

Dictamen: **199/15**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **22.04.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de abril de 2015, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre tercera modificación del contrato de gestión de servicios públicos denominado “*Servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de abril de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el coordinador general de la Alcaldía de Madrid, por delegación de la alcaldesa, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, relativa al expediente de tercera modificación del contrato de gestión de servicios públicos denominado “*Servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario*”.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de abril de 2015.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

1. Mediante tres Decretos de la delegada del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid, de 21 de noviembre de 2012, se adjudicó el contrato, dividido en tres lotes, a A, B y C.

El precio primitivo del contrato, sin IVA, era de 60.248.984,76; 59.763.492,45 y 58.886.032,82 de euros, respectivamente, para cada uno de los tres lotes. La vigencia prevista del contrato comprendía del 1 de diciembre de 2012 al 31 de marzo de 2015.

Los contratos relativos a los lotes 1 y 3 se formalizaron el 28 de noviembre de 2012 y el relativo al lote 2 se formalizó el 27 del citado mes y año.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato (cláusula 27 y apartado 17 de su Anexo I) y en el pliego de prescripciones técnicas (cláusula 1^a) se contemplaba la previsión de modificación del contrato en determinados términos y circunstancias.

En concreto el apartado 17 del Anexo I prevé la posibilidad de modificación del contrato siendo el porcentaje afectado de un 65,82% del precio y remitiéndose expresamente al pliego de prescripciones técnicas.

Este último establecía que el contrato incluiría una cláusula de modificación al alza para posibilitar la prestación del servicio a las personas declaradas dependientes por la Comunidad de Madrid en virtud de los acuerdos de colaboración que se formalicen entre el Ayuntamiento y la Comunidad.

De la misma forma la cláusula séptima de cada uno de los contratos suscritos preveía de un modo expreso la posibilidad de modificación del contrato.

2. El 31 de diciembre de 2012 se suscribió por el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid un convenio de colaboración para la atención a las personas en situación de dependencia y el desarrollo de otros programas de atención social.

En el convenio se establecía que los servicios de ayuda a domicilio, teleasistencia y centro de día se prestarían por el Ayuntamiento de Madrid a las personas en situación de dependencia que tuvieran reconocidos esos servicios en su Programa Individual de Atención (PIA), siendo financiados por la Comunidad de Madrid.

A raíz del citado convenio se inició el 16 de enero de 2013 un procedimiento para la modificación del contrato que fue dictaminado favorablemente por este Consejo en su Dictamen 107/13, de 20 de marzo.

Por Decreto de 9 de abril de 2013 de la delegada del área de gobierno de Familia, Servicios Sociales y Participación Ciudadana se aprobó la citada modificación incrementándose el precio del contrato en 36.000.000 de euros suponiendo unos incrementos del precio primitivo de los lotes del 22,38 %, 19,81 % y 16,55%.

3. El 30 de diciembre de 2013 se firmó un nuevo convenio de colaboración entre el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid para la atención a las personas en situación de dependencia y el desarrollo de otros programas de atención social.

En dicho convenio se establece (a los efectos del presente dictamen) que el Ayuntamiento de Madrid prestaría a las personas residentes en el municipio los servicios de ayuda a domicilio reconocidos en los

correspondientes PIA que estaban siendo atendidos tanto por el Ayuntamiento como por la Comunidad a fecha 31 de diciembre de 2013 así como las altas de nuevos usuarios que determine el órgano competente de la Comunidad de Madrid en materia de dependencia (cláusula sexta). El importe a abonar por la Comunidad sería de 54.000.000 euros.

La firma del convenio dio lugar a la segunda modificación del contrato con fecha 21 de mayo de 2014 habiendo sido previamente informados por este Consejo en el Dictamen 167/14, de 23 de abril.

4. El 27 de noviembre de 2014 la delegada del Área de Gobierno de Familia, Servicios Sociales y Participación Ciudadana acuerda prorrogar el contrato por un periodo comprendido entre el 1 de abril de 2015 y el 31 de octubre de 2016.

5. De igual forma el 30 de diciembre de 2015 se suscribió una adenda de prórroga al citado convenio por la que se acordaba prorrogar la colaboración al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015 (folio 127).

El plazo de vigencia de dicha adenda se extiende desde su firma hasta el 31 de diciembre de 2015.

4. El 31 de enero de 2015 la Dirección General de Mayores y Atención Social del Ayuntamiento formula una memoria (folios 1-3) en la que se propone una tercera modificación del contrato.

A tal efecto se indica que deriva del convenio suscrito con la Comunidad de Madrid limitándose a señalar que procede la modificación por un importe de 40.500.000 euros para el periodo entre abril y diciembre de 2015, calculando la distribución sobre la base de la efectuada en el año 2014, resultando una cuantía de 38.268.201,87 euros para el colectivo de mayores y 2.231.798,13 euros para el de discapacitados.

Partiendo de esa distribución y de lo establecido en el artículo 28 apartado 8 de las Bases de Ejecución del Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid para el año 2015 propone la siguiente modificación:

- Lote 1 (A): 15.334.678,53 euros.
- Lote 2 (B): 11.725.945,47 euros.
- Lote 3 (C): 13.439.376 euros

Dicha modificación extendería sus efectos desde su formalización hasta el 31 de diciembre de 2015.

6. Con fecha 2 de febrero de 2015 se comunica la posible modificación a las empresas contratistas que prestan su conformidad por escritos de 3 de febrero (B), 4 de febrero (C) y 6 de febrero de 2015 (A).

7. El 10 de febrero de 2015, las Direcciones Generales de Mayores y Atenciones Social y Familia, Infancia, Voluntariado, Educación y Juventud formulan tres propuestas de decreto para la modificación del citado contrato en cada uno de sus lotes así como las correspondientes propuestas de acuerdo de autorización y disposición de gasto (folios 30-43) que, posteriormente, fueron anuladas.

8. Con fecha 12 de febrero de 2015 se solicita informe a la Dirección General de la Asesoría Jurídica y a la Oficina de Colaboración Público Privada e Innovación Social y el 11 de marzo de 2015 se pide informe al jefe de servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales.

El 25 de febrero de 2015 la subdirectora general de la Oficina de Colaboración Público Privada con el visto bueno del director general de Contratación y Servicios emite informe en el que considera que la

modificación propuesta no altera el equilibrio económico financiero del contrato.

El 5 de marzo de 2015, las Direcciones Generales de Mayores y Atenciones Social y Familia, Infancia, Voluntariado, Educación y Juventud formulan tres nuevas propuestas de decreto para la modificación del citado contrato en cada uno de sus lotes así como las correspondientes propuestas de acuerdo de autorización y disposición de gasto (folios 50-66) que sustituyen a las formuladas el 10 de febrero que quedan así anuladas.

El 24 de febrero la Asesoría Jurídica emite informe favorable a la propuesta de segunda modificación (folios 67-73).

Destaca el informe que la modificación propuesta tiene como “*aspecto más problemático*” el porcentaje máximo de modificación recogido en los pliegos (65,82%). Considera, al igual que la propuesta de modificación, que ese porcentaje se corresponde con el periodo inicial del contrato en tanto que en los periodos de prórroga (como es el caso) el límite que no puede sobrepasarse es el de 54.500.000 euros/año que se estableció como cantidad máxima a financiar por la Comunidad de Madrid.

Entiende que una interpretación contraria (entender que las modificaciones tienen carácter acumulativo sin poder sobrepasar el 65,82%) haría imposible la prestación durante la prórroga.

Por ello entiende aceptable la modificación aplicando las normas del Código Civil relativas a la interpretación de los contratos (artículos 1281,1282 y 1285) salvo mejor criterio del Consejo Consultivo.

El 12 de marzo de 2015 emite informe el Servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales con el visto bueno del director General de Presupuestos (folios 77-79).

Con esa misma fecha la subdirectora general de la Oficina de Colaboración Público Privada remite una nota interna en la que señala que, recibido el nuevo informe propuesta se mantiene lo consignado por esa Oficina en su informe anterior.

En esa misma fecha emite informe el Servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales dependiente de la Dirección General de Presupuestos.

9. Constan en el expediente tres borradores de Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se autoriza y dispone los gastos plurianuales correspondientes a cada uno de los lotes objeto de la presente modificación.

10. El 16 de marzo se solicita informe a la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid que, con fecha 20 de marzo, solicita diversas correcciones y que se aclare los efectos de la incorporación a partir del 1 de julio de 2015 de personas declaradas dependientes de grado 1.

Respecto a esto último el 25 de marzo de 2015 la subdirectora general de mayores emite una nota en la que esa incorporación no se prevé que tenga efectos durante el año 2015 y se contesta a las correcciones solicitadas.

Una vez cumplimentado el requerimiento se emiten informes el 27 de marzo para cada uno de los lotes por el interventor delegado con el visto bueno del interventor general (folios 105-107).

11. El 30 de marzo de 2015 la delegada del Área de Gobierno de Familia, Servicios Sociales y Participación Ciudadana emite un decreto suspendiendo el plazo para resolver el procedimiento al solicitarse el dictamen del Consejo Consultivo

12. En esa fecha la secretaria general técnica del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales solicita al coordinador general de la Alcaldía que se recabe el dictamen de este Consejo con carácter de urgencia al ser “(...) *de gran trascendencia social que la modificación propuesta sea aprobada a la mayor brevedad posible*”.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f.) apartado cuarto, de la LCC; a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por las entidades locales relativos, entre otros aspectos de la contratación del sector público, a las modificaciones de los contratos administrativos cuando así lo prevea la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

A estos efectos, el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas en los supuestos de modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente sea superior a un diez por ciento del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LCC “*Las solicitudes*

de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 de la LCC.

SEGUNDA.- La disposición final única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP, establece que la citada norma entraría en vigor al mes siguiente a su publicación en el B.O.E. Por ello, al publicarse en el B.O.E. nº 276, de 16 de noviembre de 2011, la entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de dicho año.

Al adjudicarse este contrato el 21 de noviembre de 2012 resulta de aplicación el citado TRLCSP.

Con carácter subsidiario, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Además, ante la falta de un desarrollo reglamentario en la materia de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse aplicable el Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El artículo 211 TRLCSP exige una serie de trámites, con carácter general, en los procedimientos de interpretación, modificación y resolución.

Así, establece la necesidad de audiencia del contratista que, igualmente, exige el artículo 102 del RGLCAP referido específicamente al procedimiento para las modificaciones contractuales.

El apartado 2º del artículo 211 exige, en el ámbito de la Administración General del Estado, el informe del Servicio Jurídico, siendo un precepto sin carácter básico.

Tratándose de una entidad local, el artículo 114 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, exige el informe de la Secretaría y de la Intervención, requisito este último exigido también en el artículo 102 del RGLCAP.

Consta en el expediente que se ha dado audiencia a los contratistas, se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica que sustituye en el Ayuntamiento de Madrid y en los municipios de gran población al informe de la Secretaría y, finalmente, se ha recabado informe de la Intervención General.

Además se ha recabado informe de la Subdirección General de Colaboración Público Privada (Dirección General de Contratación y Servicios) y del Servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales (Dirección General de Presupuestos).

Debe hacerse una especial referencia a la necesidad de dictamen del Consejo Consultivo.

Como se ha expuesto, el artículo 211.3 TRLCSP exige el dictamen del órgano consultivo cuando las modificaciones, aislada o conjuntamente, superen el 10% del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

La modificación que se propone representa un aumento del importe del contrato de 15.334.678,53 euros (lote 1), 11.725.945,47 euros (lote 2) y 13.439.376 euros (lote 3) y los precios primitivos del contrato (IVA excluido) eran, para cada uno de los lotes, de 60.248.984,76;

59.763.492,45 y 58.886.032,82 de euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Como ya indicamos en nuestros dictámenes 107/13, de marzo y 160/14, de 23 de abril, no resulta precisa la audiencia a los avalistas ni la existencia de un acuerdo expreso de inicio del procedimiento que puede suplirse con la audiencia a los contratistas.

Para concluir los aspectos procedimentales, el artículo 102 del RGLCAP exige la redacción de la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoran la modificación que se pretende realizar, la audiencia al contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

A estos efectos consta en el expediente una memoria en la que se describe, valora y justifica la modificación.

Por todo ello ha de concluirse que se han cumplimentado adecuadamente los trámites establecidos para las modificaciones de contratos administrativos.

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 1256 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, tal y como establece expresamente el artículo

210 TRLCSP, entendiendo nuestro Dictamen 107/13 que, en el presente caso, dicho interés estaría acreditado al existir un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid para que éste gestione determinados servicios de atención a las personas dependientes en el marco de lo establecido en el artículo 12 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Al formalizarse el 30 de diciembre de 2014 una adenda al convenio de colaboración suscrito el 31 de diciembre de 2013 debe entenderse igualmente existente ese interés público ante la necesidad de dar cumplimiento a las nuevas obligaciones asumidas por el Ayuntamiento de Madrid.

CUARTA.- 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.

Así el artículo 105 del TRLCSP establece que 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 caso que nos ocupa los pliegos prevén la posible modificación del contrato pero no de una manera meramente genérica, lo cual sería inadmisibles, sino que el Pliego de Cláusulas Administrativas (cláusula 27^a y punto 17 del Anexo I) contempla la posibilidad de modificar el contrato hasta un 65,82% remitiéndose en cuanto a los supuestos y condiciones a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas cuya cláusula 1^a, tras definir el objeto del contrato, establecía que el contrato incluye una

cláusula de modificación al alza para posibilitar la prestación del servicio a las personas declaradas dependientes por la Comunidad de Madrid en virtud de los acuerdos de colaboración que se formalizasen.

Añadía que la financiación del servicio correspondería a la Administración Autónoma que podría aportar hasta 54.500.000 de euros al año lo que haría un total un total de 122.625.000 euros, IVA incluido, para todo el periodo de vigencia del contrato.

Las prestaciones a recibir por los nuevos usuarios serían idénticas a las que reciben los colectivos de la Ciudad de Madrid a los que se dirige el servicio e, igualmente, el adjudicatario tendría las mismas obligaciones y percibiría el mismo precio por hora de servicio pactada.

Los nuevos usuarios estarían obligados al pago de las mismas tarifas que el resto.

Nuestros anteriores dictámenes a propósito de las modificaciones precedentes concluían que se respetaba la normativa legal orientada a que los licitadores conocieran las posibles modificaciones del contrato en el procedimiento previo de licitación, garantizando la igualdad de los licitadores y la libre concurrencia toda vez que las modificaciones propuestas no superaban los límites que se preveían en los pliegos y que fueron tenidos en cuenta por los licitadores.

La cuestión “*problemática*” de la presente modificación estriba en si se respeta el límite máximo fijado del 65,82% establecido en los pliegos para los supuestos en los que existiera financiación de la Comunidad de Madrid.

Como reconocen los diversos informes obrantes en el expediente, la presente modificación supera el citado límite máximo.

El informe propuesta de las Direcciones Generales promotoras del contrato, aceptado por la Asesoría Jurídica Municipal, se basa en entender

que el citado límite, a calcular sobre el precio inicial, es de aplicación al periodo de duración del contrato (que expiró el 31 de marzo de 2015) en tanto que, al prorrogarse el contrato hasta octubre de 2016, ya no rige dicho límite sino que únicamente es aplicable el genérico de no superar los 54.500.000 euros por cada ejercicio que preveía el pliego de prescripciones técnicas como cantidad máxima a aportar por parte de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, la propuesta de modificación entiende (folio 53) que los licitadores conocían la posibilidad de modificación del contrato en función de la aportación máxima de la Comunidad de Madrid y que su duración total sería de 12 años y 4 meses lo cual pudieron tener en cuenta al formular sus ofertas.

Como acabamos de indicar, el artículo 106 TRLCSP establece que la posibilidad de modificar el contrato ha de constar en los pliegos de forma *“clara, precisa e inequívoca”* y asimismo ha de constar 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”*.

Aun a riesgo de ser reiterativos es preciso recordar los términos en los que el contrato permite su modificación.

El pliego de cláusulas administrativas establece en su cláusula 27^a que solo puede modificarse el contrato con arreglo a lo establecido en el pliego o en los supuestos del artículo 107 TRLCSP.

El punto 17 del Anexo I prevé la posibilidad de modificar el contrato al amparo del artículo 106 TRLCSP fijando como *“porcentaje afectado”* un 65,82% añadiendo que *“los supuestos y condiciones en que podrá modificarse el contrato serán los establecidos en el pliego de prescripciones técnicas”*. Éste, al describir el servicio de ayuda al domicilio recoge el que el contrato incluye una cláusula de modificación al alza para posibilitar la

prestación del servicio a las personas declaradas dependientes por la Comunidad de Madrid en función de los convenios de colaboración suscritos con esa Administración la cual *“podría aportar hasta 54.500.000 € al año, lo que haría un total de 122.625.000 € IVA incluido, para todo el periodo de vigencia del contrato”*

Poniendo esta última cifra en relación con el presupuesto total IVA incluido del contrato se observa que responde aproximadamente con el 65,82% del presupuesto total. Si sumamos las dos modificaciones aprobadas y la que se pretende llevar a cabo la suma asciende a 130.500.000 euros. Es decir se supera el porcentaje del 65,82 % y la cifra total de ampliación del contrato que recogía el pliego de prescripciones técnicas.

No puede aceptarse la interpretación del Ayuntamiento de Madrid en cuanto a que, al haberse prorrogado el contrato, no resultaría operativo el límite del 65,82% y tan solo sería aplicable el límite máximo de la aportación de la Comunidad de Madrid.

Debe tenerse en cuenta que estamos en presencia de un contrato administrativo que se rige por las normas de contratación pública, tanto nacionales como europeas, por lo que la interpretación debe ajustarse a dicha normativa y a los principios que la presiden y solo supletoriamente se pueden tener en cuenta las reglas interpretativas del Código civil. Pues bien, no es solo que no sea tan evidente que esa era (artículo 1285 del Código Civil) la voluntad de los contratantes (más bien del Ayuntamiento) sino que el propio Código establece que ha de estarse al sentido literal de las cláusulas cuando los términos del contrato sean claros (artículo 1281) sin que deban entenderse comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar (artículo 1283).

En este caso la lectura de los pliegos permite entender que el Ayuntamiento (que conviene recordar que fue quien redactó los pliegos a los efectos del artículo 1288 del Código Civil) fijó la posibilidad de modificación en función de las aportaciones de la Comunidad de Madrid con tres límites: 54.500.000 euros al año y un total de 122.000.000 euros lo que suponía un porcentaje del 65,82%.

No puede entenderse que, al prorrogarse el contrato, tan solo sea de aplicación uno de esos límites ya que la lectura del contrato no permite entender que los licitadores tuvieran conocimiento de esa posibilidad. Aceptar esa interpretación sería tanto como afirmar que el contrato prorrogado es un nuevo contrato al que no se le son aplicables los límites fijados en los pliegos.

Para solucionar este tipo de problemas la legislación de contratos ha acuñado el concepto del valor estimado del contrato en el que han de incluirse cualquier forma de opción eventual y las posibles prórrogas, siendo aplicable este concepto a los contratos de gestión de servicios públicos (Informe 49/10, de 28 de octubre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Pues bien, en el pliego no se recoge el valor estimado y tan solo se recoge los presupuestos base y total y la cantidad máxima a aportar por la Comunidad de Madrid.

Por tanto no se puede afirmar que los licitadores tuvieran un conocimiento claro de que la prórroga del contrato traería consigo la posibilidad de modificar el contrato más allá de lo previsto en los pliegos.

No es que estemos solo ante una modificación que va más allá de los pliegos sino que estaríamos ante un supuesto que encaja en la reiterada jurisprudencia comunitaria que rechaza este tipo de modificaciones contractuales.

Como recuerda el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de abril de 2010 Wall AG (C-91/08), a propósito de una concesión de servicios, si las modificaciones introducidas en un contrato tienen características sustancialmente distintas de las que justificaron la concesión, procede adoptar las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. Así ha considerado –sentencia de 19 de junio de 2008 Preetext Nachrichtenagentur (C-454/2006)- que ocurre cuando el contrato se amplía a servicios inicialmente no previstos.

En este caso nos encontramos ante un contrato en el que se preveía expresamente una modificación que ahora pretende superarse en función de la interpretación del órgano de contratación en respuesta a un problema que los propios servicios municipales califican como “*problemático*”.

Como hemos indicado, el artículo 106 TRLCSP establece que la posibilidad de modificación ha de figurar de forma clara, precisa e inequívoca lo cual no puede predicarse de la interpretación que pretende hacer el Ayuntamiento de Madrid. La ampliación del contrato en términos no contemplados en el pliego supondría afectar un elemento esencial del contrato como es el precio –sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005 Comisión c. España (C-54/03) por más que estos sean unitarios.

En suma, la modificación que se plantea no tiene una cobertura clara y precisa en los pliegos por lo que su aprobación iría en contra de lo establecido en la normativa de contratación pública, los propios pliegos y los principios comunitarios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores.

QUINTA.- Es cierto que, como recogimos en nuestro Dictamen 160/14, en materia de servicios sociales, el artículo 19 de la reciente

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión no aplica lo dispuesto en el artículo 43 de la citada Directiva respecto a la modificación de esos contratos durante su periodo de vigencia dejando al legislador nacional una mayor libertad de actuación a la hora de su transposición pero ello no quiere decir, sin más, que los límites establecidos en la normativa española vigente puedan ser eludidos.

Como recuerda la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2006 Adeneler (C-212/04) la obligación de interpretación conforme nace únicamente a partir de la expiración del plazo de transposición y, en todo caso, la interpretación conforme no puede dar lugar a una inaplicación de normas legales vigentes puesto que ello sería anticipar el efecto directo de la directiva sin que los Estados estén obligados a inaplicar su normativa interna –sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2006 Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-138/05).

La lectura de las nuevas directivas comunitarias permite comprobar que se deja a los Estados la posibilidad de establecer características especiales en determinados aspectos de la licitación de servicios sociales pero esa posibilidad no puede interpretarse de forma que altere la normativa que rigió una licitación alterando las circunstancias conocidas por los licitadores a lo que se ha de sumar el margen de apreciación que conceden las Directivas a los Estados.

SEXTA.- Ahora bien, lo expuesto en las consideraciones jurídicas anteriores, no afecta a que, aun no siendo posible la modificación en los concretos términos planteados en la propuesta, sí es posible modificar el contrato en el porcentaje que corresponda descontando del límite máximo del 65,82% previsto en los pliegos las modificaciones ya efectuadas.

Esto permitiría mantener la prestación de un servicio tan esencial como es el que se presta con el presente contrato en tanto el Ayuntamiento adopta las medidas que considere procedentes.

En mérito de cuanto antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la aprobación de la tercera modificación del contrato de gestión de servicios públicos “*Servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario*” en los términos concretos propuestos por el Ayuntamiento de Madrid.

El Ayuntamiento podría modificar el contrato en el porcentaje que proceda hasta el límite máximo del 65,82% previsto en los pliegos.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 22 de abril de 2014