuesta de modificación de 7 de junio de 2016 señala que por 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 de 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 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”, 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. Asimismo, añade, es preciso, fruto del informe del Servicio Jurídico de Urbanismo de 14 de marzo de 2016, atender la conservación de diversas zonas de la vía pública de las Avdas. España, Sierra, Valdelasfuentes y entornos, y Cataluña que cuentan con jardinería, y fruto de las necesidades de la Delegación de Medio Ambiente es preciso incluir en la propuesta de modificación parte del arbolado viario del casco urbano y el Parque Cerro del Tambor.

En consecuencia, las superficies incluidas en los Acuerdos precitados se ajustan a la causa de modificación prevista en la cláusula 30 del PCAP, por asumir el Ayuntamiento los servicios de conservación que tengan relación con el objeto de éste contrato en los ámbitos geográficos de las entidades urbanísticas colaboradoras. En los demás casos, en el apartado quinto de la propuesta de modificación figura que existe un incremento de la prestación de servicios por lo que también se ajustan a lo dispuesto en la cláusula 30.

Asimismo, se observa que en el anexo I de la propuesta de modificación de 7 de junio de 2016, que transcribimos en los

antecedentes de hecho, se afirma que determinadas zonas, en concreto, las zonas verdes urbanas de la Avda. de la Sierra, Avda. de España, Avda. Valdelasfuentes y c/Cataluña, *“se empezarán a conservar una vez se acuerde con los vecinos la entrega de las mismas”* indicando *“sin que la demora de este traspaso afecte al canon de la ampliación por estar este canon ligado a medios humanos y materiales puestos a disposición del servicio y no a ámbitos. Y una vez que el adjudicatario dispondrá (sic) del 100% de los medios previstos al inicio de la modificación del contrato”*. Estas zonas suponen una extensión de 20.933,57 m².

De igual modo, *“el adjudicatario entrará a conservar el ámbito de Pilar de Abajo una vez finalizado el trámite de entrega al Ayuntamiento por parte de la Junta de compensación Pilar de Abajo, cuya tramitación se está cursando actualmente”* y añade *“una vez que el importe del servicio es por los medios humanos y materiales puestos a disposición, el adjudicatario deberá poner el 100% de los medios previstos en el momento de la entrada en vigor de la modificación del contrato quedando a la espera de la confirmación del inicio de los trabajos operativos en el ámbito Pilar de Abajo por parte del Ayuntamiento”*. Esta zona supone una extensión de 11.703,87 m².

Al respecto hemos de indicar que el aumento de zonas verdes que es necesario conservar es la causa de modificación del contrato, y, por tanto, ello conlleva el aumento de medios personales y materiales. No obstante, al no haber sido entregadas al Ayuntamiento las mencionadas zonas cuya conservación se pretende, la eficacia de la modificación respecto a estas zonas debe quedar en suspenso hasta su efectivo traspaso al Ayuntamiento.

Asimismo, la cláusula 12 del PCAP recoge la forma de pago por lo que estas observaciones no pueden ser contrarias a lo dispuesto en la misma.

Por otra parte, en la tabla 6 se contemplan las *“instalaciones del servicio”* distinguiendo entre la *“Adaptación Instalaciones del Servicio de La Hoya: cumplimiento de normas urbanísticas requeridos por el Ayuntamiento previos a la licencia municipal. Tabla 6.1. Coste total de la actuación: 107.656,44 €”* y la *“Adaptación instalaciones del servicio de La Hoya: recinto de entrada para el control de encargados. Tabla 6.2”*.

En este punto, hemos de advertir que no consta la justificación de la modificación del contrato en lo que respecta a estas instalaciones en relación con las causas previstas en la cláusula 30 del PCAP por lo que es necesario que se justifique tanto la concurrencia de la causa como el importe de la modificación.

Una razonable doctrina sostiene, por otra parte, que, aun cuando la modificación del contrato que se pretende realizar esté contemplada en la documentación inicial del contrato, tiene el límite de que, una vez aplicada, el contrato siga siendo reconocible en sus propios términos, pues, de otra forma, nos hallaríamos ante una nueva figura contractual, que debería conllevar la apertura del procedimiento de adjudicación correspondiente. Así debe interpretarse la exigencia prevista en el apartado 2 del artículo 105 del TRLCSP en el sentido de que la modificación del contrato no se realice *“con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente”*.

Asimismo, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE en su considerando 107 indica: *“Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial”.

Por lo que respecta a la modificación propuesta, debemos recordar que las obligaciones establecidas en el Anexo 1 de la propuesta de modificación del contrato, tantas veces citada, han de ser acordes con las establecidas en el PPT. En este sentido, en el apartado cuarto de la propuesta de modificación, antes transcrito, se explicita que las labores a realizar en la zona objeto de ampliación serán las establecidas en el PPT con las particularidades propuestas en la oferta presentada por el adjudicatario.

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

CONCLUSIÓN

Procede la aprobación de la 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*” en los términos propuestos por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes sin perjuicio de las consideraciones formuladas.

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 6 de septiembre de 2016

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 388/16

Sr. Alcalde de San Sebastián de los Reyes

Pza. de la Constitución, 1 – 28701 San Sebastián de los Reyes