

Expediente Núm. 93/2015
Dictamen Núm. 110/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 12 de junio de 2015, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 18 de mayo de 2015 -registrada de entrada al día siguiente-, examina el expediente relativo a la modificación del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el concejo de Castrillón, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de julio de 2005, se adjudica el contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el concejo de Castrillón por diez años y un precio de 12.918.102,50 €, IVA incluido. El día 26 del mes siguiente se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obra incorporado al expediente que analizamos el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación, en cuya cláusula 4 se establece, a propósito de la duración del contrato, que “será de diez (10) años, contados a partir de la firma del acta de comienzo de ejecución de los servicios”, si bien, “por acuerdo entre las partes, podrá ser prorrogado por un periodo de diez años, previo acuerdo expreso de la Corporación”.

Respecto a la modificación del contrato, se señala en la cláusula 26 que “la Administración tiene la potestad de modificar el contrato cuando así lo demanden razones de interés público o la mejor prestación del servicio./ Cuando la modificación carezca de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos./ Si la modificación tiene implicaciones económicas, es necesario distinguir los siguientes supuestos:/ A.- Modificaciones que impliquen supresiones o reducciones de servicios que hayan resultado como consecuencia del ajuste definitivo tras la puesta en marcha de las prestaciones de la oferta que finalmente se haya contratado. Estas modificaciones serán obligatorias para el adjudicatario, que no tendrá derecho a indemnización alguna, e implicarán la reducción correspondiente en el precio del contrato./ B.- Modificaciones que supongan aumento de servicios iguales a los previstos en el contrato. Son obligatorias para el contratista, y el Ayuntamiento deberá respetar el equilibrio económico del contrato, que se plasmará en la valoración y pago de dichas unidades o servicios nuevos o modificados./ La valoración en ningún caso podrá ser superior a la fijada en el contrato para unidades iguales o similares. Por valoración en contrato, debe entenderse el valor inicial del primer año de contrato más las revisiones que, en su caso, se hubieran efectuado./ C.- Modificaciones que impliquen aumento de servicios no previstos en el contrato. No serán obligatorias para el contratista. Su valoración se determinará por mutuo acuerdo entre las partes. Si dicha solución no fuera posible, el

Ayuntamiento de Castrillón podrá contratar con quien estime conveniente la ejecución de este servicio de acuerdo con la legislación vigente”.

3. El día 1 de septiembre de 2005 las partes suscriben un acta en la que convienen el comienzo del servicio en la misma fecha.

4. Previos informes favorables del Jefe de Obras y Servicios y Medio Ambiente, del Secretario General, del Interventor y de la Comisión Informativa de Medio Ambiente, el Pleno del Ayuntamiento acuerda, en sesión celebrada el 27 de noviembre de 2008, aprobar una modificación contractual que, según se expresa en el texto del acuerdo, consistirá en un “cambio en la forma de sistema de recogida de residuos sólidos urbanos mediante un nuevo sistema conocido como carga lateral (...). Cambio de contenedores, vehículos, etc. (...). Modificación del precio anual del contrato, pasando de ser 1.291.810,25 euros a ser 1.542.049,49 euros (...). Reajuste de la garantía definitiva en función del nuevo precio del contrato (...). Establecer (un) nuevo plazo del contrato, con vigencia desde el 1 de mayo de 2009 (fecha de la firma del contrato administrativo de modificación) hasta el 30 de abril de 2019”.

5. El día 18 de diciembre de 2014 la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente propone una nueva modificación del contrato para atender la limpieza de “nuevas urbanizaciones y viales no existentes ni previstas” a la fecha de formalización de aquel. En concreto, se trataría de la “ampliación C/ Fruela, en Piedras Blancas (...). Ampliación C/ La Libertad, en Piedras Blancas (...). Ampliación C/ Puentín, en Piedras Blancas (...). Urbanización Palacio El Villar con las calles: Fuente el Truébano, Fuente Ventosa, Fuente Olaya y Fuente el Hortal (...). C/ El Xabuco, en Piedras Blancas”.

El incremento del precio que conlleva la limpieza de estas zonas para los cinco años que restan de contrato asciende, según se indica, a 177.508,80 €,

IVA incluido, lo que supone un aumento del precio del 1,374109% respecto del inicialmente fijado.

Al expediente se incorpora, a continuación, un informe del Servicio de Patrimonio, fechado el 19 de noviembre de 2014, del que resulta la inclusión de los viales a los que afecta la modificación proyectada en el Inventario y Registro de Bienes del Ayuntamiento de Castrillón.

6. Mediante Providencia de la Alcaldía de 22 de enero de 2015 se ordena la tramitación de la segunda modificación del contrato, de conformidad con la propuesta formulada por la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente.

7. Con fecha 27 de enero de 2015, la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente, "visto que el contrato contempla la modificación y ampliación para inclusión de nuevas unidades no previstas en el contrato inicial", y dado que "el objeto de la modificación (...) es la limpieza viaria (mismo objeto que el contrato inicial)", informa "la improcedencia de proceder a una nueva licitación por las unidades constitutivas de la modificación", de "conformidad con el artículo 101.3 del TRLCAP".

8. El día 17 de febrero de 2015 se notifica a la empresa contratista la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles, significándole que "de no producirse alegaciones se considerará su conformidad con la modificación propuesta".

9. Mediante escrito presentado en el Registro General del Ayuntamiento de Castrillón el 24 de febrero de 2015, la representante de la concesionaria manifiesta su conformidad con la modificación pretendida.

10. Con fecha 14 de abril de 2015, libra un informe la Secretaria General en el que señala que "la Ley no solo impone la existencia de un interés público que

justifique la modificación del contrato, sino que, atendiendo al principio general de publicidad y concurrencia (art. 11 TRLCAP), exige, también como presupuesto del ejercicio de la potestad, que esas razones de interés público sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas”, y afirma que en el caso de que se trata “este presupuesto para el ejercicio del *ius variandi* puede resultar acreditado, a juicio de quien suscribe, en el expediente mediante propuesta efectuada por la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente en fecha 18-12-2014, en la que se detallan las `nuevas urbanizaciones y viales no existentes ni previstas en el momento de la formalización del contrato´, así como el importe de la modificación (...), a efectos de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión”.

Entiende que la propuesta ha de someterse al dictamen preceptivo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, teniendo en cuenta que “el contrato formalizado en fecha 26-08-2005 estipula en su cláusula 2 que el precio para los diez años del periodo de vigencia de la concesión es de 12.918.102,50 euros, importe superior a los 6.010.121,04 euros exigidos en el artículo 59.3 del TRLCAP”, y añade que la modificación “supone un incremento porcentual del mismo de un 1,374109%, lo que sumado al 19,3712% de la primera modificación supone un porcentaje total de 20,745309% de variación en el precio inicial de la adjudicación del contrato”.

11. El día 17 de abril de 2015, el Concejal Delegado de Medio Ambiente propone modificar el contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos al objeto de “incluir dentro de su objeto nuevas urbanizaciones y viales no existentes ni previstas en el momento de la formalización del contrato inicial”. Respecto al plazo de ejecución de la modificación, se indica que “será de cuatro años, a contar desde el 1 de mayo de 2015 al 30 de abril de 2019, fecha en la que finaliza el contrato y sin perjuicio de la posibilidad de prórroga prevista en la cláusula cuarta del

contrato inicial”, y, en cuanto al precio, señala que se incrementará anualmente en 44.377,20 euros, IVA incluido.

12. Con fecha 24 de abril de 2015 el Interventor informa favorablemente la propuesta de modificación contractual, al entender que concurren los presupuestos establecidos en el artículo 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y precisa que existe crédito adecuado y suficiente para hacer el pago de la primera anualidad en el Presupuesto vigente.

13. El día 27 de abril de 2015, la Alcaldesa y Presidenta de la Comisión Especial de Cuentas del Ayuntamiento de Castrillón suscribe el informe favorable de la citada Comisión a la propuesta de modificación del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el concejo de Castrillón.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de mayo de 2015, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen preceptivo sobre consulta relativa al procedimiento de modificación del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el concejo de Castrillón, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del

Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Nuestro pronunciamiento se efectúa a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Castrillón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- La calificación del contrato al que se refiere el asunto que analizamos se corresponde, atendida su naturaleza, con la del administrativo de gestión de servicios públicos.

Adjudicado aquel mediante acuerdo de 28 de julio de 2005, esto es, vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, para determinar el régimen jurídico aplicable a la modificación contractual ha de partirse de lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público actualmente en vigor (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a cuyo tenor “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La ausencia de referencia explícita en la regla que acabamos de transcribir a la modificación de los contratos ha generado cierto debate doctrinal en torno a si esta ha de entenderse implícitamente comprendida en los “efectos” o “cumplimiento” del contrato a que alude la citada disposición transitoria, con lo que la de los adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor del TRLCSP se registraría en todo caso por la normativa anterior, o si, por el contrario, ha de ajustarse a las prescripciones de este aun cuando hayan sido adjudicados antes. Esta polémica se ha avivado tras la modificación operada en

la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuya regulación se ha incorporado en idénticos términos al TRLCSP actualmente vigente. La Ley de Economía Sostenible no solo modificó profundamente la regulación de los reformados contractuales sino que alteró la ubicación sistemática de la regulación que hasta entonces se encontraba comprendida en el libro IV, dedicado a los “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, para pasar a integrar el último título, el V, del libro I, que se ocupa de la “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”, pasando a discutirse entonces si el régimen de los modificados, pese al cambio de sistemática operado tras la Ley de Economía Sostenible, encaja en los aspectos relativos a los efectos y cumplimiento de los contratos, y, por tanto, no se aplica a los adjudicados antes de su entrada en vigor, o si la ausencia de referencia explícita en la disposición transitoria al régimen de modificación contractual y su ubicación en un libro distinto al dedicado a los efectos, cumplimiento y extinción contractuales ha de entenderse como manifestación de la voluntad del legislador de aplicar el nuevo régimen a todos los reformados que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de la fecha de su adjudicación; teniendo en cuenta, además, que el régimen de modificación contractual que incorpora la Ley de Economía Sostenible no surge *ex novo*, sino que es reflejo de la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha venido elaborando progresivamente desde la Sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*.

La cuestión no es baladí, pues la nueva regulación resulta mucho más restrictiva que la contenida en la redacción original de la LCSP y en las leyes que la precedieron. En este sentido, cabe señalar que la LCSP, modificada por la Ley de Economía Sostenible, y en la actualidad el TRLCSP, establece nuevos límites a la modificación no previstos en el TRLCAP. Así, por ejemplo, en el texto vigente se suprimen las “necesidades nuevas” como causa de justificación

del ejercicio de la prerrogativa de modificación prevista en el artículo 101 del TRLCAP, se establece que los reformados no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que los haga necesarios y se impide utilizar la potestad de modificación para adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas o ampliar el objeto del contrato con la finalidad de incorporar una prestación susceptible de aprovechamiento independiente.

El problema fue abordado inicialmente, tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, por algunos órganos consultivos, como la Abogacía del Estado en la Circular 1/2011, sobre el régimen de modificación de los contratos del sector público, o la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 23/2011, de 12 de septiembre. Luego se pronunciarían sobre esta cuestión otros órganos, como la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, entre otros, en el Dictamen 122/2013. Todos ellos estimaron que, pese al cambio de sistemática operado por la Ley de Economía Sostenible, la recta interpretación de la disposición transitoria imponía entender que la normativa aplicable al eventual modificado de un contrato debía ser la vigente en el momento de su celebración. A juicio de este Consejo Consultivo, abona tal consideración no solo el argumento de la conexión material de las modificaciones con los efectos y el cumplimiento del contrato, sobre el que parecen construirse las opiniones doctrinales anteriormente mencionadas, sino también el hecho esencial de que la intención del legislador al trasladar en la Ley de Economía Sostenible la regulación de los modificados al libro I no fue la de diferenciar el régimen de modificación del relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, sino la de someter la modificación de cualquier contrato, ya fuera administrativo o privado, a un régimen unificado y así satisfacer las exigencias del Derecho de la Unión Europea, quedando explícita tal voluntad en la memoria de análisis de impacto normativo emitida durante el procedimiento de elaboración de la norma, según

señala el Consejo de Estado en su Dictamen 215/2010, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.

Sin perjuicio de esta conclusión, son numerosas las voces doctrinales -entre ellas la de la Abogacía del Estado y la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en la circular e informe anteriormente citados, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (Dictamen 243/2011), el Consejo Consultivo de Aragón (Dictamen 52/2013), el Consejo Consultivo de Extremadura (Dictamen 437/2013) o el Consejo Jurídico de la Región de Murcia (Dictamen 200/14)- que entienden que el respeto al Derecho de la Unión Europea exige introducir en el régimen de modificación de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible los oportunos correctivos en forma de interpretación conforme de la legislación anterior con la doctrina elaborada por el TJUE, que no es nueva, como hemos indicado, sino que se viene gestando desde hace muchos años. Resulta de la citada construcción jurisprudencial, en esencia, que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia, tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como en la de su ejecución, con la finalidad de evitar el fraude al principio licitatorio. Ello exige, en primer lugar, que la modificación del contrato esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación y que, de no hallarse prevista, no afecte a ninguna condición esencial del contrato; de lo contrario, lo procedente sería resolver este y adjudicar uno nuevo mediante el correspondiente procedimiento.

Considerando lo expuesto, y teniendo en cuenta que el contrato que analizamos se adjudicó el día 28 de julio de 2005, ha de convenirse que los aspectos sustantivos de la modificación se regirán por el derecho vigente en el momento de su celebración, interpretado de conformidad con la doctrina del TJUE. Aquel se encuentra contenido en el libro II del título II del TRLCAP y en el Reglamento General de dicha Ley (en adelante RGLCAP), aprobado por Real

Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sin perjuicio de la aplicación al mismo de las disposiciones relativas a los contratos de las Administraciones públicas contenidas en el libro I de las citadas normas.

De acuerdo con la normativa de aplicación y el pliego de cláusulas administrativas particulares, el contrato se ejecutará con estricta sujeción a las cláusulas del citado pliego y del de prescripciones técnicas, así como de acuerdo con la propuesta de servicio que el adjudicatario ha efectuado en su oferta y siguiendo las instrucciones que, en ejercicio de las potestades administrativas de dirección, inspección y control, diere al contratista el responsable municipal encargado de tales funciones; pudiendo el órgano de contratación introducir modificaciones en los elementos integrantes del mismo por razón de interés público con los límites y en los términos y condiciones establecidos en la ley.

Ahora bien, respecto a la determinación de la ley aplicable al procedimiento de modificación contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla, ha de significarse que no todos los órganos consultivos autonómicos mantienen el mismo criterio. Este Consejo ha manifestado en los Dictámenes Núm. 130/2010 y 131/2010 que el derecho que ha de aplicarse a las cuestiones señaladas es el mismo que rige los aspectos sustantivos del contrato, esto es, el vigente a la fecha de su adjudicación, y esta tesis -a la que se ha sumado la Administración consultante- es la misma que siguen una buena parte de los órganos consultivos autonómicos -los de Baleares (Dictamen 97/2013), Canarias (Dictamen 100/2013), Castilla y León (Dictamen 44/2015), Comunidad Valenciana (Dictamen 2014/0192), Extremadura (Dictamen 176/2013), Galicia (Dictamen 235/2009) y La Rioja (Dictamen 14/07)-. Sin embargo, otros -Andalucía (Dictamen 133/2015), Castilla-La Mancha (Dictamen 330/2013), Cataluña (Dictamen 122/2013) o Madrid (Dictamen 636/2012), siguiendo la doctrina reiterada del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 587/2004)- consideran que para la determinación del régimen aplicable al procedimiento habría que estar al momento de incoación del expediente de

modificación. Esta es también la doctrina que sigue este Consejo de forma reiterada en los procedimientos de resolución contractual sobre los que es consultado más frecuentemente. De adoptarse dicha tesis en el caso que analizamos, iniciado el procedimiento modificatorio mediante Providencia de la Alcaldía de 22 de enero de 2015, se aplicaría el TRLCSP y no el TRLCAP.

La diferencia de seguir uno u otro criterio podría no resultar irrelevante, ya que mientras el artículo 59.3.b) del TRLCAP fija el umbral que determina la preceptividad de la consulta al órgano consultivo en un porcentaje de variación "superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.010.121,04 euros", el artículo 211.3.b) del TRLCSP toma como criterio la variación "superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros". No obstante, en el supuesto examinado la consecuencia de optar por una u otra tesis es únicamente teórica, pues se cubren sobradamente los umbrales impuestos por ambas normas.

TERCERA.- En cuanto a los aspectos sustantivos de la modificación, conforme a lo establecido en el artículo 4 del TRLCAP, la Administración "podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente (...), y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla". Ejemplo de estas es la potestad de modificar los elementos integrantes del contrato administrativo una vez perfeccionado, a la que se refieren los artículos 59, 101 y 163 del TRLCAP, este último relativo al contrato de gestión de servicios públicos.

La posibilidad de que el órgano de contratación modifique los contratos celebrados implica una prerrogativa especialmente privilegiada de la Administración, por cuanto supone una excepción al principio de invariabilidad que preside, como norma general, las relaciones contractuales, y en atención a ello dicha potestad se encuentra reglada en su ejercicio, debiendo someterse de

forma estricta a las exigencias del interés público y a los precisos límites que, para la protección de ese interés, impone la legislación.

Dispone el artículo 101.1 del TRLCAP que “Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

La modificación ha de responder a razones de interés público, debiendo ser consecuencia de necesidades nuevas o causas imprevistas, que habrán de quedar debidamente justificadas. En todo caso, las causas no previstas no pueden confundirse con defectos o imprevisiones del proyecto inicial, de tal modo que bajo dicho concepto solo encontrarían acomodo aquellas causas razonablemente imprevisibles en el proyecto originario que, además, han de quedar convenientemente acreditadas, señalándose por qué no pudieron preverse en el proyecto primitivo y sí han de serlo en la modificación. De la misma manera, tampoco puede admitirse una genérica invocación de nuevas necesidades, que han de ser concretadas en cada caso de forma suficiente para evitar que, al amparo de una modificación contractual fundada en tales presupuestos, se eluda una nueva contratación, con el consiguiente quebranto de los principios de publicidad y concurrencia.

CUARTA.- La modificación de los contratos exige también el cumplimiento de unos requisitos de naturaleza formal, en cuanto que el ejercicio de la potestad ha de ajustarse, en garantía del interés público, a las normas procedimentales que la justifican. Estas exigencias formales operan, al igual que los requisitos materiales, como límite respecto del ejercicio por parte de la Administración de su prerrogativa de modificación.

Los requisitos formales generales aplicables a las modificaciones de los contratos de gestión de servicios públicos son los establecidos en los artículos 97 y 102 del RGLCAP, a cuyo tenor resultan necesarias: una propuesta de la

Administración o una petición del contratista; la justificación, descripción y valoración de la modificación; la audiencia del contratista; el informe del servicio competente; el informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención; el informe de fiscalización previa, y la aprobación del gasto complementario preciso y del expediente.

Dispuesta por el órgano de contratación la modificación del contrato y notificada al contratista, deberá procederse al reajuste de la garantía definitiva (así lo establecen los artículos 41 y 42 del TRLCAP y 99.3 del TRLCSP), debiendo formalizarse la modificación en documento administrativo o, si el contratista lo solicita y a su costa, en escritura pública (artículos 101.2 y 54 del TRLCAP y 219.2 y 156 del TRLCSP).

El artículo 101.3 del TRLCAP establece requerimientos adicionales en el supuesto de que el precio del contrato alcance el límite de seis millones diez mil ciento veintidós euros con cuatro céntimos (6.010.121,04 €) y las modificaciones impliquen alteraciones cuya cuantía sea igual o superior al 10% del precio primitivo. Cuando se den tales circunstancias, como ocurre en el asunto examinado, deberá incorporarse al expediente además de la memoria explicativa suscrita por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas que justifique la desviación que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas, la justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación. Asimismo, deberá librarse un informe de contenido presupuestario emitido por el órgano competente en la materia que, en este caso, de conformidad con lo señalado en la disposición adicional novena de la misma norma, será la Comisión Especial de Cuentas.

Si las modificaciones, aislada o conjuntamente, superan el porcentaje a que se ha hecho referencia en la consideración anterior, el expediente debe someterse a dictamen del Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 59.3 del TRLCAP o 211.3.b) del TRLCSP.

En el asunto analizado, observamos que en la tramitación del procedimiento se han incorporado al expediente los preceptivos informes de la Asesoría Jurídica -que tratándose de una Administración local ha de evacuarse por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación- y de fiscalización por parte de la Intervención. Se ha dado audiencia al contratista y se ha emitido un informe por parte de la Comisión Especial de Cuentas que, no obstante, carece del “contenido presupuestario” correspondiente a su objeto, según determina el artículo 101.3 del TRLCAP, y se reduce a informar “favorablemente” la modificación propuesta.

En cuanto a la justificación de los presupuestos de la modificación, apreciamos que resulta notablemente deficiente, pues, fundada aquella en causas imprevistas consistentes en el desarrollo de nuevos viales con posterioridad a la celebración del contrato de cuya modificación se trata, en ningún informe se explicita por qué la limpieza en las zonas de nuevo desarrollo urbanístico a que se refiere la propuesta de modificación era imprevisible en la fecha de redacción del proyecto primitivo.

También resulta insuficiente la acreditación de la improcedencia de convocar una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación, pues los presupuestos en los que se basa -la genérica previsión contractual de la posibilidad de modificación o el hecho de que las prestaciones que pretenden incorporarse mediante el modificado sean de la misma naturaleza que las contempladas en el contrato original- no permiten colegir, a falta de otros razonamientos, que sea improcedente licitar las nuevas prestaciones a las que el reformado se refiere. En efecto, la primera de las justificaciones -previsión en el contrato de la posibilidad de introducir unidades no consideradas- no resulta admisible, toda vez que no se cumple el requisito de su establecimiento en forma “clara, precisa e inequívoca” en la documentación de la licitación; exigencia esta que, como hemos señalado, impone el Derecho de la Unión. En cuanto a la segunda, el hecho de que las

unidades de ejecución y las que resultan de la modificación tengan naturaleza homogénea no impide que las prestaciones que se tratan de incorporar al contrato puedan ser objeto de licitación independiente.

Del análisis de nuestra doctrina (contenida en los Dictámenes Núm. 130 y 131/2010) y de la de los restantes órganos consultivos se deduce que la acreditación de la improcedencia de convocar una nueva licitación es esencial para impedir que en la fase de modificación contractual se vean vulnerados los principios de igualdad y de transparencia, y, por tanto, aquella no puede agotarse en lo meramente formal, ni resultan admisibles al efecto de su justificación razonamientos puramente tautológicos o carentes de motivación. Al contrario, tal explicación debe ser razonada y casuística, habiendo admitido al respecto los distintos órganos consultivos argumentos de carácter técnico de la más diversa índole -basados unas veces en la naturaleza inescindible de las prestaciones originarias y las introducidas por la contratación independiente de nuevas unidades en contratos de obra (en este sentido se pronuncian, por ejemplo, los Dictámenes 637/2008 y 525/2009 del Consejo de Estado), otras en la pérdida del mayor conocimiento de que dispone el adjudicatario del contrato originario (nuestro Dictamen Núm. 131/2010), en las dificultades de coordinación y de distribución de responsabilidad entre los distintos contratistas (Dictamen del Consejo de Estado 1179/2008) o incluso en los inconvenientes derivados de la proliferación de infraestructuras o de la diversidad de regímenes tarifarios a que daría lugar una nueva licitación (Dictamen 312/2005, del Consejo Consultivo de Canarias)-. Otras veces la improcedencia de proceder a una nueva licitación se ha apoyado en razones temporales, habida cuenta de la demora extraordinaria en la prestación del servicio que supondría una nueva contratación (así en el Dictamen 86/06 del Consejo Consultivo de la Rioja), o en causas de índole económica, atendida la comparación entre el precio de las unidades ya contratadas y las que, en su caso, resultarían de la modificación propuesta (Dictamen del Consejo de Estado 225/2009).

En definitiva, este Consejo Consultivo entiende que en este caso concreto no se han acreditado los presupuestos que sustentan la modificación pretendida de manera suficiente, por lo que la misma no puede ser aprobada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la aprobación de la modificación del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el concejo de Castrillón, sometida a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE CASTRILLÓN.