



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 / 1 9 8 8

La Laguna, a 11 de octubre de 1988.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, a petición del Ilmo. Ayuntamiento de Arrecife de Lanzarote, sobre *modificación de un contrato de servicios de dicha Corporación Local (EXP. 5/1988 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

En este Dictamen, solicitado a este Organismo por la Presidencia del Gobierno autónomo, a instancia del Ayuntamiento de Arrecife de Lanzarote, como institución interesada, se analizará la adecuación de la modificación que la mencionada Corporación Local pretende efectuar en el contrato suscrito entre la misma y la empresa I., S.A., sobre limpieza viaria, recogida de basuras y transporte de éstas en el término municipal correspondiente.

A este fin, se tendrá en cuenta la legislación que resulte de aplicación al caso. Tanto la ordenadora del Régimen local -Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de dicho Régimen (LRBRL), Real Decreto-Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes al respecto (TRDLRL), y otra normativa complementaria como la que disciplina la contratación pública, fundamentalmente la Ley de Contratos del Estado (LCE) y su Reglamento (RCE), pero también otras normas estatales aplicable sobre esta materia en el específico ámbito local -Decretos 9-I-53 y 17-IV-55, por los que se aprobaron, respectivamente, el Reglamento de Contratación (RCCL) y de Servicios (RSC) de las Corporaciones Locales-, en lo no derogado por la legislación antes citada.

* **PONENTE:** Sr. García Luengo.

II

Interesa, en primer lugar, señalar que se detectan ciertos defectos en la solicitud del presente dictamen que no son meros o irrelevantes formalismos puesto que afectan a la resolución que lo motiva y al carácter preceptivo o no del mismo.

Así, aunque es cierto que el escrito de solicitud ha de ser dirigido a este Consejo por la Presidencia del Gobierno, según preceptúa el art. 11.1 de la Ley autonómica 4/1984, no lo es menos que, en puridad, ello ha de producirse como acto debido, consecuencia de la pertinente resolución del órgano competente de la Corporación Local interesada en tanto que sujeto legalmente obligado, en su caso, a tal solicitud (cfr. art. 114.3, TRDLR), extremo éste que no parece acreditado en el correspondiente expediente.

Por otra parte, en el referido escrito se cita el art. 9 del Reglamento del Consejo como precepto en el que se pretende fundamentar la solicitud de dictamen **preceptivo**, lo que no es correcto. No sólo porque la concreta solicitud ha de ampararse en el adecuado precepto legal aplicable al caso, que es el art. 10.7 de la Ley del Consejo, sino porque, si existiera preceptividad en este supuesto, ésta se debería a lo prevenido, en conexión con la citada disposición, en los arts. 3.1 de la Ley mencionada, por un lado, y 18, LCE y 114.3, TRDLRL, por el otro. Al respecto, hay que advertir, además, que en el supuesto que nos ocupa no parecen concurrir las condiciones legales previstas para que aquella pueda ser calificada de **preceptiva**. En efecto, el señalado art. 114.3, TRDLRL dispone que, en los casos de modificación en los que el precio del contrato excede de la cantidad fijada en la normativa contractual aplicable (cfr. art. 18, LCE) y la cuantía de aquella superase el 20% de dicho precio, será preceptivo, además de otros Informes, el dictamen del Organismo consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiera. Por tanto, la preceptividad sería aplicable cuando se cumpliera el doble requisito indicado, lo que, obviamente, ha de acreditarse en el oportuno expediente. Sin embargo, en el que se estudia ello no sucede propiamente, tanto a la vista del precio del contrato inicialmente adjudicado como porque el importe de la modificación propuesta, en su primera o en su segunda versión, nunca alcanza el porcentaje requerido sobre tal precio unitariamente considerado como en rigor debe hacerse, según se razona posteriormente, razón por la que ha de reputarse errónea la calificación de dictamen preceptivo que se contiene en el Informe de 17-II-88, emitido conjuntamente por los

Sres. Secretario e Interventor del referido Ayuntamiento; calificación de la que sin duda trae causa la que asimismo se contiene en el escrito de solicitud de la Presidencia del Gobierno.

En definitiva, este Organismo considera que, en este caso, la solicitud de dictamen ha de reputarse facultativa y no preceptiva, de manera que con ese carácter facultativo se emite aquel.

III

Procede referirnos ahora a ciertas singularidades del expediente analizado y de la documentación complementaria que, por acuerdo del Pleno de este Organismo fue recabada en su momento.

Llama la atención, ante todo, el hecho de que el contrato haya estado residenciado en la jurisdicción contencioso-administrativa, que dictó sentencia de 6-IV-88, de la que no consta testimonio en el expediente, sin que en la referida documentación complementaria se aportase el texto íntegro de dicha resolución judicial, aunque sí la indicación de que en la misma se reconocía que la adjudicación del contrato de referencia fue ajustada a Derecho y que en el procedimiento de contratación se aportaron los Informes legalmente requeridos. Por esta razón, este Organismo sólo tiene constancia de los extremos indicados, desconociendo si la expresada sentencia incluye algún otro pronunciamiento sobre la contratación que se examina que pudiera ser importante a la hora de realizar el análisis de la modificación contractual que se pretende.

En cuanto al concreto expediente relativo al proyecto de esa modificación, cabe significar que su apertura no aparece suficientemente acreditada documentalmente, puesto que el primer documento que consta en aquel es un escrito del contratista, de fecha 17-XII-87, por el que acepta la reducción de la prestación de servicios originalmente contratada, previa propuesta, es de suponer, de la Corporación contratante, según los términos que se detallan en la Memoria que se adjunta. Esta propuesta no aparece en el mencionado expediente y, aunque en la línea indicada - conveniencia de que se asuma por el Ayuntamiento la realización del servicio de limpieza viaria y se mantenga la contratación sobre la del restante- se pronuncian el Ingeniero municipal (Informe de 9-II-88), el Secretario y el Interventor de la

Corporación (Informe conjunto de 17-II-88) y la Comisión de sanidad y Bienestar Social de aquella (dictamen de 22-II-88), es evidente que todos estos escritos son posteriores al del contratista antes señalado. Además, ha de hacerse notar que los Informes citados carecen de precisión en la determinación de la razón - necesariamente de interés público, según la normativa aplicable- que justificaría la modificación a operar, debiéndose esperar a otro Informe, de 19-VIII-88, para conocer que la causa aducida es concretamente el incremento poblacional que ha experimentado el municipio desde la adjudicación del contrato.

Además, la inicial propuesta modificadora, sobre la que parece haber conformidad del contratista, sufre luego una sustancial alteración, acordada por el Pleno del Ayuntamiento el 25-II-88 de conformidad con un Informe de esa fecha del Ingeniero municipal, puesto que, según esta segunda propuesta, la Corporación asume parcialmente el servicio de limpieza viaria y deja al contratista la prestación del resto de éste y toda la del de recogida y transporte de residuos sólidos, aunque, a este fin, aquel debe aumentar los medios humanos y materiales hasta entonces utilizados. Sin embargo, la empresa I., S.A. se opone en parte a esta propuesta, en escrito de 23-III-88, en cuanto que no está conforme con la valoración de la operación hecha por el técnico municipal, considerando que aquella le ocasiona un determinado gasto adicional que no desea soportar. Es decir, el contratista parece aceptar la modificación siempre y cuando el Ayuntamiento le garantice el aumento de lo que llama "canon" de recogida de basura, lo que supone incrementar en algo más de dos millones y medio de pesetas el precio del contrato, sin que este Organismo tenga constancia de que la Corporación haya admitido la contrapropuesta mencionada.

IV

Antes de proceder al análisis de la modificación propuesta, parece necesario hacer las siguientes consideraciones sobre el régimen jurídico del contrato objeto de la misma.

1. Parece claro, en principio, que dicho contrato se refiere a la prestación de los servicios que se mencionan en su encabezado y que se detallan en la cláusula 2ª del correspondiente Pliego de condiciones económico-administrativas. Sin embargo, en dicho Pliego se añaden a aquellos otros servicios a prestar por el contratista, como son la limpieza de establecimientos públicos y la de las playas municipales. Esta

circunstancia pudiera tener cierta importancia en relación con la modificación propuesta, como después se verá.

Además, conviene advertir que la contratación se formaliza para lograr la prestación, por la empresa adjudicataria y en ciertas condiciones, de los servicios reseñados en el núcleo urbano de Arrecife y en sus barriadas -a cuyo fin la zona afectada se divide en varios sectores- y que el precio del contrato -concepto unitario que ha de ser así tenido en cuenta a efectos de valoración de aquel y de sus posibles modificaciones- se fijó en 83.053.633 pesetas, aunque internamente, en interés y conveniencia de las partes, se descomponga en dos cantidades, una correspondiente al costo de la recogida y transporte de basuras y la otra al de la limpieza viaria y playas.

Por otro lado, la cláusula 41ª del Pliego dispone que el contrato queda sometido a las siguientes normas: Ley 7/1985; Ley 40/1981; Texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3046/1977; RCCL; y, supletoriamente, la legislación contractual del Estado y, en última instancia, la normativa de Derecho privado. Al respecto, ha de indicarse que resulta cuestionable esta relación de fuentes, puesto que, habiéndose aprobado el Pliego el 7-V-85, es incorrecto que se incluyan en ella normas ya derogadas -Ley 40/1981 y Real Decreto 3046/1977, por los apartados b) y c), respectivamente, de la disposición derogatoria de la LRBRL-. Además, a los efectos que pudieran interesar, es de observar que la futura aplicación del RCCL ha de matizarse, en cuanto que ésta y otras normas reglamentarias similares han de actualizarse para acomodarlas al TRDLRL (cfr. disposición final primera de la ley 7/1988, que concede autorización al Gobierno estatal en tal sentido).

2. Incuestionablemente, la contratación estudiada es peculiar ya que su objeto es la realización de unas actividades prestacionales que, según la legislación que las disciplina, tienen la condición de servicio público o esencial de las Corporaciones locales (cfr. art. 86.3, LRBRL); es decir, unas actividades reservadas a la dirección unitaria y exclusiva de aquellas y, por consiguiente, fuera de la libre acción de los particulares a ese fin. Es cierto que ello no obsta para que la prestación del servicio así calificado pueda hacerse directamente por la Administración local de que se trate o indirectamente a través de empresas privadas, pero esta distinción entre

titularidad y realización del servicio no puede servir para justificar la procedencia de la eventual modificación de un contrato de gestión por ser necesario municipalizar el servicio afectado, puesto que éste ya lo está *ex lege*. Sin perjuicio, naturalmente, de que el Ayuntamiento, aduciendo razones de interés público, modifique o resuelva ese contrato con objeto de reasumir la prestación directa. Al respecto, cabe recordar que, mientras la legislación local preconstitucional conectaba la municipalización del servicio con la gestión municipal de éste, la actualmente vigente no exige tal conexión, aunque tampoco parece que prevea la singularidad de que dicha gestión sea parcialmente directa e indirecta.

Concretamente, en lo que a la prestación indirecta de un servicio público municipal se refiere, el art. 113, RSCL dispone que aquella podrá efectuarse mediante concesión, arrendamiento o concierto, mientras que los arts. 66, LCE y 201, RCE prevén, como modalidades de contratación sobre servicios públicos a ese efecto, la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad mixta.

Pues bien, de la lectura del Pliego contractual no se desprende que la relación entre el Ayuntamiento de Arrecife y la empresa I., S.A. sea la concesional, aun cuando el contrato suscrito lo haya sido a riesgo y ventura del contratista, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 17-III-79, no hay concesión cuando el contratista se limita a prestar el servicio y la Corporación se compromete a pagarle por ello un precio pactado, cobrando ella la correspondiente tasa a los vecinos. Lo que, precisamente, parece ocurrir en este supuesto, por más que, impropiaemente, se denomine "canon" en el Pliego de referencia a ese precio.

Por otra parte, la normativa sobre Régimen local, tanto pre como postconstitucional, limita el arrendamiento de la prestación de servicios públicos a los supuestos en que la instalación de los mismos fuera hecha por la Corporación Local o sea de su propiedad (cfr. arts. 138.1, RSCL y 95.2, TRDLRL), sin que parezca ocurrir esta circunstancia en el caso que nos ocupa. Y tampoco éste parece reunir los requisitos propios del concierto, la gestión interesada o la sociedad mixta.

En definitiva, cabe concluir que el contrato analizado, visto su objeto, es calificable de atípico, no siendo reconducible a ninguna de las formas de contratación previstas legalmente para esa finalidad. Así, aunque con cierto esfuerzo podría considerársele próximo a lo que la doctrina llama "concesión del ejercicio de un servicio público", y aún conviniendo que ha de tener naturaleza administrativa,

parece más bien técnicamente similar a la "locatio operis" del Código Civil, en cuanto incorpora o formaliza una especie de arrendamiento de obra, comprometiéndose el contratista a realizar la prestación a cambio de un precio alzado que abonará el Ayuntamiento.

3. Por último, ha de señalarse que, en lo que respecta a la modificación de contratos referentes a servicios públicos, el art. 54, RCCL establece que aquella podrá instarse por motivos de interés público (en esta línea, cfr. art. 114.1, TRDLRL), precisando que será obligatoria para el contratista la propuesta por la Administración cuando se trate de alteraciones en la cantidad de los elementos previstos en las cláusulas contractuales iniciales (apartado a), mientras que habrá de ser pactada contradictoriamente entre ambas partes cuando su objeto sea la introducción de elementos nuevos en la contratación (apartado b).

No obstante, el ejercicio de esta facultad modificatoria de la Administración se complementa legalmente con la garantía del equilibrio financiero del contrato, de modo que, salvo ausencia de trascendencia económica en la correspondiente propuesta, se deberá compensar al contratista cuando el proyecto modificador comporte gastos adicionales a soportar por aquel. Además, se contempla en la regulación contractual la posibilidad de resolución del contrato a modificar, tanto cuando el contratista se resista a cumplir sus obligaciones legales como cuando, en su caso, no se alcanzare el debido consenso entre el mismo y la Corporación contratante.

Particularmente, ha de observarse que la posibilidad de alterar el contenido obligacional del contrato de referencia está prevenida en varias de las cláusulas del Pliego de condiciones (cláusulas 5ª, 12ª, 13ª o 38ª), afectando tanto al contratista como a la Corporación e incluyendo la eventual revisión de los precios originalmente estipulados en ciertas condiciones.

V

Centrándonos ahora en la modificación contractual propuesta conviene recordar que, en principio, no se precisa en la documentación integrante del correspondiente expediente la razón del interés público que ha de servir de justificación para la realización de aquella, aunque luego se apunta, en Informe posterior a la iniciación

de dicho expediente, que tal causa parece ser el aumento poblacional en la zona afectada por el contrato. En este sentido, quizá pudiera ser cuestionable esta falta de precisión en la determinación de un elemento tan crucial para fundamentar la procedencia de la modificación, pues ello podría dar lugar a que se dudase, de entrada, de su adecuación jurídica. Sin embargo, cabría admitir que es suficiente el motivo alegado en función de que el objeto del contrato es la prestación de servicios públicos, aceptándose que el margen de operatividad permitido al respecto a la Administración actuante ha de ser forzosamente amplio en este caso y, desde luego, mayor que el tolerable en los supuestos de contratación de obras.

Asimismo, procede recordar que existía acuerdo entre el Ayuntamiento y el contratista respecto a la primera propuesta de modificación acordada por aquel, en los términos ya indicados, que se traducía económicamente en una disminución del precio del contrato de algo más del 11%, pues al incremento del coste del servicio de recogida de basuras (37,78%) se oponía la reducción del de limpieza viaria (48,07%), que pasaba a ser directamente gestionado por la Corporación en su totalidad, aunque incorrectamente se dijera que se municipalizaba.

Sin embargo, como igualmente se advirtió anteriormente, esta situación se ha alterado sustancialmente entre la existencia de una segunda propuesta modificadora, acordada por el Ayuntamiento poco tiempo después, con un contenido material ya explicitado. En realidad, el efecto económico de esta propuesta es la no alteración del precio del contrato, toda vez que, según la Administración, el aumento en el coste de la prestación del servicio de recogida y transporte de residuos sólidos (a realizar por el contratista íntegramente) se compensa con la disminución del de la del servicio de limpieza (a realizar entre aquel y la Corporación). Pero, como se dijo en su momento, ello no ha sido admitido por la empresa I., S.A. y se desconoce por este Consejo si, finalmente, se alcanzó el debido acuerdo entre aquella y el Ayuntamiento respecto a la compensación económica que demanda el contratista como aparente condición para aceptar la nueva modificación que se propone.

En consecuencia, a las observaciones previamente expuestas en este Dictamen sobre la formalización de la contratación que se analiza y la tramitación del expediente de la modificación contractual a dictaminar, cabe añadir ahora estas otras consideraciones:

- Es de suponer que, a los fines que se interesan, la segunda propuesta de modificación ha sustituido a todos los efectos a la primeramente planteada por la Administración. Pero, si esto es así, resulta que se detecta la disconformidad de la misma por el contratista, la cual obsta a que se modifique efectivamente el contrato, sin perjuicio de que tal disenso pueda generar la resolución del mismo, cabiendo entonces que la prestación de los servicios afectados se contrate nuevamente o sea gestionada, en todos o en parte de ellos, por la Corporación, directamente. En cualquier caso, contemplado el contenido de la mencionada propuesta, parece que el precepto aplicable en este supuesto es el apartado b) del art. 54, RCCL, máxime a la vista de lo dispuesto sobre la posible novación del contrato en las cláusulas del Pliego de condiciones. En última instancia, procede advertir que, no estando culminada la tramitación del expediente en cuestión por existir oposición del contratista a la que no ha respondido el Ayuntamiento, según lo que este Organismo ha podido conocer, sorprende que se le solicite su dictamen antes de que ese asunto se haya resuelto y se complete adecuadamente dicho expediente.

- La propuesta que se comenta se refiere exclusivamente a los servicios de limpieza viaria y de recogida de basuras, que no son todos los mencionados, como se dijo, en el Pliego de condiciones como objeto del contrato. Por ello, como quiera que, en principio, el contrato se dividía en dos conceptos económicos, incluyéndose en el destinado a costear la limpieza tanto la viaria como la de establecimientos públicos y la de las playas, y que ahora la prestación de ese servicio se divide entre el contratista y la Corporación, surge la duda acerca de quien se responsabilizará en adelante de la limpieza de dichos establecimientos y playas, o bien, si resultara ser el contratista, acerca de si en el costo calculado para la prestación indirecta del referido servicio en la nueva situación se ha incluido efectivamente el de tal limpieza.

- Este Consejo no está legitimado, como es obvio, para suplir a la Corporación actuante en la determinación de si existe o no interés público como razón para proceder a modificar el contrato, ni tampoco lo está siquiera para opinar sobre el concreto alcance que, en este supuesto, se le ha dado a tal razón y, por consiguiente, a la propuesta modificadora subsiguiente. Pero sí puede indicar que aquella supone, dado su contenido, no sólo un cambio sustancial de importantes efectos, que no son únicamente económicos, en la contratación de que se trata, con el rescate parcial

del servicio de limpieza y el aumento forzoso y peculiar de la plantilla municipal de personal laboral incluidos, sino que, además, al contemplar la reducción del personal de la empresa contratista, genera, al mismo tiempo, las consecuencias de que aquella queda con idéntico número de efectivos que una de las otras empresas concursantes a la adjudicación del contrato y de que se destruye una de las causas determinantes de esa adjudicación a I., S.A., es decir, su aportación de cierta cantidad de operarios. Cabe añadir que el art. 70, RSCL permite, en el caso de la asunción de la gestión directa de un servicio, la denuncia de un eventual contrato suscrito para su prestación indirecta, salvando la indemnización que correspondiere al contratista, aunque no prevea, ciertamente, el caso de asunción parcial con denuncia igualmente parcial.

CONCLUSIONES

1. En relación con la solicitud del presente dictamen, ha de indicarse que se aprecian determinados defectos, según se razona en el Fundamento II, advirtiéndose además, que el mismo se emite con carácter facultativo.

2. Asimismo, se considera que es irregular el modo en que la Administración interesada ha realizado la tramitación de la consulta a este Organismo, detectándose al respecto omisiones documentales relativas tanto al expediente de la contratación original como al posterior de modificación contractual, según se señala en el Fundamento III.

3. Además de las particularidades del contrato de que trae causa observadas en el Fundamento IV, se considera asimismo un tanto irregular el procedimiento seguido para la realización de su modificación, estimándose que aquel, en todo caso, no parece haberse culminado al existir disconformidad del contratista a la propuesta de la Corporación, de modo que, de persistir el desacuerdo, cabría su resolución.

4. La propuesta modificadora planteada finalmente por la Administración, aparte de no ajustarse a las previsiones del Pliego de condiciones y de no suponer efectiva variación en el precio del contrato, genera la confusión y las singulares consecuencias expresadas en el Fundamento V.