

Dictamen nº: **406/17**

Consulta: **Alcalde de San Sebastián de los Reyes**

Asunto: **Contratación Administrativa**

Aprobación: **11.10.17**

DICTAMEN de la Comisión Permanente de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 11 de octubre de 2017, 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 11 de septiembre de 2017 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 370/17, 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 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 11 de octubre de 2017.

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

1. Los pliegos que rigen el contrato de servicios para la conservación, mantenimiento y mejora de zonas verdes municipales, arbolado de alineación y mobiliario urbano de San Sebastián de los Reyes se aprobaron el 16 de diciembre de 2014. El contrato se adjudicó el 6 de mayo de 2015 a la Unión Temporal de Empresas denominada Constructora San José, S.A.-El Ejidillo Viveros Integrales, S.L. (en adelante, “*la adjudicataria*” o “*contratista*”) 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.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) establecía en su cláusula 30 las causas por las que el contrato podría modificarse:

“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.*
- *Implantación de innovaciones tecnológicas en los servicios de conservación y limpieza de zonas verdes, que permitan variar los sistemas o procedimientos adjudicados para mejorar la sostenibilidad en el municipio o disminuir su coste de prestación. El importe máximo de la modificación por este concepto no podrá alcanzar más del 5% del precio del contrato.*
- *Variación de las condiciones socio-económicas del municipio que obliguen a ajustar a la baja las prestaciones del contrato original con motivo de la imprescindible aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria. Se entenderá que existen estas variaciones cuando se produzca una disminución de al menos el 5% de los ingresos municipales corrientes calculados respecto al presupuesto liquidado del año anterior al que se realice la modificación del contrato.*

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. Solo excepcionalmente por causas imprevistas fundadas en el interés público podrá superarse este porcentaje, siempre previo informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid”.

El pliego de prescripciones técnicas del contrato (en lo sucesivo, PPT) en su cláusula 3.1.1.1.3, dedicada a los entrecavados y escardas, preveía la escarda mediante labor manual o mecánica y/o escarda química y señalaba que en la escarda de paseos, plazas, zonas estanciales terrizas y de todos los elementos de obra civil de los jardines y en el mobiliario urbano serían necesarias escardas químicas. Las escardas químicas debían ser aprobadas específicamente por la Dirección Municipal del Contrato, quien tendría que aprobar el tipo de herbicida, lugar de aplicación y dosis. En cualquier caso, los productos a utilizar se ajustarían estrictamente a la Normativa existente y se utilizarían en todos los casos productos no residuales.

El 21 de septiembre de 2016, tras nuestro Dictamen favorable (núm. 388/2016 de 6 de septiembre), el contrato fue objeto de una primera modificación para incluir nuevas zonas de las Urbanizaciones Moscatelares, Tejas Verdes, Pilar de Abajo, y parques del Cerro del Tambor y la Marina, con un incremento del precio del contrato primitivo del 15,08% que supuso, para 42 meses de contrato, un importe de 1.699.773,64 € (IVA 21% incluido) para conservación y de 631.157,95 € (IVA 10% incluido) para trabajos de limpieza.

2. El 17 de septiembre de 2015 el Pleno del Ayuntamiento aprobó una declaración institucional que prohibía el uso de herbicidas químicos en todos los espacios del municipio, salvo para uso agrícola, acordando que los trabajos de eliminación de vegetación se realizasen con métodos no químicos y acordaba la sustitución de herbicidas por métodos no contaminantes que no dañasen la salud ni el medio ambiente, incluyendo métodos mecánicos y térmicos.

El 8 de marzo de 2017 la empresa contratista solicitó al Ayuntamiento la modificación del contrato al concurrir la causa de modificación prevista en el artículo 107.1,e) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo

3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) para incrementar la mano de obra en 9,5 operarios de jardinería al año, lo que supondría un sobrecoste anual de 240.278,46 €/año, a lo que habrían de añadirse 41.959,03 € anuales en concepto de plus de peligrosidad que habría de abonarse a los trabajadores por la realización de escardas manuales. Esta solicitud que se presentó sin firmar, se reiteró firmada posteriormente el 28 de abril de 2017.

El 2 de junio de 2017 la contratista presentó un nuevo escrito en el que fijaba la propuesta de modificación en 17.345 horas más de las previstas en contrato para atender la escarda manual en medianas, rotondas e isletas, 15 jardineros adicionales para realizar 25.545,07 horas/año adicionales a las previstas en la oferta para hacer estas labores de escarda manual y lograr los estándares de calidad fijados en el pliego de prescripciones Técnicas (en lo sucesivo, PPT) y reiteraba la solicitud de que el Ayuntamiento iniciase los trámites para modificar el contrato.

El 6 de junio de 2017 la Concejalía Delegada de Medio Ambiente propuso una modificación reduciendo los trabajadores que proponía la empresa para no rebasar el límite porcentual del 5 % para que la modificación fuera posible y se invocaba la causa prevista en la cláusula 30 del PCAP (*“implantación de innovaciones tecnológicas en los servicios de conservación y limpieza de zonas verdes, que permitan variar los sistemas o procedimientos adjudicados para mejorar la sostenibilidad en el municipio”*). Se acompañaba la justificación económica de la modificación del contrato en la que se calculaban los costes de la modificación a partir del 1 de octubre de 2017 en 17.343 horas adicionales para escarda manual en medianas, rotondas e isletas; 6 operarios adicionales a jornada completa durante todo el año y 3 operarios más en temporada durante tres meses al año, para las labores de escarda manual. También se preveía el incremento de medios

materiales en 4 unidades de sopladoras silenciosas, 7 motocultores y 1 segadora; lo que supondría 769.283,65 € de coste total de la modificación para el periodo 1 de octubre 2017 a 28 de febrero de 2020. La modificación representaría un 4,98% del coste del contrato inicialmente adjudicado.

El 11 de agosto de 2017 el jefe del Servicio de Contratación informó que la modificación que se pretendía no estaba incluida dentro de las causas de modificación previstas en los pliegos del contrato pero que podía subsumirse en el artículo 107.1,b) del TRLCSP:

“Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas”.

3. El 14 de agosto de 2017 la Junta de Gobierno Local acordó iniciar el procedimiento para modificar el contrato, dar audiencia al interesado y, *“por tratarse de una modificación de contrato que conjuntamente con la aprobada por la Junta de Gobierno en sesión de 21-9-2016 supone un porcentaje de modificación del contrato superior a al 10% del mismo, y superar el contrato el importe estimado de 6.000.000 €, solicitar dictamen preceptivo del Órgano Consultivo de la Comunidad de Madrid al que se acompañará propuesta de resolución del Servicio de Contratación”*.

Notificada la propuesta municipal a la contratista, el 17 de agosto manifestó que *“la propuesta formal de modificación de contrato no indica que se incorporarán 9 operarios adicionales para las labores de escarda*

manual todo el año, sino que se incorporarán 6 operarios durante todo el año y 3 operarios en temporada al durante 3 meses al año”.

El 22 de agosto se emitió informe jurídico sobre la modificación propuesta y manifestó que, dado que existía una razón de interés público evidente, la modificación podía subsumirse en el supuesto previsto en la cláusula 30 del PCAP, que transcribía parcialmente (*“la implantación de innovaciones tecnológicas en los servicios de conservación y limpieza de zonas verdes, que permitan variar los sistemas o procedimientos adjudicados para mejorar la sostenibilidad del municipio... El importe máximo de la modificación por este concepto no podrá alcanzar más del 5% del precio del contrato”*).

Además, “*si existiera alguna duda sobre esta justificación*”, podría considerarse que se dan los presupuestos para incluir la modificación en el artículo 107.1,e) del TRLCSP: *“Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”*. Señalaba que esta modificación en ningún caso alteraba las condiciones esenciales de la contratación, ya que estaba justificado en el informe del jefe del Servicio de Contratación que la relación entre prestación y precio no se alteraba, abonándose los precios unitarios que resultaron de la licitación, existiendo únicamente un incremento proporcional de recursos humanos y gastos de plus de peligrosidad derivados de la prohibición acordada de usos de herbicidas químicos.

Emitía informe favorable porque concluía que *“en cualquiera de las circunstancias, no se superan los límites porcentuales establecidos para la modificación del contrato, ni del 5% para esta modificación, ni la del 21% teniendo en cuenta la modificación ya realizada”*.

El informe de la Intervención, de 21 de agosto de 2017, indicaba que en el ejercicio de 2017 había crédito suficiente para hacer frente a la

modificación propuesta y que para los años sucesivos y convertida la modificación en un compromiso de gasto plurianual, habría de dotarse de crédito suficiente en los presupuestos de 2018 a 2010 para atender las obligaciones derivadas de la modificación del contrato por lo que se iba a proceder a emitir un documento contable de retención de crédito para los ejercicios futuros.

El jefe del Servicio de Contratación, a instancias de la Junta de Gobierno Local, formuló la propuesta de resolución en la que no consideraba de aplicación la causa de modificación prevista en la cláusula 30 del PCAP sino la señalada en al artículo 107.1.e) del TRLCSP. Señalaba que la relación entre prestación y precio no se alteraba, en cuanto se seguirían abonando los precios unitarios que resultaron de la licitación para las concretas prestaciones previstas en pliego, e igualmente la misma cuantía del plus de peligrosidad según convenio colectivo, habiendo lógicamente un incremento proporcional a las nuevas necesidades de recursos humanos y de gastos, de plus de peligrosidad derivados de la prohibición de herbicidas químicos y sus sustitución por labores manuales, pero siempre guardando la relación prestación-precio prevista en la oferta y contrato correspondiente, que no se alteraba y que sufría un incremento directamente proporcional.

Afirmaba que la modificación no prevista en el PACP suponía un 4,98% del precio del contrato, inferior al límite del 10% para modificaciones no previstas, por lo que era posible la modificación. Además, si se consideraba la modificación no prevista conjuntamente a la prevista en el PCAP por la que ya se había modificado previamente el contrato, el porcentaje de modificación acumulado alcanzaría el 20,06% de modificación del precio original, por debajo del límite del 21% de modificaciones máximas previstas que se establecía en la cláusula 30 del PCAP.

La propuesta también preveía el reajuste de la garantía definitiva para adaptarla a las nuevas condiciones del contrato surgidas tras la modificación.

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 “*cuantera 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, el porcentaje de modificación del precio del contrato es de 4,98% según los informes obrantes en el expediente remitido, pero hay que tener en cuenta que el contrato ya fue objeto de una primera modificación que, conjuntamente considerada con la que ahora se propone alcanzaría un porcentaje de 20,06 € de modificación del precio original del contrato.

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: “*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*”.

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA. La modificación del contrato administrativo es una prerrogativa prevista en los artículos 210, 211 y 219 del TRLCSP que ha de ajustarse al procedimiento previsto en los artículos 108 y 211 del dicho cuerpo legal, y, para las cuestiones procedimentales no previstas, se aplicará supletoriamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LCPA), según dispone la disposición final tercera del TRLCSP en su apartado 1. En este sentido se ha pronunciado 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), si bien la referencia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de entenderse realizada a la vigente LPAC.

El artículo 108 del TRLCSP, como decimos, regula el procedimiento de modificación de los contratos y distingue entre las modificaciones previstas en los pliegos que rigen el contrato y las modificaciones no previstas, y remite al artículo 211 del TRCLSP.

La modificación que se propone no está prevista en la cláusula 30 del PCAP -que además señala el procedimiento aplicable en los casos que allí se regulan-, por lo que hay que acudir a los trámites dispuestos por 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*”.

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 del municipio.

El 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.

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

En el contrato que nos ocupa, si bien consta que la Junta de Gobierno Local acordó el inicio del procedimiento de modificación del contrato el 14 de agosto de 2017, lo cierto es que la modificación ya la había instado la contratista previamente en marzo de 2017 y reiterado en abril y junio, por lo que habrá de considerarse que este procedimiento se ha iniciado a instancia de parte. Esta puntuación tiene repercusión en cuanto a los efectos de no resolverse en plazo el procedimiento de modificación. Así, en los procedimientos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (*ex artículo 25.1.b* de la LPAC). En cambio, cuando se trata de procedimientos iniciados a instancia de parte, la falta de resolución en plazo no produciría su caducidad, sino la desestimación presunta, ya que, en línea de principio, los procedimientos de revisión de oficio iniciados a instancia de parte interesada no deben ser entendidos como susceptibles de producir efectos desfavorables para aquella. En cualquier caso, incluso en el caso de considerarse que el inicio del procedimiento de modificación se produjo de oficio por la Administración municipal, tampoco estaría caducado el procedimiento puesto que, pese a no haber hecho uso el municipio de la facultad de suspenderlo de conformidad con el artículo 22.1,d) de la LCAP, no ha transcurrido el plazo de tres meses señalado por el artículo 21.3 de la LCAP para los procedimientos

que no tengan señalado un plazo determinado en sus normas reguladoras.

En este procedimiento se ha cumplido el trámite de audiencia a la empresa contratista, que el 17 de agosto de 2017 puso de manifiesto la reducción de operarios en relación a los solicitados por él para el cumplimiento del contrato, reducción que –según se menciona en el expediente- se ha adoptado para no superar los límites porcentuales para permitir la modificación.

Asimismo, el 21 de agosto se emitió informe de fiscalización de la Intervención municipal. En cuanto al informe jurídico, la referencia al informe de la Secretaría del artículo 114.3 del TRLRL 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), emitido el 22 de agosto de 2017.

El trámite de audiencia ha de ser el último a efectuar, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución [cfr. artículo 82 de la LPAC].

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 y el propio artículo 82 de la LPAC ordena el trámite de audiencia antes del informe jurídico.

Conforme al criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que hacemos nuestro, plasmado entre otros, en sus dictámenes

107/13, 167/14 y 343/15, no resulta precisa la audiencia a los avalistas en los casos en que no existe reajuste de la garantía, o si existe, no les genera indefensión la falta de audiencia, porque resulta una eventualidad previsible al figurar la modificación en la documentación que rige la licitación y porque, en realidad, dicho reajuste implica una carga económica para el contratista y no para el avalista, que no se ve de esta manera estrictamente perjudicado en su posición inicial a pesar de la modificación del contrato.

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, además de la audiencia al contratista y la fiscalización del gasto correspondiente, la redacción de la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren la modificación que se pretende realizar. A este mandato responde la propuesta de resolución del jefe del Servicio de Contratación, formulada a instancias de la Junta de Gobierno Local.

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 del TRLCSP*. En el presente expediente dicho interés se justifica en la declaración institucional del 17

de septiembre de 2015 por la que el Pleno del Ayuntamiento, con el fin de proteger a los vecinos del municipio, sus aguas y su patrimonio natural, prohibió el uso de herbicidas químicos que no dañanen la salud ni el medio ambiente, lo que redunda en su sostenibilidad medioambiental.

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), para evitar que un uso abusivo de las modificaciones contractuales conculcasen los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia que deben presidir la contratación pública.

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*”.

La modificación que se propone no puede considerarse incluida dentro de las señaladas en la cláusula 30 del PCAP puesto que no estamos ante una innovación tecnológica que motive la modificación, como en algún momento se planteó en el expediente de modificación del contrato.

Por otro lado, el acuerdo de incoación del procedimiento alegó como causa de modificación la señalada en el artículo 107.1,b) del TRLCSP:

“Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas”.

Sin embargo, la propuesta, acogiendo lo alegado por el contratista, señala que, concurre “*más certamente, sin excluir la anterior*”, la causa prevista en el artículo 107.1,e) del TRLCSP: “*Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato*”.

El artículo 107 ha de interpretarse según la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 1 de marzo de 2012, publicada en el BOE por la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado. La recomendación surge al haber planteado la Comisión Europea la necesidad de que se realizase una interpretación uniforme en toda la Unión Europea que fuera coherente con las Directivas en materia de contratación pública y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En concreto, respecto de la causa consignada en el apartado e) del artículo 107.1 del TRLCSP, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala lo siguiente:

“Se refiere a las modificaciones de un contrato público debidas a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato. En estos casos, cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato”.

En este caso, el PPT preveía que la escarda se pudiera hacer tanto por medios químicos como por medios manuales, pero el 17 de septiembre de 2015 el Pleno del Ayuntamiento aprobó una declaración institucional que prohibía el uso de herbicidas químicos en todos los espacios del municipio, salvo para uso agrícola, acordando que los trabajos de eliminación de vegetación se realizasen con métodos no químicos y acordaba la sustitución de herbicidas por métodos no contaminantes que no dañasen la salud ni el medio ambiente, incluyendo métodos mecánicos y térmicos. De esta forma, mediante dicha declaración institucional se restringía la forma de ejecución del contrato, firmado el 30 de julio de 2015, al excluir la escarda química por haberse prohibido en el municipio la utilización de herbicidas.

Interpretando la causa esgrimida a la luz de la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no puede considerarse que concurra la causa de modificación del artículo 107.1,d) del TRLCSP al ser la misma Administración contratante la que ha aprobado la declaración que afecta a la ejecución del contrato sin que se haya previsto esta circunstancia en los pliegos. No es admisible que un contrato cuyos pliegos se han aprobado el 16 de diciembre de 2014, que se ha adjudicado el 19 de mayo de 2015 y que se formalizó el 30 de julio

de 2015, venga a ser modificado por la misma Administración contratante por una declaración institucional de 17 de septiembre de 2015 que se basa en una directiva comunitaria de 2009, traspuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre, sin que nada se mencione en dichos pliegos.

En este caso, en el que poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de las medidas aprobadas que afectan a las especificaciones del contrato, nos encontramos que, al igual que en el supuesto del artículo 107.1.b) del TRLCSP, aplicando toda la diligencia requerida, los pliegos del contrato deberían haber definido las prestaciones del contrato teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretendían aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato.

Admitir esta causa de modificación del contrato –o la del artículo 107.1.b)- iría en contra de la seguridad jurídica y facilitaría la modificación de los contratos de forma no admitida por el TRLCSP y las Directivas comunitarias, ya que posibilitaría que, una vez formalizado un contrato, se modificase por el mismo poder adjudicador mediante la aprobación de disposiciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad.

Si se pretenden aprobar con posterioridad a la adjudicación del contrato nuevas especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad que puedan afectar a su ejecución, debe preverse en los pliegos del contrato porque el artículo 107 regula las modificaciones por causas imprevistas pero no puede amparar la imprevisión administrativa.

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

CONCLUSIÓN

No procede la 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*”.

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.

Madrid, a 11 de octubre de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 406/17

Sr. Alcalde de San Sebastián de los Reyes

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