

**ASUNTO: Informe solicitado por el Ayuntamiento de _____ sobre ”
POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS DEL CENTRO DE DÍA Y
RESIDENCIA DE MAYORES”**

464/18

FC

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Alcalde/sa del Ayuntamiento de _____, esta Oficialía emite el presente,

INFORME

I. ANTECEDENTES:

Plantea el Sr/a. Alcalde/sa de referido Municipio la emisión de informe sobre el asunto arriba epigrafiado.

II. NORMATIVA APLICABLE

- Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público
- Ley 2/2011, de Economía Sostenible
- Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. NORMATIVA APLICABLE.-El contrato fue adjudicado con fecha ___ de ___ de ____; consiguientemente con ello a este contrato le es de aplicación la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público; si bien, con las modificaciones introducidas en la misma por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

2. DURACIÓN DEL CONTRATO.-Conforme a la Cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la duración inicial del contrato quedó establecida en CINCO AÑOS, con posibilidad de PRÓRROGAS ANUALES, sin que el plazo total de duración pueda exceder de DIEZ AÑOS.

3. MODIFICACIÓN INICIAL.-No obstante la duración establecida en el pliego, con fecha ___ de ____ de ___, el Pleno, a solicitud del concesionario, acuerda modificar la duración del contrato fijándola en una duración inicial de QUINCE AÑOS (en lugar de cinco años). Con dos posibles prórrogas de cinco años cada una de ellas (en lugar de

sucesivas prórrogas anuales y sin que la duración total pueda exceder de diez años), estableciéndose así una duración máxima de veintiocho años.

A la fecha de adjudicación del contrato ya estaba vigente la modificación introducida en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) por la Ley 2/2011, de Economía sostenible. Consiguientemente con ello ya estaban en vigor los artículos 92 bis, ter, quáter y quinquies, que regulaban la modificación de los contratos.

Dichos preceptos vinieron a endurecer o restringir esa prerrogativa de la Administración para modificar los contratos.

El artículo 92 bis de la LCSP establece la siguiente y contundente regulación general sobre la modificación de los contratos:

“1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público 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.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b).”

Como vemos, el legislador ha restringido sustancialmente esa potestad que tiene, en este caso el Ayuntamiento como Administración contratante, para modificar los contratos, exigiendo en primer lugar que dicha posibilidad de modificación estuviese prevista en los Pliegos o en los Anuncios de licitación. Para estos supuestos en los que la posibilidad de modificación del contrato esté prevista en los documentos señalados, el artículo 92 ter determina:

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

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda

verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.”

Vemos pues que en estos supuestos, además de exigirse que en los Pliegos o Anuncios se detalle el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, deben quedar definidas las circunstancias o causas que pueden originar la modificación del contrato, y esto por una elemental norma de seguridad jurídica o, como dice el legislador, *para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta.*

Es cierto que en la cláusula tercera del pliego de cláusulas se establece, con carácter genérico, la potestad del Ayuntamiento de modificar el contrato por razones de interés público, pero ni por asomo se determina, concreta y específica en los términos que el mencionado artículo 92 ter de la LCSP exige. Es decir, adolece esta cláusula de un requisito fundamental exigido en el citado artículo 92 ter: “ **el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello**”.

Así las cosas, resulta interesante traer a colación el Informe 3/2012, de fecha 24 de mayo de 2012, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana, en el que se afirma lo siguiente:

*“Las condiciones de la eventual modificación **deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.***

Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en la LCSP . Véase en este sentido la actual regulación en el Título V del Libro I del Real Decreto Legislativo 3/2011 , de 14 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, artículos 105 a 108 ; y 211 y 219 () con carácter general.”.

Por tanto, aunque en el pliego figure esa potestad de modificación del contrato, al no determinar esos parámetros cuantitativos de la posible modificación, no han permitido a los licitadores realizar sus ofertas en atención a los mismos; además de impedir al Ayuntamiento realizar las necesarias previsiones presupuestarias al efecto.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha venido manteniendo criterios restrictivos en relación con las modificaciones de contratos reflejado en su informe de 12 de marzo de 2004 (expediente 50/03) y los que en el mismo se citan y que, posteriormente, se reitera en el de 24 de marzo de 2006 (expediente 7/06) y que aunque referidos a una normativa anterior a la LCSP no pierden su virtualidad y vigencia:

“En primer lugar el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados y que, aparte de los requisitos formales a que se sujetan, tiene su reflejo en los artículos 101, con carácter general, y 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para el contrato de gestión de servicio público, **ligando ambos la posibilidad de modificación a razones de interés público**, expresando el primero 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” y el segundo –el artículo 163- en el mismo sentido que “la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato... **la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada**, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concedores de la modificación que ahora se produce” (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)”.

Así las cosas, y como la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa sostiene, no podemos, por vía de una modificación, alterar los principios de la contratación pública de *no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos*, por cuanto si el resto de licitadores e incluso otras empresas que no llegaron a licitar hubieran conocido esta circunstancia, bien pudieron realizar una oferta distinta y posiblemente nos encontraríamos ahora con un adjudicatario distinto.

Ahora bien, visto lo anterior, acudiremos al artículo 92 quáter de la LCSP, en el que se regula la posibilidad de modificación de los contratos cuando no estuviese prevista en el pliego, y a la que podemos asimilar la que en el contrato sometido a consulta se da al no haber previsto el límite cuantitativo de la posible modificación.

Dispone este artículo 92 quáter lo siguiente:

“1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) 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

c) *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos*

d) *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

e) *Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

En la documentación aportada por el Ayuntamiento no se motivan ni se indican las causas por las que se acuerda la sustancial modificación de la duración del contrato, aunque sí las nuevas obligaciones del concesionario derivadas de tal modificación:

- *“Completar el programa de gestión del servicio con la implantación de un proyecto de atención individualizada a los usuarios mediante la creación de un equipo multidisciplinar.*
- *Ampliar la plantilla base de personal, que pasará de los __ trabajadores actuales a __ trabajadores, incrementándose esta cantidad en función de la ocupación y necesidades del servicio, y manteniéndose este nivel de empleo mínimo durante toda la duración del contrato.*
- *Aportar por la empresa concesionaria la cantidad de ____ euros en el momento en que por parte del Ayuntamiento se lleve a cabo la ampliación/adecuación del Centro de Día-Residencia que se encuentra prevista, materializándose esta aerostación en ejecución de partidas de obra, suministro de mobiliario, realización de instalaciones, o cualquier otra forma que estime oportuna el Ayuntamiento.”*

Analizadas una a una las causas que posibilitan una modificación del contrato de las recogidas en este artículo 92 quáter, parece difícil que un contrato de gestión de servicios como el que nos ocupa pueda darse alguna de ellas que propicien o posibiliten la modificación del contrato en los términos que hemos visto.

Pero es más, aún en el supuesto que sí se hubiese dado alguna de esas causas habilitantes, el apartado segundo de este artículo 92 quáter exige que la modificación *no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.*

A fin de clarificar o determinar cuándo se entiende que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, el apartado tercero de este mismo precepto determina que se considera que se alteran tales condiciones esenciales en los siguientes casos:

- a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.*
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.*
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.*
- d) Cuando las modificaciones del contrato **igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato**; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*
- e) En cualesquiera otros casos en que **pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.***

Por un lado, aunque el precio, considerado en este caso compuesto por las tarifas que los usuarios abonen y por la subvención de la Comunidad Autónoma, en puridad no representa variación, sí la percepción global de dicho precio, pues no olvidemos que de una duración inicial de cinco años nos vamos a otra de quince y de una duración total posible de las prórrogas hasta de cinco años, nos vamos a otra de hasta diez años.

Pero, y fundamentalmente, si cualquier otro licitador, o incluso empresas que no llegaron a participar en la licitación, hubieran conocido esta posibilidad de modificación en los términos tan amplios y beneficiosos, es posible que ahora estuviéramos ante un concesionario diferente.

Por consiguiente, se da esa circunstancia de la letra e) del artículo 92 quáter, apartado tercero, suponiendo por tanto una alteración sustancial de las condiciones esenciales del contrato y que, por tanto, devendría en nula.

4. NULIDAD DE LA MODIFICACIÓN.-Como acabamos de indicar, la modificación operada en el contrato deviene en nula. En efecto, el artículo 32 de la LCSP establece como una de las causas de nulidad a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Este artículo 62.1 es coincidente con el artículo 47 de la vigente Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuya

Disposición transitoria tercera establece que *“Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.”*

Ante la existencia de causa de nulidad será de aplicación lo dispuesto en el artículo 106.1 de la LPAC respecto a la facultad de revisión de los actos administrativos:

*“1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, **declararán de oficio la nulidad** de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. .”*

Encontrándonos ante un contrato nulo, la actuación del Ayuntamiento debe dirigirse obligatoriamente a su anulación en los términos que arriba hemos expuesto. Y esto es así porque, como hemos visto, el mencionado artículo 106.1 de la LPAC cuando regula la revisión de oficio de los actos nulos emplea la expresión **“ declararán de oficio la nulidad”**, y no la de la anterior Ley 30/1992, en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 4/1999, que utilizaba la expresión *“podrán declarar”*. Se deduce que la modificación realizada en este precepto por la Ley 4/1999 introdujo el carácter reglado de la revisión de oficio. Esta modificación responde a lo que la doctrina y la jurisprudencia habían interpretado ya acertadamente: si la Administración considera que un acto es nulo de pleno derecho por estar incurrido en alguno de los supuestos del artículo 62, no tiene alternativa, debe declarar la nulidad. Carece de discrecional para valorar la oportunidad de decidir o no su anulación.

Declarada la nulidad de la modificación habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 35 de la LCSP, *“La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.”*

Ahora bien, no podemos pronunciarnos sobre si el concesionario, cuyo contrato debió finalizar, salvo prórroga, en febrero de 2017, tendría derecho a ser indemnizado. En todo caso habría que estarse a lo que en su caso instare el concesionario y, también, en su caso, dictaminare el Juzgado de lo contencioso-administrativo para el caso de disconformidad del Ayuntamiento con el petitum de aquel.

5. NUEVA MODIFICACIÓN.- Basado en una pretendida ampliación de las instalaciones, la cual conllevaría una mayor capacidad de este centro residencial de la tercera edad, y cuyo inversión ascendería a casi doscientos cincuenta mil euros, se nos pregunta si sería posible *“prolongar”* el contrato vigente.

Entendemos que esta *“prolongación”* está referida a otra posible ampliación de la duración del contrato fundada, al parecer, por la asunción del concesionario de la financiación de las inversiones antes referida.

Los fundamentos para una respuesta negativa a esta nueva prolongación son exactamente los mismos que hemos puesto de manifiesto para considerar nula la modificación que en 2015 se llevó a efecto: No entran dentro de ninguna de las causas habilitantes del artículo 92 quáter de la LCSP.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-La modificación del contrato acordada en ____ consistente en multiplicar por tres la duración inicial del contrato y por dos la duración total posible de las prórrogas, llevando el contrato de una duración total posible de diez años a una de veinticinco, debe ser considerada nula de pleno derecho por no responder a ninguna de las causas habilitantes recogidas en el artículo 92 quáter de la LCSP.

SEGUNDA.-Consecuencia de lo anterior debe procederse en los términos establecidos en el artículo 106 de la LPAC a declarar la nulidad de esta modificación, tras la cual el contrato volverá a su duración inicialmente pactada, llevándose, por por de la propia modificación nula, a una prórroga que llegaría hasta ____ de ____.

TERCERA.-Basado en los mismos fundamentos que para considerar nula la modificación realizada en _____, consideramos inviable la pretensión de una nueva ampliación de la duración del contrato por mor de la financiación por el concesionario de una obras de ampliación.

CUARTA.-Recomendamos extender al duración del contrato hasta la fecha indicada de ____ de ____ e iniciar un nuevo expediente de contratación en el que podrá establecerse la financiación de las obras por el concesionario, ajustándose entonces la duración del contrato de concesión de servicios a la amortización de tales obras.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de _____ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

En Badajoz, a 6 de Junio de 2018