

Dictamen n^o: **241/13**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **12.06.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 12 de junio de 2013, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Valdemoro, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre modificación del contrato de *“Servicio público de estacionamiento regulado (SER) en determinadas vías urbanas, servicio público de retirada de vehículos (GRUA) del municipio de Valdemoro y servicio de gestión de sanciones dentro del área del servicio de estacionamiento regulado”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de abril de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, con fecha 26 de abril anterior, sobre la solicitud del alcalde de Valdemoro relativa al expediente de modificación del contrato ya referido.

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 firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por

unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 12 de junio de 2013.

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.

Se trata de un contrato de gestión de servicios públicos que tiene por objeto la implantación del área de estacionamiento regulado y la prestación del servicio público de gestión y control del estacionamiento regulado en las vías públicas de Valdemoro (Área SER), así como la prestación del servicio de grúa municipal en todas las vías y espacios públicos de Valdemoro y la gestión de todas las multas de tráfico por cualquier causa, en todas las vías de competencia sancionadora municipal y en recaudación voluntaria en el ámbito del Área SER.

Tramitado el procedimiento tendente a la adjudicación del contrato, se acordó su adjudicación a la U.T.E. A, mediante Acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2012, por un plazo de 25 años y un canon anual total para el primer año de 371.049,88 €, y con un precio de contrato, según datos de la oferta presentada de 135.011.918,89 €.

TERCERO.- Mediante Providencia de Alcaldía, de 7 de marzo de 2013, se acuerda *“Iniciar modificado”* del contrato ya referido *“motivado por interés público consistente en adecuar, dentro del ámbito establecido la regulación teniendo en cuenta a la población más afectada. Dicha modificación consistirá en lo que esta Alcaldía junto con la Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Transportes determine y que se adjuntará como informe de los Servicios Técnicos”*.

Igualmente se ordena incorporar al expediente informes de los servicios técnicos, del Servicio de Contratación y de la Intervención.

Dichos informes son emitidos por los servicios correspondientes.

Así, el informe de los Servicios Técnicos municipales, de 13 de marzo de 2013, recoge que:

“Las modificaciones planteadas se introducen cumpliendo con el objeto del contrato que consiste en la implantación del área de estacionamiento regulado y la prestación del servicio público de gestión y control del estacionamiento regulado en las vías públicas de Valdemoro contenidas en el Anexo I del presente pliego (Área SER), así como la prestación del servicio de grúa municipal en todas las vías y espacios públicos de Valdemoro y la gestión de todas las multas de tráfico por cualquier causa, en todas las vías de competencia sancionadora municipal y en recaudación voluntaria en el ámbito del Área SER.”

La modificación propuesta comprende las mismas funciones que las definidas en el contrato y en el mismo ámbito pero se introducen las siguientes modificaciones:

- 1. Reducción del área del Servicio de Estacionamiento Regulado, que según el contrato quedó definida por la red viaria incluida en el Anexo I del pliego de condiciones técnicas (PPT).*
- 2. Modificación del tipo de plazas en algunas vías públicas contenidas en el área regulada.*
- 3. Introducción de una tarjeta para vehículos Industriales y Comerciales.*

(...) Respecto a la reducción del área del servicio y a la modificación del tipo de plazas:

El área de estacionamiento regulado se extiende actualmente en todo el interior de los perímetros de las dos áreas definidas en el plano del anexo 1 del PPT, Plano nº1, y la propuesta de estacionamiento regulado que Alcaldía y la Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Transporte ha determinado es la definida por el Plano nº2.

(...) Fruto de la implantación de la propuesta del servicio de estacionamiento regulado del adjudicatario del contrato en las condiciones de la red viaria actual, las dos áreas reguladas dentro del ámbito del contrato suman actualmente un total de 4.112 plazas, que corresponden a 2.123 plazas azules y a 1.989 plazas verdes. La modificación propone eliminar un número de plazas de cada tipo y cambiar la tipología a otras plazas dentro del área que permanecerá regulada, cambiando el tipo de plazas de azul a verde y viceversa. Fruto de ambas modificaciones la propuesta reduce el número global de plazas a 3.025 siendo 1.182 azules y 1.843 verdes, es decir, 941 azules y 146 verdes menos que en la actualidad, una diferencia total de 1.087.

(...) Respecto a la creación de una tarjeta para determinados vehículos comerciales e industriales:

La propuesta de Alcaldía y de la Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Transportes consiste en crear una tarjeta para determinados vehículos comerciales e industriales. Dicha tarjeta será válida para todo el ámbito del servicio de estacionamiento regulado y el objetivo es que sus usuarios puedan compatibilizar el desempeño de su actividad laboral con la adecuada rotación de plazas de

aparcamiento en la vía pública tanto para visitantes como para residentes. La tarjeta está destinada a visitantes por lo que permitirá aparcar tanto en plazas azules como en plazas verdes cuando no estén ocupadas por residentes (...).

El informe del Servicio de Contratación, de 14 de marzo de 2013, recoge los preceptos legales y las cláusulas del PCAP y del PPT aplicables.

El informe económico financiero emitido por el asesor económico, de 14 de marzo de 2013, expresa que se pretende reducir el número de plazas afectadas por el SER en 1.087, pasando de 4.112 a 3.025, y concluye que:

“Con las hipótesis planteadas y partiendo de los datos suministrados en Libro 1.6. Proyecto Económico y Financiero presentada por la empresa adjudicataria B y C (U.T.E), es previsible que durante el primer año de gestión se produzca un excedente de explotación de -294.716.51€-, que no afectará al resto del contrato que progresivamente irá recuperando excedente hasta un importe máximo de 1.397.528,70€, frente al inicialmente presentado por la empresa y valorado en 1.776,515.99€, lo que supone una disminución del 21,33%.

Como consecuencia de la reducción de plazas planteada, y siguiendo las hipótesis descritas, se prevé una disminución del precio del contrato que supondrá, al final del período de duración del contrato un -16,46% del estimado en las proyecciones planteadas por la empresa.

Se considera que la reducción de las plazas no alterará, el equilibrio del negocio al presentar el mismo rendimiento positivo durante el plazo de ejecución del contrato tras el ajuste a realizar durante el primer año del mismo”.

El 15 de marzo de 2013 la Intervención Municipal emite informe favorable a la propuesta de modificación.

En sesión extraordinaria celebrada el 21 de marzo de 2013, el Pleno del Ayuntamiento adoptó el siguiente Acuerdo:

“Incoar el procedimiento para la modificación del contrato (...) consistente en reducir los servicios a prestar dentro del objeto del contrato de conformidad con la propuesta de la Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Transporte que se acompaña como anexo al presente documento, y que supone la reducción del precio del contrato en un 16,46% del precio primitivo del mismo, quedando reducido a 112.783.301,00 euros excluidos impuestos”.

Igualmente se acordó dar traslado de este Acuerdo al adjudicatario, concediéndole un plazo de diez días para alegaciones, -consta la notificación al adjudicatario el 25 de marzo de 2013-, y solicitar por parte de la Alcaldía el preceptivo informe de este órgano consultivo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 211 del TRLCSP.

Con fecha 4 de abril de 2013, la empresa contratista presenta escrito de alegaciones en el que muestra su disconformidad respecto de los informes económico financiero y técnico emitidos. En su escrito alega que el Ayuntamiento ha ejercitado su potestad de “ius variandi” prevista en los pliegos, pero que ello obliga a compensar al contratista de manera que se restablezca el equilibrio económico del contrato.

Expone que:

“(...) para el cálculo de los cánones del contrato, que lo son sobre el excedente de explotación del servicio, el servicio de grúa y sobre las sanciones, esta parte realizó un estudio económico en función de un determinado número de plazas que el Ayuntamiento anunció en la

licitación. Evidentemente, una reducción del 26,4% en el número de plazas, tal y como propone el Ayuntamiento, altera significativamente las cifras de nuestro estudio económico y su incidencia no se traduce únicamente en una disminución de un 16,46% del precio del contrato”.

Respecto de la previsión de ingresos que contiene el informe técnico municipal del expediente de modificación, el adjudicatario se opone a las hipótesis de previsión de ingresos que contiene, ya que considera que no se encuentran justificados.

En cuanto al resto de datos sobre los que el Ayuntamiento estima la incidencia financiera de la modificación recoge lo siguiente:

“Tarjetas de residente: Manteniendo los criterios aplicados en la oferta, calculamos la previsión de ingresos como la multiplicación del nº de plazas verdes que nos quedan tras la reducción (1.843) por 30.-€ que vale cada tarjeta y por 1,5 que es el ratio de tarjetas/plaza verde, lo que nos arroja un resultado de 82.935€. Lo anterior evidencia que en ningún caso, con un menor número de plazas verdes los ingresos en concepto de tarjetas de residente pueden ser mayores a los estimados en la oferta, que es lo indica el informe.

Zona Azul S.E.R: Se calcula aplicando una reducción de 35.33% a la cifra que la UTE estimó en su oferta, cero desconocemos el motivo por el cual se aplica dicho porcentaje.

Zona Verde S.E.R: Se calcula aplicando una reducción del 1.47% (y no un 1,37% según se indica en el punto 3. apartado II del Informe) a la cifra que la UTE estimó en su oferta, pero igualmente desconocemos el motivo por el cual se aplica dicho porcentaje.

Multas: La cifra que se indica es exactamente la misma que la indicada en la oferta de la UTE. No obstante debemos señalar que los ingresos por gestión de multas se verán inevitablemente afectados a la baja ya que al tener un 26,43% menos de plazas reguladas y al variar significativamente el área de la zona regulada el número de multas será menor.

Grúa: La cifra que se indica es exactamente la misma que la UTE indicó en su oferta. Es posible que dicha cifra si se mantenga ya que el ámbito de aplicación del servicio de grúa no se modifica al seguir siendo la totalidad del municipio.

Anulación de denuncias La cifra que se indica es exactamente la misma que la indicada en la oferta de la UTE. No obstante debemos señalar que al igual que para el caso de las multas, entendernos que la anulación de denuncias disminuirá considerablemente para el caso de que se aprueba la reducción de un 26,43% de plazas reguladas, se pondrán menos denuncias y, en consecuencia, habrá menos anulaciones”.

Recibidas las anteriores alegaciones, los servicios técnicos municipales y el asesor económico emiten informes de 17 y 18 de abril de 2013, respectivamente, concluyendo este último que las alegaciones presentadas no modifican el estudio realizado.

Finalmente, se formula por la Concejalía de Régimen Interior, propuesta de modificación del contrato en el que se acuerda desestimar las alegaciones presentadas por el contratista, y la modificación del contrato, en los términos establecidos en la propuesta inicial de modificación.

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 Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC). A su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes 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 de las Administraciones Públicas”*. Su ámbito de aplicación abarca a las entidades locales según el citado precepto.

Por remisión, el artículo 211.3.b) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) -aplicable como se dirá a la modificación del contrato en sus aspectos sustantivos como de forma-, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en las *“modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros”*.

De acuerdo con lo indicado en los antecedentes de hecho de este dictamen, la modificación proyectada entraña una reducción del precio del contrato en un 16,46%, e igualmente supera el importe que establece el precepto, por lo que resulta preceptiva la emisión de dictamen por el Consejo Consultivo.

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Valdemoro se ha dirigido al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el

artículo 14.3 de la LCC, en relación con las solicitudes de dictamen de las entidades locales.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la LCC.

SEGUNDA.- Con carácter previo conviene determinar el régimen jurídico aplicable a la modificación del contrato.

Adjudicado el contrato cuya modificación se pretende el 23 de julio de 2012, resulta de aplicación al expediente de modificación, tanto en los aspectos de fondo como de forma, el TRLCSP.

Conforme a la normativa indicada, debe tenerse en cuenta que la potestad de modificar los contratos por razones de interés público se integra dentro de las prerrogativas de la Administración Pública, según se deduce de la enumeración que realiza el artículo 210 del TRLCSP.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir, la modificación propuesta se basa en que la causa de modificación se encuentra prevista en los pliegos, por lo que, conforme a los artículos 106, párrafo primero, en su inciso final y 108, ha de estarse en primer lugar al procedimiento que prevean dichos pliegos; éstos se remiten con carácter general a lo dispuesto en el TRLCSP, sin que establezcan un procedimiento específico de modificación, por lo que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 211 de dicho texto legal.

De este modo, en primer lugar, debe otorgarse con carácter preceptivo audiencia al contratista. Así se ha hecho en el presente procedimiento, en el que consta que el Acuerdo Plenario de iniciación del expediente de modificación de fecha 21 de marzo de 2013, se notificó al adjudicatario el 25 de marzo de 2013.

Téngase en cuenta que aún cuando existe en el expediente una Providencia de Alcaldía de 7 de marzo de 2013 en la que literalmente se acuerda “*iniciar modificado*” del contrato, no podemos considerar que este acuerdo inicia el procedimiento. Y ello porque dicha Providencia carece los efectos propios de iniciación del procedimiento de modificación, ya que, a pesar de su tenor literal, se limita a recabar los informes necesarios para proponer la modificación y dar contenido a la misma, se plantea como “*posibilidad de modificar el contrato*” según recoge su texto, y, esencialmente, la Alcaldía no es el órgano competente para iniciar el procedimiento ya que el órgano de contratación es el Pleno.

Determinada la fecha de inicio del expediente de modificación, debemos referirnos al plazo en que dicho expediente debe ser tramitado.

El TRLCSP no establece expresamente un plazo para la tramitación de los expedientes de modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, mientras que sí lo establece para los contratos de obras en su artículo 234.4, que lo fija en ocho meses.

La ausencia de la determinación de un plazo específico para los procedimientos de modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, nos lleva a examinar si procede la aplicación supletoria del plazo establecido para el contrato de obras, o bien resulta aplicable el plazo de tres meses que establece con carácter general la LRJ-PAC en su artículo 42.3, “*cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo*”, y cuyo transcurso sin que haya recaído resolución expresa conlleva la caducidad, conforme lo dispuesto en el artículo 44.2 del mismo texto legal; este último establece que:

“2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la

caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92”.

En este sentido, es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de julio de 2009, recurso de casación 4682/2007, y 28 de mayo de 2008, recurso de casación 82/2005) que el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, tras la redacción dada por la Ley 4/1999, establece con toda claridad que *«el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa se contará, en los procedimientos iniciados de oficio, “desde la fecha del acuerdo de iniciación”. Añadiendo con igual claridad su artículo 44.2, tras esa nueva redacción, que en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como es el caso, el vencimiento de ese plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce, como efecto jurídico el de la caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones».*

Sin poner en cuestión que nos encontramos ante un expediente que produce efectos desfavorables al administrado (una modificación de contrato que conlleva reducción de precio), una interpretación sistemática de las normas contenidas en el TRLCSP nos lleva a considerar aplicable el plazo de caducidad de tres meses para la tramitación del expediente, establecido con carácter general en defecto de disposición expresa.

Y ello porque el citado texto legal regula expresamente normas específicas para la modificación de los contratos en su Libro IV, cuyo Título II, se rubrica *“Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”*. Dichas normas se refieren tanto al contrato de obras (Capítulo I, artículo 234) como al de gestión de servicios públicos (capítulo III, artículo 282). De este modo no puede predicarse la aplicación supletoria del plazo de tramitación de los expedientes de modificación de

los contratos de obras a los contratos de gestión de servicios públicos, habida cuenta que, en la regulación específica de la modificación de estos últimos, no se establece plazo alguno.

Sentado todo ello, se constata que desde la aprobación inicial del expediente de modificación – 21 de marzo de 2013 –, no han transcurrido tres meses hasta la fecha de emisión del presente dictamen, si bien el órgano competente deberá tener en cuenta la proximidad de la fecha de vencimiento del plazo a fin de no incurrir en caducidad.

Siguiendo con los requisitos de procedimiento, el 211 del TRLCSP, en su apartado segundo, contempla la necesidad de recabar informe del Servicio Jurídico, con carácter ordinario y salvo excepciones que no vienen al caso, en la actividad contractual que se produzca *“en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales”*.

Debe tenerse en cuenta que la disposición adicional segunda del TRLCSP, referida a las normas específicas de contratación de las Entidades Locales, señala en su apartado octavo que *“los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación”*.

Por su parte, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), contempla que los acuerdos sobre modificación de los contratos se adopten previo informe de la Secretaría (sobre la necesidad de recabar tal informe, nuestros dictámenes 226/10 y 371/11).

Sin perjuicio de examinar el resto de cuestiones relativas al procedimiento, debemos detenernos en este punto, dado que no se ha incorporado al expediente el informe del servicio responsable del asesoramiento jurídico en el Ayuntamiento, ni consta informe de la Secretaría del mismo sobre la modificación que se propone.

La falta, en el expediente administrativo del informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación Municipal o, en su caso, titular de la Asesoría Jurídica constituye un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, y, por tanto, susceptible de subsanación (dictámenes 239/09, 453/09, 466/09, 51/11, y 373/11, entre otros).

Aún cuando consta en el expediente el informe del Servicio de Contratación, el cual se refiere a aspectos jurídicos (aún cuando se limita a recoger los preceptos aplicables), dicho informe no puede suplir el del órgano encargado propiamente del asesoramiento jurídico. Y ello tanto por la propia dicción del precepto aplicable, como porque no resulta de rigor dar tal valor de informe de asesoramiento jurídico al emitido por el órgano que tramita el contrato, y que además pertenece a la Concejalía de Régimen Interior, órgano proponente de la modificación.

La ausencia del precitado informe supone por tanto una infracción de procedimiento.

Otro aspecto fundamental previsto en el apartado tercero del artículo 211 TRLCSP, es el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, a cuya necesidad en el caso analizado se ha hecho anterior referencia.

De los presupuestos exigidos en la normativa de contratos públicos para la utilización de la potestad de modificar el contrato se desprende asimismo la necesidad de incorporar al expediente los documentos que acrediten las

razones de interés público en proceder a la modificación de un contrato preexistente, sin necesidad de proceder a una nueva licitación, ya que, prevista o no en los pliegos, la posibilidad o decisión de modificación debe encontrarse siempre motivada. Así se desprende del artículo 102 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP), vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que establece que *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquella (...)”*.

La necesidad de la incorporación de tal justificación al expediente ha sido recalcada por este Consejo Consultivo, entre otras ocasiones, en los dictámenes 226/10 y 371/11.

En el caso que examinamos, al expediente remitido se ha incorporado la propuesta del concejal de Régimen Interior, que recoge la justificación de la modificación del contrato, y que igualmente recoge el Acuerdo de propuesta de modificación. Así se expresa que:

“Los términos que se fijaron inicialmente para la contratación de la gestión de los referidos servicios se establecieron en un contexto de estimación, que posibilitaba la contratación en los términos dispuestos. No obstante, desde la formulación del contrato, se han sucedido una serie de actuaciones municipales encaminadas a la adecuación práctica, dentro del ámbito regulado, del número de plazas y modalidad de las mismas. Para ello se han mantenido reuniones con los distintos sectores afectados –vecinos, comerciantes, policía local, servicios técnicos municipales–, de tal manera que de todo ello resultase una distribución en la modalidad de las plazas y, en su caso, aumento o disminución del número de las mismas, que fuese lo

más ajustada a la realidad municipal y a las pretensiones que originaron el establecimiento de la explotación del servicio de estacionamiento regulado (SER), es decir y, entre otras, consecución de un mayor equilibrio entre la oferta y la demanda de estacionamiento entre distintas zonas del municipio, garantizar la rotación en la ocupación de determinadas vías urbanas y potenciación de medios de transporte alternativos y no contaminantes.

De las reuniones expuestas se deduce que no resulta conveniente que el Ayuntamiento continúe con la prestación del servicio en los términos suscritos inicialmente con la Unión Temporal de Empresas A, debido a las situaciones que se producen y que no materializan las pretensiones que motivaron el contrato. Bajo ningún concepto ello ha de ocasionar la ruptura de las prestaciones acordadas entre Ayuntamiento y adjudicatario”.

Con ello queda cumplimentado correctamente este requisito procedimental.

TERCERA.- Analizados los aspectos formales de la modificación del contrato, se debe ahora examinar la procedencia de acordarla en el caso sujeto a dictamen.

Sentado lo anterior, el análisis de su régimen sustantivo, que se registró según lo antes dicho por el TRLCSP, requiere de una previa y breve delimitación del concepto y régimen jurídico de la modificación del contrato administrativo.

Como ya tuvimos ocasión de exponer en nuestro Dictamen 107/13, la regulación de los contratos administrativos configura el “ius variandi” como una prerrogativa de la Administración que, por entrañar una serie de privilegios exorbitantes para aquella, que alteran el equilibrio contractual, se encuentra sometida, en cuanto a su ejercicio, a una serie de límites y

exigencias formales y sustantivas cuya cumplida acreditación deberá constar en el expediente.

En un contrato administrativo, en efecto, el contratista se ha obligado a prestar el servicio en los términos recogidos en los pliegos de cláusulas económico-administrativas y técnicas, que, según reiteradísima jurisprudencia, constituyen la *“ley del contrato”*.

Pese a esa ordinaria inalterabilidad inicial de las previsiones contractuales (*pacta sunt servanda*), a fin de no proscribir el principio de libre concurrencia ni la buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, la ley permite aprobar modificaciones en los contratos, una vez perfeccionados, sólo cuando éstas se introduzcan *“por razones de interés público”*. A tales razones se refiere expresamente el artículo 210 del TRLCSP.

Por su parte la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, determinó alteraciones sustanciales en el régimen jurídico de la modificación del contrato contemplada en la LCSP. Las novedades, introducidas a través de su disposición final decimosexta, han pasado a la actual regulación, contenida en el TRLCSP, aplicable al contrato que nos ocupa.

Uno de los aspectos primordiales de la regulación así establecida reside en la agrupación en dos grandes modalidades de los supuestos en que es posible la modificación del contrato. Conforme a esa línea divisoria queda sistematizado el Título V del Libro I, relativo precisamente a la *“Modificación de los contratos”*.

La distinción se encuentra ya presente en el artículo 105, que, bajo la rúbrica genérica de *“supuestos”*, prevé la modificación del contrato exclusivamente cuando se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación (genéricamente agrupados en el concepto de *“documentación que*

rige la licitación”) o bien se esté ante alguno de los casos en que, sobrevenidamente, se advierten razones de interés público que hacen necesario proceder a la alteración de los términos inicialmente estipulados.

La propuesta de modificación que se somete a dictamen pretende ampararse en la primera de las categorías indicadas, esto es, en la previsión de la modificación en la documentación contractual. Ello impone centrarse en los términos en que está contemplada esta posibilidad en el artículo 106 del TRLCSP, referido a las *“Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación”*.

El requisito sustancial a que se condiciona la posible modificación del contrato reside en su previsión expresa en los pliegos o en el anuncio de licitación (que *“se haya advertido expresamente de esta posibilidad”*), no de cualquier forma, sino con específica concreción de los términos en que puede ser llevada a efecto. En este último sentido exige el legislador que en la documentación correspondiente *“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 pueden afectar, y el procedimiento que ha de seguirse para ello”*.

Utilizando estos términos, el legislador se ajusta casi de una forma literal a lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su célebre Sentencia Succhi di Frutta, de 29 de abril de 2004.

Abunda en la misma idea el párrafo segundo del comentado artículo 106, que, enlazando con los principios de libertad de acceso a las licitaciones (art. 1 del TRLCSP) y de publicidad y concurrencia, exige que los supuestos en que se contemple la posibilidad de modificar el contrato se definan *“con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva”* y que las condiciones en

que se prevea su aplicación se precisen *“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”*.

CUARTA.- Debemos ya en este punto, recoger las previsiones que en cuanto a la modificación del contrato recogen el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, folios 1 a 23) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT, folios 1 a 19).

A lo dispuesto para la modificación del contrato en los pliegos se refieren los informes emitidos por los distintos servicios municipales en el expediente de modificación.

En cuanto al PCAP:

- La cláusula decimoquinta establece en su apartado A.3, en cuanto al servicio público de estacionamiento regulado, que el adjudicatario *“asumirá los gastos ocasionados por la redistribución y posibles ampliaciones o reducciones de las instalaciones”*, igualmente que deberá cumplirse lo dispuesto en el pliego cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato.

- La cláusula decimosexta establece que el Ayuntamiento *“podrá revisar el precio de prestación de los servicios en los términos establecidos en el presente pliego”* (apartado 1.d), y que del mismo modo *“podrá ampliar o reducir el servicio mediante la incorporación al mismo de nuevas vías públicas o incremento de las plazas así como ampliar o reducir el número de grúas o depósitos en la prestación del servicio en función de las necesidades de la población, con las condiciones establecidas en los pliegos, según el pliego de prescripciones técnicas a este respecto”* (apartado 2.b).

- La cláusula decimonovena, bajo la rúbrica “modificación del contrato” recoge que:

“El órgano de contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, modificaciones en las características del servicio contratado, cuando sean consecuencia de causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato. En lo concerniente a su régimen se estará a lo dispuesto en el TRLCSP. A este respecto tener igualmente en consideración lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Por su parte el PPT establece:

- En su artículo 4, “Tipos y número de plazas de Estacionamiento Regulado en superficie” se recoge que *“dentro del área regulada, el Ayuntamiento tendrá la potestad de variar el tipo de plazas de forma debidamente motivada para la mejor regulación del servicio”*; igualmente que *“el Ayuntamiento podrá establecer ampliar o disminuir el área de regulación, siendo obligatoria su ejecución para el contratista, cuantificándose siempre según lo establecido en el contrato. En caso de aumentar el área deberá ejecutar todas las obras y trabajos necesarios para su implantación. En caso de reducir el área deberá realizar todas las obras de reposición para restaurar la red viaria al caso de área sin aparcamiento regulado. Los plazos los establecerá motivadamente el Ayuntamiento”.*

Del examen del precitado clausulado no puede estimarse que se hayan cumplido los requisitos que exige el TRLCSP para considerar que los pliegos que rigen la contratación han establecido la causa de la modificación del contrato en que se pretende amparar la propuesta de modificación.

De este modo, más allá de diversas referencias a la posibilidad que tiene el Ayuntamiento de aumentar o disminuir las plazas de aparcamiento de la zona SER, no se prevén las condiciones, alcance y límites de la modificación, ni el porcentaje del precio del contrato a que cómo máximo pudiera afectar; no existe ni concreción ni detalle de la cuantificación de lo que se entiende por aumento o disminución de las plazas de aparcamiento, ni su incidencia en el régimen económico del contrato. Igualmente las referencias en la propuesta a que los términos del contrato se establecieron en un contexto de estimación no encuentra apoyo en la dicción ni del PCAP ni de prescripciones técnicas.

Esta falta de previsión es precisamente lo que quiere evitar la normativa actual, pues ello genera indefensión e incertidumbre al contratista que, por una parte, no tiene más remedio que someterse a una cláusula genérica de variación de sus obligaciones contractuales como la presente, sin que por otra parte pueda realizar alguna estimación de lo que dicha variación le supondría en su régimen financiero.

Por ello, como decimos, la propuesta de modificación del contrato que se examina no puede justificarse en que la causa de modificación se encuentra prevista en los pliegos del contrato.

A nada de ello obsta una circunstancia particular cual es que el adjudicatario no se opone a la modificación del contrato. Como ha quedado reflejado en el expositivo, en su escrito de alegaciones estima que, a la vista de las cláusulas de los pliegos que prevén la posibilidad de reducción de plazas de aparcamiento, existe una previsión de la causa de modificación que resulta amparada por el artículo 106 TRLCSP (cita por error el artículo 105), y sólo muestra su disconformidad con la falta de incidencia en el régimen económico financiero que acuerda la propuesta de modificación.

Sin embargo, de la falta de oposición del adjudicatario a la existencia de una causa de modificación prevista en los pliegos, debemos extraer una reflexión. De este modo, dado que el contenido obligacional del contrato no cumple los requisitos necesarios para que pueda considerarse que dicha causa está debidamente consignada en los pliegos, así debemos estimarlo en el presente Dictamen; la falta de oposición del adjudicatario en este punto no nos exime de ello, habida cuenta que la exigencia que establece la norma (claridad, precisión, concreción y porcentaje máximo) no es disponible por las partes –adjudicador y adjudicatario– ya que se trata de una cuestión de orden público.

No puede ser de otra manera habida cuenta que no sólo se trata de proteger al que participa en el concurso, sino también de evitar que la libre concurrencia quede cercenada a quien, por falta de seguridad jurídica, no se presentó al concurso.

QUINTA.- Sentado lo anterior debemos analizar si resulta posible proceder a la modificación del contrato por alguna causa no prevista en los pliegos.

A esta posibilidad se refiere el artículo 107 por la remisión que al mismo efectúan tanto el artículo 105, como el artículo 282, ambos del TRLCSP, este referido en particular al contrato de gestión de servicios públicos.

Así, el primero de los preceptos citados recoge las causas por las que el contrato puede ser modificado cuando la causa de la modificación no está prevista en los pliegos. Dichas circunstancias hacen referencia a los supuestos de inadecuación de la prestación o del proyecto, fuerza mayor o caso fortuito, incorporación de avances técnicos y aspectos técnicos.

Estos últimos se recogen en el apartado e) del citado artículo 107 como: *“Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas*

con posterioridad a la adjudicación del contrato”, y es el supuesto en el que estimamos encaja la modificación que se propone.

De este modo son especificaciones técnicas, medioambientales y urbanísticas las que han originado la necesidad de proceder a una disminución y redistribución de las plazas de la zona SER. Así lo recoge el informe de los servicios técnicos municipales y la propia propuesta de modificación ya transcrita en nuestra consideración segunda.

Como allí se recogió, tras diversas reuniones con los sectores afectados, se toma la decisión de redistribuir y disminuir las plazas de aparcamiento para residentes, con el fin de lograr tanto una adecuación práctica y una realidad lo más ajustada posible a la realidad municipal, con un mayor equilibrio entre la oferta y la demanda de estacionamiento entre distintas zonas del municipio, garantizar la rotación y la potenciación de medios de transporte alternativos y no contaminantes.

Por otra parte, es necesario, conforme la regulación del artículo 107 e) del TRLCSP, que las nuevas necesidades que justifican la modificación hayan sido *“aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”*.

A este respecto el servicio de estacionamiento regulado se rige por el Reglamento Municipal Regulador del Servicio de Estacionamiento Regulado, aprobado por el Pleno el 14 de junio de 2012 (BOCAM de 21 de julio), cuyo artículo 2.1 establece que la delimitación de las zonas será resuelta mediante Decreto del Alcalde previo informe y propuesta de los Servicios Técnicos de la Concejalía competente. No consta en el expediente que se haya aprobado el Decreto correspondiente que modifique la zona SER, lo que resulta necesario para proceder a la modificación del contrato.

Sin perjuicio de dejar sentado el punto anterior, podemos considerar que el Ayuntamiento, en uso de sus competencias, y por las necesidades

expresadas, procede a una modificación de la zona de SER del municipio, que responde al ajuste técnico necesario a la realidad del municipio que reflejó el “Plan de movilidad urbana sostenible de Valdemoro” (aprobado por el Pleno el 25 de noviembre de 2010, BOCAM de 27 de diciembre) y el “Estudio de viabilidad de la gestión y limitación del aparcamiento para vehículo privado”. A ambos y a sus objetivos se refiere el PPT y el Reglamento del SER del municipio.

Respecto a lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que la causa de la modificación del contrato no se encuentra expresamente recogida en los pliegos, y que no obstante sí existe una causa, debidamente justificada, para proceder a la modificación que se propone.

SEXTA.- La existencia de una causa de modificación contractual conforme la regulación que establece el artículo 107.1 del TRLCSP, no exime de cumplir el resto de requisitos que exige el precepto para que sea admisible la modificación del contrato.

Así, el apartado segundo establece que *“la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación”* y se entiende que se alteran estas condiciones esenciales cuando, en lo que a nosotros concierne, *“las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato”* (apartado 3.d), artículo 107).

Del expediente resulta que nos encontramos ante una modificación que supera dicho porcentaje, pues el propio Acuerdo Plenario de iniciación del expediente de modificación recoge que dicha modificación *“supone la reducción del precio del contrato en un 16,46% del precio primitivo del mismo (...)”*.

Ninguno de los informes aportados al expediente se pronuncia sobre este extremo, por lo que debemos entender que el límite del 10% del precio del contrato que se establece para admitir la modificación ha sido transgredido.

A ello no es obstáculo el criterio del órgano de contratación, que considera que, en función de la extrapolación previsible de ingresos y gastos llega a la conclusión que, al menos en hipótesis, el equilibrio financiero del contrato no se ve afectado y por tanto no puede estimarse que el adjudicatario tenga derecho a compensación alguna; y ello principalmente porque entiende que se mantendrá inalterable el mismo rendimiento positivo durante el plazo de ejecución del contrato tras el ajuste a realizar durante el primer año del mismo, como recogen ambos informes técnicos municipales.

Se basa para tal afirmación en el régimen económico del contrato, fijado con base en estimaciones de ingresos y gastos. En este sentido, la cláusula tercera del PCAP recoge que:

“La retribución del contratista, que la percibirá de los usuarios de los servicios (en cuanto al SER) y del Ayuntamiento (en cuanto a Grúa y Sanciones), consiste en un precio cierto, que vendrá cuantificado en las tarifas (SER) vigentes en cada momento y aprobadas cada año por el Ayuntamiento: teniendo en cuenta que la retribución correspondiente a Grúa y Sanciones lo será según los importes aprobados por el Ayuntamiento mediante Ordenanza Municipal. El primer año de explotación del SER, las tarifas serán las establecidas en la adjudicación del contrato, siendo en los sucesivos años las aprobadas por el Ayuntamiento teniendo como referencia las inicialmente establecidas: el primer año de explotación de La Grúa (incluido Depósito), los importes serán los establecidos en la adjudicación del contrato por lo que si no se corresponden con los que constan en la Ordenanza Vigente, esta será modificada, siendo en los

sucesivos años los aprobados por el Ayuntamiento; el importe en cuanto a sanciones será el establecido por el Ayuntamiento en la Ordenanza de Movilidad Urbana, Tráfico y Transportes”.

En función de ello el contrato se adjudicó por un canon anual y de acuerdo con el siguiente desglose: 11,5% del excedente del servicio global, cuantificándolo para el primer año en 7.982,20 €, 34,5 % de los ingresos obtenidos por el servicio de grúa, cuantificándolo para el primer año en 39.845,89 € y 46 % de los ingresos obtenidos por el servicio de sanciones cuantificándolo para el primer año en 323.221,79 €.

Continúa la cláusula tercera del PCAP estableciendo que:

“El canon por la concesión, a percibir por el Ayuntamiento trimestralmente (dentro de los diez días siguientes al cumplimiento de cada trimestre, teniéndose en cuenta que los ingresos por los conceptos de Grúa y Sanciones serán ingresados en una cuenta cuya titularidad ostente el Ayuntamiento, es decir, se procederá dentro de ese plazo a realizar la liquidación que corresponda), será como mínimo con arreglo a los siguientes porcentajes según se detalla (regularizándose la cuantía al final de cada año):

- 10 por ciento del excedente del servicio global.*
- 30 por ciento de los ingresos obtenidos por el servicio de grúa.*
- 40 por ciento de los ingresos obtenidos por el servicio de sanciones.*

El concesionario autoriza y tiene por solicitado, en vía voluntaria, la compensación de oficio, por los créditos a favor del Ayuntamiento, procedentes del importe del canon a satisfacer por la concesión, derivado del excedente de explotación, según definición del estudio económico, con los débitos reconocidos del porcentaje de participación

de los ingresos obtenidos por el servicio de grúa y el de sanciones de tráfico. A tal efecto la Intervención Municipal, practicará la misma y realizará los asientos contables correspondientes, en el sistema contable local”.

Sentado dicho régimen retributivo, como decíamos, el órgano de contratación estima que el régimen económico financiero del contrato no se verá afectado pues según su criterio, si bien la reducción de plazas de residentes conlleva una disminución de las solicitudes de tarjetas de residentes, y por tanto menos ingresos, lo cierto es que, conforme la extrapolación que contempla el informe técnico municipal, dicha disminución de ingresos por este motivo se verá compensada con las solicitudes de tarjetas para profesionales, además de conllevar unos menores gastos de mantenimiento.

Sin embargo, el sistema retributivo que establece el contrato, y la incidencia en el mismo de la modificación que se propone, no excluye la cuestión esencial: el precio del contrato sufre una disminución superior al 10% del precio primitivo. La norma aplicable es tajante en este sentido.

El TRLCSP contiene la exigencia de la determinación de un precio cierto en los contratos, así como las normas para establecerlo en cada uno de los tipos de contratos administrativos (artículos 87 y 88). Tal regulación se deriva de evidentes razones de seguridad jurídica, pues la determinación del precio incide directamente en la libre competencia.

Establecido el precio, la variación del mismo en un porcentaje mayor del límite del 10% que establece el artículo 107 TRLCSP, impide la modificación del contrato, más allá de las previsiones o hipótesis sobre el régimen económico financiero durante la vida del contrato. No puede por tanto obviarse que la modificación que se propone supera dicho límite, por lo que debemos considerar que vulnera la regulación establecida al efecto.

En mérito a cuanto antecede, este Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

1.^a- La modificación que se propone del contrato “Servicio público de estacionamiento regulado (SER) en determinadas vías urbanas, servicio público de retirada de vehículos (GRUA) del municipio de Valdemoro y servicio de gestión de sanciones dentro del área del servicio de estacionamiento regulado”, no resulta acorde con el ordenamiento jurídico al establecer una variación que excede del 10% del precio de adjudicación del contrato.

2.^a- El procedimiento de modificación del contrato que se somete a dictamen adolece de un vicio de procedimiento al no haberse aportado informe de la Asesoría Jurídica o de la Secretaría municipal.

3.^a- El órgano competente deberá tener en cuenta la proximidad del transcurso del plazo de caducidad, conforme nuestra consideración de derecho segunda.

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, 12 de junio de 2013