

Dictamen n^o: **363/10**
Consulta: **Alcalde de Torrejón de Velasco**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **27.10.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 27 de octubre de 2010, sobre consulta formulada por el Alcalde de Torrejón de Velasco, al amparo del artículo 13.1.f) 4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre modificación del contrato de gestión del servicio público municipal de limpieza viaria y mantenimientos viarios suscrito con la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 1 de octubre de 2010 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen sobre la modificación del contrato antes referido. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 361/10, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Debe señalarse que con fecha 17 de febrero de 2010, se había planteado directamente por el Secretario General del Ayuntamiento solicitud de información en relación con la necesidad de emitir dictamen sobre la

modificación contractual que nos ocupa, dado que la modificación del contrato se adopta en ejecución de sentencia. En concreto, se cuestiona en dicha consulta *“Tanto para la modificación, o resolución del contrato, como para la asunción de los trabajadores de nuevo por el Ayuntamiento en ejecución de la Sentencia ¿es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo?”*.

Con fecha 19 de febrero de 2010, se informa por el Secretario General del Consejo Consultivo, del carácter preceptivo del dictamen, y el vicio de nulidad que de acuerdo con la jurisprudencia, constituiría su omisión.

Por último, tal y como más arriba hemos señalado, cumple indicar que, si bien en la consulta efectuada se plantea la posibilidad de resolución del contrato y en el expediente administrativo consta una providencia del Alcalde que hace referencia a tal resolución, la cuestión sometida a dictamen de este Consejo se refiere exclusivamente y de forma expresa a la modificación del contrato, tal y como se desprende de la solicitud efectuada por el Alcalde el día 17 de septiembre de 2010.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

1. El Pleno del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco con fecha 27 de septiembre de 2007 acuerda la necesidad de contratar el servicio de limpieza municipal que hasta la fecha venía desarrollándose con personal laboral del propio Ayuntamiento, a través de la fórmula de gestión indirecta mediante la modalidad de concesión administrativa (folios 2 y 12 bis del expediente administrativo). En concreto, dicho servicio venía prestándose por cinco trabajadores laborales, por lo que la Intervención del Ayuntamiento en informe de fecha 16 de octubre de 2007, pone de relieve la necesidad de concederles trámite de audiencia con carácter previo a la convocatoria de la licitación.

Consta que con fecha 12 de noviembre de 2007, los indicados trabajadores dirigen un escrito al Ayuntamiento en el que manifiestan no estar de acuerdo con la externalización del servicio de limpieza (folio 7 del expediente administrativo).

En los trámites previos a la convocatoria de la licitación del procedimiento de contratación, se emitió un informe con fecha 15 de febrero de 2008, por parte de la Intervención municipal, en relación con la posibilidad de establecer en los pliegos la obligación del contratista de asumir al personal laboral del Ayuntamiento, como personal vinculado al contrato de gestión de servicio público de limpieza viaria, en el que se concluía que *“Por el servicio correspondiente se debe determinar si se trata:*

- De un supuesto de sucesión de empresas, por entregarse al concesionario la infraestructura u organización empresarial básica para el funcionamiento del servicio (de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo), en cuyo caso no sería necesario el consentimiento de los trabajadores.

- De un supuesto de renovación del contrato, para el que sí es necesario el mencionado consentimiento.” (folio 27 del expediente administrativo).

2. Con fecha 21 de febrero de 2008, la Junta de Gobierno Local sometió a aprobación los Pliegos que habrían de regir el contrato -tal y como consta en certificación de la Secretaria General del Ayuntamiento incorporada al folio 178 del expediente administrativo-, estableciéndose en el capítulo II, cláusula 13. B), 12 del mismo que *“El adjudicatario queda obligado, desde el momento del comienzo de la realización del servicio de limpieza viaria, a tomar a su cargo, mediante contratación y alta laboral simultánea a la baja del personal laboral que en la actualidad se encuentre adscrito al*

servicio de Limpieza Viaria y a respetar los derechos económico-laborales legítimamente adquiridos por dicho personal, hasta la finalización de la duración del contrato a suscribir entre el adjudicatario y este Ayuntamiento.”

Se establece a continuación en el propio pliego que el régimen aplicable a la asunción por la licitadora de los empleados laborales es el de la sucesión de empresas en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (folio 75 del expediente administrativo).

Una vez aprobados los pliegos se dio traslado de los mismos a los trabajadores afectados para su conocimiento y efectos oportunos, con fecha 26 de febrero de 2008 (folios 1 a 6 del tomo 2 del expediente administrativo), constando diligencia negativa de notificación certificada por la policía local del municipio al negarse los trabajadores a recogerla (folios 124 del tomo 2 del expediente administrativo).

Con fecha 25 de febrero de 2008, se convocó la licitación del servicio mediante *procedimiento* abierto por concurso, con un presupuesto base de licitación de 320.000 € anuales, y un precio total de licitación de 1.280.000.-€ por un plazo de duración de 4 años (folios 183 a 185 del expediente administrativo).

3. Presentadas tres empresas a la licitación, el contrato se adjudicó mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de marzo de 2008, a la empresa A, por importe de 317.592,81.-€ anuales, siendo el precio total del servicio 1.270.371,20.-€ tal y como se certifica por la Secretaria General de Ayuntamiento de Torrejón de Velasco (folio 276 del expediente administrativo).

Una vez depositada la fianza definitiva el 8 de abril de 2008, se firma el correspondiente contrato el 10 de abril de 2008 (folio 338 a 342 del expediente administrativo).

Con fecha 11 de abril de 2008 se convoca a los trabajadores afectados a una reunión el día 14 de abril y se les dirige un escrito poniendo en su conocimiento que el día 15 de abril de 2008 se haría efectiva la externalización del servicio de limpieza, pasando dichos empleados a formar parte de la plantilla de la contratista destinada a la ejecución del contrato (folio 133 y siguientes del tomo 2 del expediente administrativo).

Con fecha 14 de abril, los trabajadores dirigen sendos escritos al Ayuntamiento rechazando la subrogación propuesta, señalando que *“No se me puede imponer la continuidad de mi relación laboral con el cesionario”*, considerando infringido el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (folios 139 a 142 del tomo 2 del expediente administrativo), presentándose al día siguiente nuevos escritos en los que reiterando la no aceptación de la subrogación, se ponen a disposición de la empresa sin perjuicio del ejercicio de las correspondientes acciones legales.

El 15 de abril de 2008 se levanta acta de inicio del servicio (folio 463 del expediente administrativo) momento en el que se verifica la liquidación del contrato correspondiente a los trabajadores, entregándoseles el finiquito.

4. En ejecución de las obligaciones contractuales asumidas, la empresa contratista dirige un escrito al Ayuntamiento solicitando la documentación pertinente para hacer efectiva la subrogación de los trabajadores afectados (folio 125 del tomo 2 del expediente administrativo).

5. Los trabajadores interponen demanda ante la Jurisdicción Social, que se sustanció bajo el número de autos 596/2008, ante el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, que el 23 de diciembre de 2008 dictó Sentencia en cuyo fundamento de derecho segundo se afirma que *“No resulta posible considerar que se está en presencia de un supuesto de sucesión de empresas –como se alegó coincidiendo por ambas codemandadas–, incardinable en el artículo 44 ET, pues lo único que se aprecia es la cesión de parte de la*

propia actividad municipal de mantenimiento y limpieza vial a una empresa, es decir, un supuesto de externalización de la propia actividad de gestión”, declarando “inválida jurídicamente” la decisión de la Corporación Municipal demandada de ceder a los trabajadores a la empresa codemandada y anulando la subrogación producida (folios 162 a 168 del tomo 2 del expediente administrativo).

Recurrida la anterior sentencia en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el día 20 de octubre de 2009, desestimando el recurso interpuesto y confirmando la sentencia de instancia (folios 170 a 181 del tomo 2 del expediente administrativo).

Dicha sentencia es comunicada a los trabajadores con fecha 30 de noviembre de 2009, indicándoseles asimismo que con fecha 1 de diciembre volverían a causar alta en la plantilla de trabajadores locales del Ayuntamiento y simultáneamente baja en la plantilla de la empresa contratista (folios 195 a 199 del tomo 2 del expediente administrativo), si bien no consta la recepción de tales escritos.

Por su parte la empresa contratista dirige un escrito al Ayuntamiento el 1 de diciembre de 2009, señalando que según las instrucciones del mismo se procedió a dar de baja a los trabajadores de la plantilla de la empresa, solicitando confirmación sobre si el propio Ayuntamiento pondría otro personal a disposición de la empresa o por el contrario se debería proceder a contratar nuevos trabajadores (folio 214 del tomo 2 del expediente administrativo).

6. Ante la situación de facto generada por la nulidad de la subrogación la cesión de los trabajadores municipales a la empresa contratista y previo informe de la Intervención municipal, el 19 de julio de 2010, por el Alcalde se emite una Providencia en la que se solicita informe a la Secretaría General del Ayuntamiento sobre el procedimiento a seguir para

la rescisión del contrato (folio 231 del tomo 2 del expediente administrativo), que se emite el 30 de julio, indicando que es condición indispensable para la modificación o resolución del contrato solicitar dictamen previo al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por último, no consta en el expediente oposición del contratista, si bien sí que consta que el Ayuntamiento le adeuda en concepto de ejecución del contrato de limpieza la cantidad de 532.073,68.-€ (folio 227 del tomo 2 del expediente administrativo).

CONSIDERACIONES EN DERECHO

ÚNICA.- El dictamen solicitado lo es al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del Alcalde del Municipio de Torrejón de Velasco por conducto del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior.

El Ayuntamiento está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, el cual establece que: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por (...) la Comunidad de Madrid (...) sobre (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

Con carácter previo debe determinarse el régimen jurídico aplicable al contrato cuya modificación nos ocupa. El contrato se adjudicó mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de marzo de 2008, luego, en virtud de la Disposición Transitoria Primera. 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) –que entró en vigor el pasado 30 de abril de 2008–, *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*. Así pues, dicho contrato, en cuanto a su modificación (que se inscribe dentro de los efectos del contrato), queda dentro del ámbito temporal de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado su texto refundido por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante LCAP).

La Administración consultante pretende hacer uso de una facultad exorbitante como es la modificación contractual, admitida legalmente cuando se produzcan necesidades nuevas o circunstancias imprevisibles, con la finalidad de continuar con el vínculo contractual y en salvaguarda del interés general. En la misma línea, la LCAP prevé la prerrogativa del rescate del servicio en su artículo 167.b) para los contratos de gestión servicios, como es calificado el que ahora nos ocupa, orientada a la resolución del contrato con carácter previo a su finalización, al existir motivos que hacen innecesaria o inconveniente su permanencia y siempre en aras del interés general.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de enero de 1992, RJ 628, recoge la doctrina sobre la mutabilidad de los contratos administrativos, al señalar que, *“Sin embargo, la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias*

imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: de ahí que el principio fundamental «contractus lex inter partes» venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de la «mutabilidad del contrato administrativo».

El artículo 101 de la LCAP, en atención de un lado, al carácter exorbitante de esa facultad de modificación contractual que ostenta la Administración, y de otro a la protección de los principios de publicidad y concurrencia que pueden sufrir con un uso inadecuado de la misma, impone límites formales y materiales a su ejercicio, disponiendo: *“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”*. El Tribunal Supremo en sentencia de 11 de abril de 1984 RJ 1984/1920, expresaba el carácter excepcional de esta potestad: *“...requiere una singular motivación de hecho... que de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio ne varietur”*.

Por su parte el artículo 114.1 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 Local atribuye al órgano competente de la entidad local para contratar, la facultad *“de modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente”*.

La Administración consultante manifiesta su voluntad de modificar el contrato suscrito para la gestión del servicio municipal de limpieza viaria, sin especificar los elementos concretos de la relación contractual que pretende modificar, sin conferir audiencia al contratista, sin realizar la oportuna propuesta de resolución y sin ajustarse en definitiva al

seguimiento de un procedimiento tal y como se prevé en el artículo 59 de la LCAP en garantía de un ejercicio justificado de la facultad de modificación: *“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.”*

La modificación contractual sometida a consulta, en definitiva, se ha llevado a cabo careciendo de los presupuestos formales y materiales necesarios que justifican su ejercicio, desconociéndose, por parte de este Consejo, el concreto cambio contractual que la Administración consultante pretende e incluso si tal cambio supone una auténtica modificación contractual o encaja más bien en un reajuste de anualidades en los términos del artículo 96 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 1098/2001 de 12 de octubre (RGCAP).

Con todo, planteada la consulta como caso de modificación contractual y dentro de la finalidad ilustrativa que corresponde a este Consejo, debe señalarse someramente cuáles son los hitos en relación con el procedimiento a seguir en casos de modificación de contratos administrativos. La LCAP no recoge un precepto concreto regulador del procedimiento a seguir para la tramitación de las modificaciones contractuales, debiendo atender a las prescripciones diseminadas a lo largo del texto legal para especificar los requisitos y especialidades del mismo. Así, la modificación de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 54, 59, 101 y de la LCAP que establecen como preceptivos en el seno del procedimiento de modificación contractual, el trámite de audiencia al contratista y el

dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo correspondiente con los límites establecidos en el mismo. Por su parte, el artículo 102 del RGCAP, regula de forma somera el procedimiento, estableciendo:

“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la modificación del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

En resumen, los pasos procedimentales a seguir para la modificación contractual son:

- Elaboración de una propuesta en la que se explicita que la modificación que se pretende se justifica en razones de interés general sin vulneración de los principios de publicidad y concurrencia, justificándose porqué no procede tramitar una nueva adjudicación de contrato. A dicha propuesta deberán incorporarse los documentos que justifiquen la misma.
- Informe del Secretario y del Interventor municipales, debiendo contener este último, en su caso, la fiscalización del gasto.
- Audiencia al contratista.
- Propuesta de resolución en la que se valoren las alegaciones realizadas en su caso por el contratista y se concreten los fundamentos en que se sustenta la modificación pretendida.

- Dictamen del Órgano Consultivo correspondiente (si procede).

En este caso la Administración consultante da cumplimiento únicamente al último trámite del procedimiento, solicitando dictamen a este Consejo Consultivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 59.3 de LCAP que al respecto previene: *“No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:*

b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 pesetas (6.010.121,04 euros) ”.

De acuerdo con lo anterior, no se cumple el segundo de los requisitos establecidos. Por lo tanto, no se alcanza el límite cuantitativo del precio del contrato establecido en el artículo 59.3 de la LCAP.

Pero es que, además, tampoco concurriría el otro límite cuantitativo previsto en la LCAP, consistente en que el importe de la modificación sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato. Efectivamente, sin perjuicio de que no se ha incorporado al expediente justificación alguna de la cuantía en que en su caso se modificaría el importe del contrato, el objeto de la modificación propuesta en buena lógica, no tendría por qué suponer un aumento del coste de aquel, puesto que la contratista liberada de la obligación de contratar a los trabajadores afectados inicialmente, podría mejorar los costes de la contratación, reduciéndose además el número de trabajadores a contratar en cuanto los primitivamente contratados prestan también sus servicios para el propio Ayuntamiento.

De manera que, con independencia de las irregularidades que concurren en la tramitación del expediente de modificación contractual sometido a consulta, que impiden el conocimiento de la repercusión de la modificación

en el precio inicial del contrato, al hallarse este por debajo del límite de 6.010.121,04.-€ exigido por la norma de aplicación, el dictamen del Consejo Consultivo no resulta preceptivo.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La Administración consultante debiera tomar en cuenta lo expuesto sobre el procedimiento de modificación de contratos en la consideración jurídica única de este dictamen y, de confirmarse en un procedimiento debidamente tramitado que la modificación no alcanza el límite cuantitativo del artículo 59.3 LCAP, a que se ha hecho referencia, no precisaría recabar de este Consejo Consultivo un ulterior dictamen, que sólo sería preceptivo si la solicitud superara dicho límite.

Madrid, 27 de octubre de 2010