



Dictamen nº 156/2018

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 11 de junio de 2018, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades (por delegación de la Excmo. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 16 de mayo de 2018, sobre modificación de dos contratos sobre reserva y ocupación de plazas residenciales para personas mayores, en Cartagena (expte. 94/18), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Los contratos, calificados como administrativos de gestión de servicios públicos, fueron adjudicados de manera definitiva y por procedimiento negociado, uno, a la Asociación Edad Dorada Mensajeros de La Paz, Murcia, mediante Resolución de la Dirección Gerencial del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) el 25 de febrero de 2009, formalizándose el 1 de marzo de 2009 por un importe total de 1.229.990,00 euros, quedando fijado como precio de coste de la plaza ocupada por usuario y día en 49,00 euros, exento de IVA, precio que posteriormente ha sido revisado en varias ocasiones, fijándose en la última actualización un precio de 50,88 euros mediante resolución del Director Gerente del IMAS de 4 de mayo de 2012. El número inicial de plazas es de 47. Los pliegos se aprobaron mediante resolución del mismo alto cargo de 15 de diciembre de 2008, y el de cláusulas administrativas particulares recoge la potestad del órgano de contratación para modificar el contrato por razones de interés público, dentro de los límites y con sujeción a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), artículos 194 y 195. En concreto dice que *"se podrán suscribir modificaciones en el número y tipo de plazas debido a las siguientes causas: cierre de otros centros residenciales, por obras que afecten al bienestar de los residentes que obliguen a su traslado, por incremento de la demanda y cualquiera otra situación imprevista sobrevenida, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 258 de la LCSP"*. El plazo de ejecución del mismo se extendería durante un periodo de 22 meses, a contar desde el día 1 de marzo de 2009 hasta el día 31 de diciembre de 2010, pudiendo ser prorrogado de forma expresa, conforme a lo previsto en la cláusula 3^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin que el total pueda exceder, incluidas las prórrogas, de 25 años. Al amparo de ello, el contrato ha sido prorrogado en diversas ocasiones, de forma que su duración está prevista hasta el próximo día 30 de septiembre de 2018. También ha sido modificado tres veces para incrementar el número de plazas, que actualmente asciende a 107.

El segundo contrato, para 35 plazas residenciales de atención a personas mayores en Cartagena (y un precio de 883.686,30 euros), fue adjudicado a la mercantil --, el 24 de mayo de 2010, con plazo de ejecución hasta el 30 de abril de 2012, siendo objeto de diversas prórrogas, y su duración está prevista también hasta el próximo día 30 de septiembre de 2018. Ha sido objeto de tres modificaciones y en la actualidad el número de plazas contratadas es de 65.

SEGUNDO.- En ambos casos, la Subdirección General de Personas Mayores ha propuesto, los días 23 y 27 de febrero de 2018, la iniciación de sendos procedimientos de modificación, en el primero para ampliar el contrato en 13 plazas con un coste de 36.986,14 euros, y el segundo en 9 plazas con un coste de 25.357,78 euros, motivando la necesidad en el aumento de la demanda en el municipio y zonas limítrofes, constando en los respectivos expedientes el informe favorable del Servicio Jurídico del Instituto Murciano de Acción Social y el consentimiento de la contratista a la modificación (escritos de 16 y 19 de febrero de 2018).

TERCERO.- Sometidas las propuestas de modificaciones con sus expedientes a la fiscalización previa del gasto, en virtud de lo establecido en el artículo 9 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General, fueron emitidos sendos informes favorables por dicho Centro de Control el día 2 de mayo de 2018.

Tras ello, fue formulada la consulta en la fecha indicada en el encabezamiento.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen se solicita con carácter preceptivo en ambos contratos, toda vez que cada una de las modificaciones contractuales propuestas, por sí o en unión de otras anteriores, representa, según se dice, un incremento superior al 20 por ciento del precio inicial de los contratos, siendo estos superiores a 600.000 euros, concurriendo así lo previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 195.3, letra b) LCSP, y el 211.3, letra b) de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

SEGUNDA.- Régimen jurídico y procedimiento.

I. Vistas las fechas de adjudicación de los contratos cuya modificación se pretende (25 de febrero de 2009 y 24 de mayo de 2010) y en atención a lo establecido en la Disposición transitoria primera TRLCSP, la normativa sustantiva de aplicación viene constituida por la LCSP, en su redacción anterior a la sustancial modificación operada en el régimen de la modificación de los contratos administrativos por la Disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), normativa que ha de ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas comunitarias y con la doctrina que sobre ellas emana de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, y de acuerdo con reiterada doctrina de este Consejo Jurídico, tributaria a su vez de la del Consejo de Estado, la determinación de la Ley aplicable a los procedimientos de interpretación, modificación y resolución del contrato y a la competencia del órgano para acordar dichas actuaciones se rige por la norma vigente en el

momento de inicio del procedimiento.

II. Dado que los procedimientos de modificación se iniciaron el 23 y el 27 de febrero de 2018, es decir, después de la entrada en vigor del TRLCSP y antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, será de aplicación a los mismos tanto el citado Texto Refundido como el vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), en lo que no se oponga al TRLCSP (Disposición transitoria primera, 3 Ley 9/2017).

En los procedimientos instruidos se han seguido los trámites esenciales señalados en el artículo 211 TRLCSP, constando que se ha dado audiencia a la contratista y ha manifestado su conformidad con la propuesta de modificación, figurando también el informe del Servicio Jurídico del IMAS.

TERCERA.- Sobre la modificación proyectada.

La regulación general de la modificación aplicable a los contratos a que se contrae la consulta se contiene en los artículos 194, 195 y 202 de la citada LCSP, con previsiones específicas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 258. El primer párrafo del artículo 202.1 establece que *"una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato"*. El párrafo 2 de ese mismo artículo establece, a su vez, que *"la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual"*, previsión que se cumple en el asunto dictaminado.

Tal como dice el informe de fiscalización, en ambos contratos la cláusula 16^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dispone que la Administración podrá modificar el contrato celebrado por razones de interés público, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en los artículos 194 y 195 LCSP, señalando que *"se podrán suscribir modificaciones en el número y tipo de plazas, debido a las siguientes causas: cierre de otras Centros residenciales, por obras que afecten al bienestar de los residentes que obliguen a su traslado, por incremento de la demanda y cualquier otra situación imprevista sobrevenida"*.

Cabe añadir a lo anterior que, en relación con los contratos de gestión de servicios públicos, el Consejo de Estado tiene sentada una amplia Doctrina (por todos, Dictamen núm. 4709/1998), sobre el hecho de que en los mismos el *ius variandi* de la Administración es más intenso que en el resto de los contratos administrativos: *"es consustancial con los contratos administrativos, y en especial, con los contratos de gestión de los servicios públicos, la potestad de la Administración de modificar, por razones de interés público, el contenido del contrato, sin límite material, si bien tiene la obligación de mantener el equilibrio económico financiero del mismo (...)"*. Esta afirmación se veía respaldada, en la normativa anterior al TRLCSP, por el hecho de que en este tipo de contrato no existía la causa de resolución cuando la modificación del contrato superaba el 20% del precio primitivo, causa que sí existía en el contrato de obras (art. 149,e) TRLCAP y 220, e) LCSP); suministro (art. 192,c) TRLCAP y 275, c) LCSP); y consultoría y asistencia y servicios (art. 214,c) TRLCAP y 284,c) LCSP). Además, el artículo 258.1 LCSP establecía en términos extremadamente amplios el *ius variandi* de la Administración, al limitarse a señalar que la Administración podía modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas a abonar por los usuarios, viniendo obligada al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato.

Finalmente, es de recordar a la Consejería consultante lo dicho en el Dictamen 322/2014 de este Consejo en torno a la naturaleza y plazo de estos contratos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictaminan favorablemente las modificaciones consultadas, al estar previstas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los procedimientos de contratación.

No obstante, V.E. resolverá.

