

Dictamen nº **167/14**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **23.04.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de abril de 2014, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre segunda modificación del contrato de gestión de servicios públicos denominado “*Servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de abril de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el coordinador general de la Alcaldía de Madrid, por delegación de la alcaldesa, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, relativa al expediente de segunda modificación del contrato de gestión de servicios públicos denominado “*Servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario*”.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estevez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 de abril de 2014.

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:

1. Mediante tres Decretos de la delegada del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid, de 21 de noviembre de 2012, se adjudicó el contrato, dividido en tres lotes, a las empresas A, B y C.

El precio primitivo del contrato, sin IVA, era de 60.248.984,76; 59.763.492,45 y 58.886.032,82 de euros, respectivamente, para cada uno de los tres lotes. La vigencia prevista del contrato comprendía del 1 de diciembre de 2012 al 31 de marzo de 2015.

Los contratos relativos a los lotes 1 y 3 se formalizaron el 28 de noviembre de 2012 y el relativo al lote 2 se formalizó el 27 del citado mes y año.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato (cláusula 27 y apartado 17 de su Anexo I) y en el pliego de prescripciones técnicas (cláusula 1ª) se contemplaba la previsión de modificación del contrato en determinados términos y circunstancias.

En concreto el apartado 17 del Anexo I prevé la posibilidad de modificación del contrato siendo el porcentaje afectado de un 65,82% del precio y remitiéndose expresamente al pliego de prescripciones técnicas.

Este último establecía que el contrato incluiría una cláusula de modificación al alza para posibilitar la prestación del servicio a las personas declaradas dependientes por la Comunidad de Madrid en virtud de los acuerdos de colaboración que se formalicen entre el Ayuntamiento y la Comunidad.

De la misma forma la cláusula séptima de cada uno de los contratos suscritos preveía de un modo expreso la posibilidad de modificación del contrato.

2. El 31 de diciembre de 2012 se suscribió por el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid un convenio de colaboración para la atención a las personas en situación de dependencia y el desarrollo de otros programas de atención social.

En el convenio se establecía que los servicios de ayuda a domicilio, teleasistencia y centro de día se prestarían por el Ayuntamiento de Madrid a las personas en situación de dependencia que tuvieran reconocidos esos servicios en su Programa Individual de Atención (PIA), siendo financiados por la Comunidad de Madrid.

A raíz del citado convenio se inició el 16 de enero de 2013 un procedimiento para la modificación del contrato que fue dictaminado favorablemente por este Consejo en su Dictamen 107/13, de 20 de marzo.

Por Decreto de 9 de abril de 2013 de la delegada del área de gobierno de Familia, Servicios Sociales y Participación Ciudadana se aprobó la citada modificación incrementándose el precio del contrato en 36.000.000 de euros suponiendo unos incrementos del precio primitivo de los lotes del 22,38 %, 19,81 % y 16,55%.

3. El 30 de diciembre de 2013 se firmó un nuevo convenio de colaboración entre el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid para la atención a las personas en situación de dependencia y el desarrollo de otros programas de atención social.

En dicho convenio se establece (a los efectos del presente dictamen) que el Ayuntamiento de Madrid prestaría a las personas residentes en el municipio los servicios de ayuda a domicilio reconocidos en los

correspondientes PIA que estaban siendo atendidos tanto por el Ayuntamiento como por la Comunidad a fecha 31 de diciembre de 2013 así como las altas de nuevos usuarios que determine el órgano competente de la Comunidad de Madrid en materia de dependencia (cláusula sexta).

La financiación del servicio de ayuda a domicilio correspondería a la Comunidad de Madrid por un importe de 54.000.000 de euros

El plazo de vigencia de dicho convenio se extiende desde su firma hasta el 31 de diciembre de 2014.

4. El 31 de enero de 2014 la Dirección General de Mayores y Atención Social del Ayuntamiento formula una memoria (folios 28-34) en la que se propone una segunda modificación del contrato.

En ella se relatan los antecedentes de adjudicación del contrato y la primera modificación.

Asimismo se recoge que, por Decreto de 17 de mayo de 2013 de la Delegada del Área de Gobierno de Familia y Asuntos Sociales, se procedió a interpretar el párrafo 8 del punto 1 de la cláusula 1ª del pliego de prescripciones técnicas en el sentido de considerar comprendidos en el ámbito del contrato a todos los colectivos especificados en la cláusula 1.3 con independencia de que los usuarios estén declarados dependientes por la Comunidad de Madrid en idénticas condiciones en cuanto a prestaciones, obligaciones del concesionario, precios, tarifas y tipo de gravamen del IVA, siempre que exista crédito comprometido adecuado y suficiente, siendo las cuantías contempladas en los estudios económicos y anexos del contrato y sus modificaciones estimaciones calculadas en función de unas previsiones de horas de atención que varían atendiendo a los flujos de personas que pasan a tener aprobado y reconocido un PIA por la Comunidad de Madrid.

En cuanto a la nueva modificación se indica que deriva del nuevo convenio suscrito con la Comunidad de Madrid por el que ésta se compromete a financiar hasta 54.000.000 de euros el servicio de ayuda a domicilio. Por ello la Dirección General propone la modificación para “(...) *garantizar la continuidad en la prestación del servicio a aquellas personas que tengan reconocida la situación de dependencia y el mencionado servicio en su Programa individual de Atención a la Dependencia (PIA), atendidas a 31 de diciembre de 2013, así como la prestación a los nuevos usuarios del servicio con dependencia reconocida*”.

Tras destacar que la variabilidad de la situación de los beneficiarios del servicio hace que los estudios económicos y anexos del contrato y sus modificaciones sean meras estimaciones calculadas en función de previsiones de horas de atención, propone la modificación en los siguientes importes:

- Lote 1 (empresa A).

Mayores: 19.243.198 euros

Discapacitados: 1.203.040 euros

Total: 20.446.238 euros

- Lote 2 (empresa B).

Mayores: 14.591.169 euros

Discapacitados: 1.043.425 euros

Total: 15.634.594 euros

- Lote 3 (empresa C)

Mayores: 17.189.902 euros

Discapacitados: 729.266 euros

Total : 17.919.168 euros

Los porcentajes de las modificaciones sobre el precio primitivo del contrato serían (IVA excluido) del 32,63% (A), 26,16% (B) y 29,26% (C).

Dicha modificación extendería sus efectos desde el 1 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre de dicho año.

Con fecha 30 de enero de 2014 se comunica la posible modificación a las empresas contratistas que prestan su conformidad por escritos de 31 de enero de 2014 (A) y 4 de febrero de 2014 (B y C).

El 31 de enero de 2014 los Direcciones Generales de Mayores y Atenciones Social y Familia, Infancia, Voluntariado, Educación y Juventud formulan tres propuestas de decreto para la modificación del citado contrato en cada uno de sus lotes así como las correspondientes propuestas de acuerdo de autorización y disposición de gasto (folios 35-41).

5. Con fecha 13 de febrero de 2014 se solicita informe a la Dirección General de la Asesoría Jurídica y al director de la Oficina de Colaboración Público Privada e Innovación Social y el 21 de febrero de 2014 se pide informe al jefe de servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales.

El 24 de febrero la Asesoría Jurídica emite informe favorable a la propuesta de segunda modificación (folios 72-76).

El 27 de febrero emite informe el Servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales con el visto bueno del director General de Presupuestos (folios 77-79).

El 4 de marzo de 2014 la Subdirección General de la Oficina de Colaboración Público Privada solicita un documento explicativo sobre los criterios y el cálculo de la distribución entre los tres lotes.

El citado informe se emite el 5 de marzo de 2014 (folios 82-86) figurando incompleto en la copia remitida a este Consejo (falta el folio 81 del expediente).

La subdirectora general de Colaboración Público Privada emite informe el 5 de marzo de 2014 (folios 88-90) en el que concluye que en la modificación planteada “(...) *la rentabilidad prevista en el contrato se mantiene con el incremento del número de horas derivado de la firma del convenio con la Comunidad de Madrid para la atención a las personas en situación de dependencia*”.

Consta en el expediente un borrador de Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se autoriza y dispone el gasto plurianual de 54.000.000 de euros correspondiente a la presente modificación.

El 7 de marzo se solicita informe a la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid que, con fecha 13 de marzo, solicita diversas correcciones y un decreto actualizado que permita la tramitación manual de determinadas propuestas de gasto.

Una vez cumplimentado el requerimiento se emite informe el 28 de marzo por el interventor delegado con el visto bueno del interventor general (folios 105-107).

El 1 de marzo de 2004 la secretaria general técnica del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales solicita al coordinador general de la Alcaldía que se recabe el dictamen de este Consejo con carácter de urgencia al ser “(...) *de gran trascendencia social que la modificación propuesta sea aprobada con anterioridad al próximo 1 de mayo*”.

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 LCC; a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por las entidades locales relativos, entre otros aspectos de la contratación del sector público, a las modificaciones de los contratos administrativos cuando así lo prevea la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

A estos efectos, el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas en los supuestos de modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente sea superior a un diez por ciento del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LCC *“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 de la LCC.

SEGUNDA.- La disposición final única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP, establece que la citada norma entraría en vigor al mes siguiente a su publicación en

el B.O.E. Por ello, al publicarse en el B.O.E. nº 276, de 16 de noviembre de 2011, la entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de dicho año.

Al adjudicarse este contrato el 21 de noviembre de 2012 resulta de aplicación el citado TRLCSP.

Con carácter subsidiario, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Además, ante la falta de un desarrollo reglamentario en la materia de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse aplicable el Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El artículo 211 TRLCSP exige una serie de trámites, con carácter general, en los procedimientos de interpretación, modificación y resolución.

Así, establece la necesidad de audiencia del contratista que, igualmente, exige el artículo 102 del RGLCAP referido específicamente al procedimiento para las modificaciones contractuales.

El apartado 2º del artículo 211 exige, en el ámbito de la Administración General del Estado, el informe del Servicio Jurídico, siendo un precepto sin carácter básico.

Tratándose de una entidad local, el artículo 114 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, exige el informe de la Secretaría y de la Intervención, requisito este último exigido también en el artículo 102 del RGLCAP.

Consta en el expediente que se ha dado audiencia a los contratistas, se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica que sustituye en el Ayuntamiento de Madrid y en los municipios de gran población al informe de la Secretaría y, finalmente, se ha recabado informe de la Intervención General.

Además se ha recabado informe de la Subdirección General de Colaboración Público Privada (Dirección General de Contratación y Servicios) y del Servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales (Dirección General de Presupuestos).

Debe hacerse una especial referencia a la necesidad de dictamen del Consejo Consultivo.

Como se ha expuesto, el artículo 211.3 TRLCSP exige el dictamen del órgano consultivo cuando las modificaciones, aislada o conjuntamente, superen el 10% del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

La modificación que se propone representa un aumento del importe del contrato del 32,63% (lote 1), 26,16% (lote 2) y 29,26% (lote 3) y los precios primitivos del contrato (IVA excluido) eran, para cada uno de los lotes, de 60.248.984,76; 59.763.492,45 y 58.886.032,82 de euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Como ya indicamos en nuestro Dictamen 107/13, de marzo, no resulta precisa la audiencia a los avalistas ni la existencia de un acuerdo expreso de inicio del procedimiento que puede suplirse con la audiencia a los contratistas.

Para concluir los aspectos procedimentales, el artículo 102 del RGLCAP exige la redacción de la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren la modificación que se

pretende realizar, la audiencia al contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

A estos efectos consta en el expediente una memoria en la que se describe, valora y justifica la modificación.

Por todo ello ha de concluirse que se han cumplimentado adecuadamente los trámites establecidos para las modificaciones de contratos administrativos.

TERCERA.- Analizados los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la conformidad a derecho de la modificación propuesta.

La modificación unilateral (*ius variandi*) de los contratos ha sido una de las tradiciones prerrogativas exorbitantes de la Administración en la contratación administrativa frente a la regla general (*pacta sunt servanda*) del derecho privado recogida en el artículo 1256 del Código Civil “*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”.

Esta prerrogativa exige como presupuesto previo la concurrencia de razones de interés público, tal y como establece expresamente el artículo 210 TRLCSP, entendiendo nuestro Dictamen 107/13 que, en el presente caso, dicho interés estaría acreditado al existir un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid para que este gestione determinados servicios de atención a las personas dependientes en el marco de lo establecido en el artículo 12 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Al formalizarse un nuevo convenio de colaboración el 31 de diciembre de 2013 debe entenderse igualmente existente ese interés público ante la

necesidad de dar cumplimiento a las nuevas obligaciones asumidas por el Ayuntamiento de Madrid.

CUARTA.- No obstante, la facultad de modificación de los contratos ha sido objeto de una especial atención en el derecho europeo de contratos, sobre todo desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 *Succhi di Frutta* (C-496/99).

La jurisprudencia europea considera que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, obstaculizando el desarrollo de una competencia sana y efectiva. En este sentido la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (T-235/11).

Esta jurisprudencia motivó la necesaria reforma de la normativa española en lo relativo a las modificaciones contractuales por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y autorizó al Gobierno a elaborar un texto refundido que es el actualmente vigente TRLCSP.

Así el artículo 105 del TRLCSP establece que los contratos sólo podrán modificarse “(...) *cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107*”.

A su vez, el artículo 106 del TRLCSP desarrolla el primer supuesto indicando que:

“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”.

En el caso que nos ocupa los pliegos prevén la posible modificación del contrato pero no de una manera meramente genérica, lo cual sería inadmisibles, sino que el Pliego de Cláusulas Administrativas (cláusula 27^a y punto 17 del Anexo I) contempla la posibilidad de modificar el contrato hasta un 65,82% remitiéndose en cuanto a los supuestos y condiciones a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas cuya cláusula 1^a, tras definir el objeto del contrato, establecía que el contrato incluye una cláusula de modificación al alza para posibilitar la prestación del servicio a las personas declaradas dependientes por la Comunidad de Madrid en virtud de los acuerdos de colaboración que se formalizasen.

Añadía que la financiación del servicio correspondería a la Administración Autonómica que podría aportar hasta 54.500.000 de euros al año lo que haría un total un total de 122.625.000 euros, IVA incluido, para todo el periodo de vigencia del contrato.

Las prestaciones a recibir por los nuevos usuarios serían idénticas a las que reciben los colectivos de la Ciudad de Madrid a los que se dirige el servicio e, igualmente, el adjudicatario tendría las mismas obligaciones y percibiría el mismo precio por hora de servicio pactada.

Los nuevos usuarios estarían obligados al pago de las mismas tarifas que el resto.

Por ello, al igual que recogimos en nuestro Dictamen 107/13, ha de concluirse que se respeta la normativa legal orientada a que los licitadores conocieran las posibles modificaciones del contrato en el procedimiento previo de licitación, garantizando la igualdad de los licitadores y la libre concurrencia toda vez que la modificación propuesta no supera los límites que se preveían en los pliegos y que fueron tenidos en cuenta por los licitadores.

Se respeta, asimismo, el límite máximo del 65,82% en cuanto que la suma de las dos modificaciones supone un 55,01% (lote 1) 45,97% (lote2) y un 45,81% (lote 3).

De igual manera nuestro Dictamen 107/13 consideraba que la modificación no suponía alterar la naturaleza del contrato de tal forma que éste seguía siendo reconocible tras la modificación, respetándose así el artículo 105 del TRLCSP en cuanto no estamos ante prestaciones o finalidades distintas de las inicialmente contratadas ni ante prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento independiente.

Por último, debemos hacer constar que, en materia de servicios sociales, el artículo 19 de la reciente Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión no aplica lo dispuesto en el artículo 43 de la citada Directiva respecto a la modificación de esos contratos durante su periodo de vigencia dejando al legislador nacional una mayor libertad de actuación a la hora de su transposición.

Por tanto la modificación propuesta cumple los límites establecidos en la legislación aplicable.

En méritos de cuanto antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la aprobación de la segunda modificación del contrato de gestión de servicios públicos “*Servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario*” en los términos propuestos por el Ayuntamiento de Madrid.

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, 23 de abril de 2014