

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA CELEBRADA POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL LOCAL “APARCAMIENTOS MUNICIPALES DE LUCENA”, EL DÍA 07 DE FEBRERO DE 2023.

En la ciudad de Lucena (Córdoba), siendo las diecisiete horas y cinco minutos del día siete de febrero de dos mil veintitrés, se reúne el Consejo de Administración de la entidad pública empresarial local "Aparcamientos Municipales de Lucena" en la Sala de Concejales de la Casa Consistorial, al objeto de celebrar, en primera convocatoria, la sesión extraordinaria convocada por la Presidencia de este órgano para las diecisiete horas del día de hoy.

Preside el Concejales del Grupo Político Municipal POSE-A, D. José Pedro Moreno Víbora, nombrado Presidente de esta entidad por Resolución de la Alcaldía de 21 de junio de 2019; y asisten a la sesión los siguientes concejales: D. Juan Alberto Lora Martos, Concejales del Grupo Político Municipal del POSE-A; D. Aurelio Fernández García y D. Francisco Javier Aguilar García, Concejales del Grupo Político Municipal de PP; D^a. Araceli García Nieto, Concejales del Grupo Político Municipal Ciudadanos – Lucena; D. Miguel Villa Luque, Concejales del Grupo Político Municipal de IULVCA y D. Antonio Hidalgo Sirvent, Concejales del Grupo Político Municipal Vox.

Los Sres. Aguilar García e Hidalgo Sirvent han sido nombrados como miembros de este órgano por respectivos acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de 31 de enero de 2023 y 22 de diciembre de 2022.

Durante el tratamiento del punto 2 del orden del día se incorporan a la sesión D^a. Carmen Burgos Henares y D^a. Carmen Gallardo López, Concejales del Grupo Político Municipal del POSE-A.

Asisten a la sesión la Interventora de Fondos D^a. Ana Belén Jiménez Castilla y la Administrativo D^a. Araceli Hurtado Onieva.

Se celebra la sesión bajo la fe del Secretario Delegado de “Aparcamientos Municipales de Lucena”, D. José Amador Cebrián Ramírez.

1.- Aprobación, si procede, del acta de la sesión anterior.

El Sr. Presidente pregunta si algún miembro del Consejo de Administración tiene que formular alguna observación o reparo al borrador del acta de la sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2022, que ha sido remitida junto con la convocatoria de la presente.

No formulándose observación alguna, el acta resulta aprobada por mayoría, sin modificación alguna respecto de su borrador, con la abstención del concejal Sr. Aguilar García.

2.-Solicitud del contratista de modificación del contrato de servicios de operador y limpieza del aparcamiento subterráneo de la Plaza Nueva.

El Sr. Presidente ha formulado propuesta de fecha 2 de febrero actual del siguiente tenor:

<< PROPUESTA DE LA PRESIDENCIA

Con fecha 15 de diciembre de 2022, la entidad Agua y Energía de Granada, S.L., contratista de los servicios de control y limpieza del aparcamiento público de la Plaza Nueva,

Código seguro de verificación (CSV):

7864 58D0 C3A0 B5D5 EB69



786458D0C3A0B5D5EB69

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es> (Sede Electrónica - Validar Documentos)

Firmado por El Secretario Delegado CEBRIAN RAMIREZ JOSE AMADOR el 20-04-2023

VºBº de el Presidente MORENO VIBORA JOSE PEDRO el 20-04-2023

ha solicitado la modificación del contrato al entender que los trabajadores de la contrata están mal encuadrados desde el punto de vista de las categorías profesionales, si atendemos a las tareas que desempeñan y a lo previsto en el Convenio Colectivo de aplicación. En dicha solicitud ha expuesto el contratista las diferencias retributivas resultantes si se llevara a cabo la reclasificación, entendiéndose que se pretende un incremento del precio del contrato para cubrir esos mayores costes salariales.

El Secretario Delegado de la Entidad ha emitido informe de fecha 1 de febrero actual (CSV 14B6 2727 47F6 0BD9 A112 cuyo original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es>) en el que se concluye, por las razones en él contenidas, que no procede la modificación del contrato interesada.

A tenor del informe jurídico aludido y correspondiendo al órgano de contratación adoptar la resolución que proceda en materia de modificación del contrato (art. 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), propongo al Consejo de Administración que adopte acuerdo desestimatorio de la modificación solicitada en base a los motivos contenidos en aquel informe. >>

El Sr. Secretario, a instancia del Sr. Presidente, expone el informe jurídico antedicho, el cual se transcribe seguidamente:

“INFORME

En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 8 de la Disposición adicional tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), emito informe en relación al siguiente asunto:

Expte. (Ref. Gex 2019/73): Solicitud de modificación del contrato de los servicios de operador y limpieza del aparcamiento subterráneo de la Plaza Nueva.

Antecedentes de Hecho

1).- Con fecha 10 de octubre de 2019 se formalizó el contrato de referencia con la entidad Agua y Energía de Granada, S.L., estando actualmente en período de prórroga y finalizando su duración el día 11 de octubre de 2023.

2).- Mediante escrito registrado de entrada el día 15 de diciembre de 2022, el contratista solicita la modificación del contrato al señalar que los trabajadores adscritos al mismo “pueden considerarse incorrectamente encuadrados”, toda vez que entiende que las categorías profesionales de los mismos no se corresponden con las funciones reales realizadas, a tenor del Convenio Colectivo aplicable.

Con la solicitud se acompaña un cuadro comparativo del coste anual actual de los trabajadores y el resultante del encuadramiento en las categorías que se entienden correctas.

Fundamentos de Derecho

I

Corresponde analizar la pretensión del contratista a la luz de las diversas figuras jurídicas relacionadas con una posible alteración de los términos iniciales de la contratación:

Código seguro de verificación (CSV):

7864 58D0 C3A0 B5D5 EB69



786458D0C3A0B5D5EB69

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es> (Sede Electrónica - Validar Documentos)

Firmado por El Secretario Delegado CEBRIAN RAMIREZ JOSE AMADOR el 20-04-2023

VºBº de el Presidente MORENO VIBORA JOSE PEDRO el 20-04-2023

a) Modificación del contrato

La Administración ostenta la prerrogativa de modificar unilateralmente un contrato, cumpliendo con los condicionantes y requisitos legales aplicables (*ius variandi*). El ejercicio de la modificación contractual se regula con carácter general en los arts. 203 a 207 LCSP, siendo una facultad de carácter restrictivo, ligada ineludiblemente a razones de interés público (art. 203.1 LCSP). Su carácter unilateral, por otra parte, implica que no cabe atribuir la iniciativa y el contenido de la modificación al contratista (informe JCCA de 17 de diciembre de 2002).

En el presente caso, la solicitud de modificación del contratista, aunque no se diga expresamente, parece orientada a que se modifique el precio del contrato en la misma medida en que aumenta el gasto salarial (y a ese efecto se aportan tablas comparativas del coste de personal anual). No obstante, tal pretensión no puede tener cabida en la modificación, pues la misma, como figura jurídica específica, se refiere al cambio del objeto del contrato, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, pero no al precio, como se deduce del citado artículo 203.1 LCSP.

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, sobre incrementos salariales acordados en convenios colectivos, precisa que *“una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta”* (y concluye para ese caso que *“la modificación de los costes laborales derivados de la firma de un nuevo convenio colectivo aplicable a un contratista es un riesgo propio del contrato público de servicios que no justifica la modificación del contrato”*).

El Tribunal Supremo, en sentencia n.º 1823/2017, de 23 de noviembre, determina que las modificaciones no previstas se ciñen a las “prestaciones” o “actuaciones” objeto del contrato y que debe llevar a cabo el contratista, y no al precio de las mismas.

Es decir, aunque la modificación de un contrato afecta a la prestación y conlleva generalmente un aumento de precio, no es posible una modificación que afecte al precio sin que se modifiquen los términos de la prestación, pues se produciría la denunciada revisión de precios encubierta.

Por lo tanto, no puede utilizarse el mecanismo de la modificación de los contratos para incrementar el precio de los mismos por un aumento de los costes laborales, por no estar contemplada esta figura nada más que para modificar el objeto de los contratos por razones de interés público objetivas.

b) Revisión de precios

En cuanto a una posible revisión de precios, la misma no está prevista en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del presente contrato, que debiera además, en su caso, contener la fórmula para ello; no obstante, tampoco sería posible una revisión por aumento del coste salarial por las circunstancias que expone el solicitante, al no ser una revisión “periódica y predeterminada” (art. 103 LCSP), esto es, de carácter recurrente y determinada por una relación exacta con la variación de un precio o un índice de precios y que resulte de aplicar una fórmula preestablecida. Además, esta revisión solo se puede llevar a cabo en los contratos de obra, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, de suministro de energía y en aquellos otros en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, lo que no es el caso, pues el contrato analizado tiene una duración máxima de cuatro años.

Por otra parte, hay que tener en cuenta también que el art. 5 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española establece, respecto a la mano de obra, que “el incremento repercutible de los mismos (los precios) no podrá ser superior al incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos

Código seguro de verificación (CSV):

7864 58D0 C3A0 B5D5 EB69



786458D0C3A0B5D5EB69

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es> (Sede Electrónica - Validar Documentos)

Firmado por El Secretario Delegado CEBRIAN RAMIREZ JOSE AMADOR el 20-04-2023

VºBº de el Presidente MORENO VIBORA JOSE PEDRO el 20-04-2023

Generales del Estado.”, por lo que tampoco, aún en el caso de que se pudiera aplicar la revisión de precios, podría utilizarse el incremento pretendido por el contratista (en torno al 8,51%) al ser superior al incremento de retribuciones del personal al servicio del sector público.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la Recomendación ya citada de 10 de diciembre de 2018 se pronuncia igualmente sobre esta cuestión:

“Sin embargo, en la actual legislación de contratos públicos la revisión de precios está notablemente limitada, en la mayoría de los contratos de servicios, a los supuestos de revisión periódica y predeterminada. Sólo en los casos excepcionales del apartado 2 del artículo 19 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos. Por lo tanto, en la mayor parte de los contratos de servicios la revisión de precios no está contemplada como un sistema que pueda solventar una eventual situación de incremento de los costes salariales como consecuencia del cambio de un convenio colectivo. A ello hay que añadir que la propia legislación contractual limita, en los supuestos en que sea posible, la posibilidad de revisión de los costes salariales, excluyéndolos en general de esta posibilidad (art. 103 de la LCSP y 7 del RD de desarrollo de la Ley de Desindexación de la Economía Española).”

c) Restablecimiento del equilibrio económico del contrato

Uno de los principios rectores de la contratación administrativa es que los contratos de ejecutan a riesgo y ventura del contratista (art.197 LCSP). El principio de riesgo y ventura comporta el elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato; aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le liberan de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le facultan para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

El Tribunal Supremo se refiere al principio de riesgo y ventura en la sentencia núm. 6531/2009, de 27 de octubre, de la siguiente forma: *«Ello implica que, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización»*.

En nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*), o por hechos que se consideran *extra* muros del normal *alea* del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

A la vista de estos supuestos, ha de descartarse llanamente la concurrencia en el presente caso del “*ius variandi*” (ejercido mediante la modificación contractual) y del “*factum principis*” (intervención administrativa nacida del poder general de *imperium*) , pues ambos requieren que la actuación originadora del supuesto desequilibrio sea imputable a la Administración contratante o concedente.

Procede así analizar si existe el denominado “riesgo imprevisible”, partiendo de la base de que la LCSP sólo regula expresamente ese restablecimiento del equilibrio económico para los contratos de concesión de obra (art. 270 LCSP) y concesión de servicios (art. 290 LCSP), preceptos que que limitan el riesgo imprevisible a las causas de fuerza mayor del artículo 239 LCSP (incendios, fenómenos naturales o guerras y graves alteraciones del orden). No

Código seguro de verificación (CSV):

7864 58D0 C3A0 B5D5 EB69



786458D0C3A0B5D5EB69

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es> (Sede Electrónica - Validar Documentos)

Firmado por El Secretario Delegado CEBRIAN RAMIREZ JOSE AMADOR el 20-04-2023

VºBº de el Presidente MORENO VIBORA JOSE PEDRO el 20-04-2023

obstante, no puede desconocerse que existe una corriente doctrinal que entiende aplicable esta figura al resto de los contratos, basándose en el principio general “rebus sic stantibus”.

El análisis de esta figura ha de partir de su naturaleza de acontecimiento imprevisible que produce una ruptura esencial de la economía del contrato; e imprevisible es aquel acontecimiento que la conducta de una persona media diligente no puede prever, teniendo en cuenta los medios a su disposición y la naturaleza y características del contrato a realizar.

La ruptura de la economía debe ser sustancial o relevante produciendo una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido (dictamen Consejo de Estado 1075/2001 de 26 de julio de 2001). En palabras del dictamen del Consejo de Estado 243/2019 de 11 de abril de 2019, se trata de un acontecimiento «que comporta una quiebra radical del equilibrio económico-financiero contractual, por su excesiva onerosidad».

El Tribunal Supremo establece como premisa en su sentencia de 27 de octubre de 2009 que no siempre cabe deducir que un aumento de costes genere de forma automática una quiebra del equilibrio del contrato; así, el incremento puede determinar que el beneficio no alcance el margen calculado inicialmente por el contratista, más esta circunstancia no autoriza a concluir que la situación sea desproporcionadamente lesiva para éste.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia de 28 de febrero de 2020, resolución núm. 142/2020, haciéndose eco de otra sentencia de 11 de junio de 2019, recurso 4483/2017, se refiere a la la cláusula “*rebus sic stantibus*” o riesgo imprevisible, para restablecer el equilibrio financiero del contratista cuando concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste [...] una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes, que derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y acontezca con la sobrevivencia de circunstancias radicalmente imprevisible (STS 23 junio 1997, 23 abril 1991, 24 junio 1993). Y toda esta doctrina debe interpretarse desde la perspectiva del interés público para poder continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas, para lo que es preciso acreditar que el desequilibrio es suficientemente importante y significativo, de manera que no pueda ser subsumido en la estipulación general del riesgo y ventura ínsita en la contratación”.

Deben darse, por tanto, dos circunstancias para acoger esta circunstancia del “riesgo imprevisible”:

a) el carácter de acontecimiento sobrevenido que una persona media no puede prever teniendo en cuenta los medios a su disposición y la naturaleza y características del contrato. Tales circunstancias no se entienden presentes en el caso, pues siendo el contratista profesional del sector, podía conocer perfectamente la discordancia que ahora manifiesta entre las labores objeto del contrato y las categorías profesionales del personal subrogado. No era así absolutamente imprevisible que los trabajadores pretendieran una regularización, siendo la misma fruto del cumplimiento del Convenio colectivo si se da la situación que pregona el contratista.

b) alteración económica que cause una desproporción exorbitante, susceptible de eliminar el equilibrio de las prestaciones: la subida salarial que argumenta el contratista representa un

Código seguro de verificación (CSV):

7864 58D0 C3A0 B5D5 EB69



786458D0C3A0B5D5EB69

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es> (Sede Electrónica - Validar Documentos)

Firmado por El Secretario Delegado CEBRIAN RAMIREZ JOSE AMADOR el 20-04-2023

VºBº de el Presidente MORENO VIBORA JOSE PEDRO el 20-04-2023

porcentaje aproximado del 8,51% sobre el coste anterior para el personal de presencia continua en plantilla. De tal manera, no se llega a alcanzar la magnitud fijada para la "modificación sustancial" en el art. 205.2 c) LCSP, que la cifra en el 10% del precio inicial, IVA excluido, concepto que podría aplicarse analógicamente. Si no procede calificar la repercusión en el precio como "modificación sustancial", difícilmente puede sostenerse que la alteración sea la propia del riesgo imprevisible: esto es, extraordinaria, desproporcionada y susceptible de producir una "quiebra radical" del equilibrio económico.

En definitiva, en función de los razonamientos anteriores, no se entiende procedente la modificación del contrato, no siendo atendible tampoco una revisión de precios o cualquier otra medida orientada a alterar el precio para paliar el mayor coste salarial que dice el contratista que ha de soportar.

II

El contratista alude en su escrito a que las tareas y prestaciones descritas en los Pliegos de la contratación no se corresponden con las categorías del personal subrogado, si atendemos al Convenio aplicable. Lo cierto es que las tareas objeto del contrato y el personal subrogado, con las categorías actuales, vienen repitiéndose desde la primera contratación del servicio en el año 2009, sin que se haya producido ninguna objeción por parte de los sucesivos licitadores ni a instancia de los trabajadores. Esta Entidad ha venido así entendiendo que el personal ostentaba las categorías exigibles para la prestación requerida.

Es importante remarcar que el pliego de condiciones es la legislación del contrato para el contratista y para la Administración contratante teniendo, por lo tanto, fuerza de ley entre las partes. El Tribunal Supremo declara reiteradamente que el pliego de condiciones en la contratación administrativa constituye la "*lex contractus*" con fuerza vinculante para el contratista y la Administración (sentencias de 10 de marzo de 1982, 6 de febrero y 8 de noviembre de 1988 y 22 de enero de 1990). Por todas se transcribe el texto de la Sentencia de 27 de Mayo del 2009: "...el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por lo tanto fuerza de ley entre las partes (...) lo significativo es que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión. La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992, se pronuncia, igualmente, acerca del pliego de condiciones que sirvió de base al concurso y constituye el régimen obligacional del mismo: "El Pliego de Condiciones se erige en ley del contrato y siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1961, 31 de marzo de 1975, 20 de enero de 1977, entre otras), tal facultad incorporada al Pliego, pasa a ser ley del contrato, condiciones o cláusulas particulares que resultan obligatorias en cuanto rigen los derechos y obligaciones del contrato si no se impugnan y se aceptaron voluntariamente (art. 49 TRLCAP)".

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido (Sentencia de 11 de mayo de 2004) que los Pliegos de Condiciones de los contratos administrativos constituyen un dictado para los que participan en el concurso quedando obligados los que obtienen la adjudicación de la obra al servicio a su cumplimiento y sometidos a todas las consecuencias que se deriven de dichas condiciones, y que todo aquel que toma parte en un concurso sin impugnar previamente las bases por lo que se va a regir pierde la oportunidad de alegar irregularidad alguna respecto a las mismas.

Código seguro de verificación (CSV):

7864 58D0 C3A0 B5D5 EB69



786458D0C3A0B5D5EB69

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es> (Sede Electrónica - Validar Documentos)

Firmado por El Secretario Delegado CEBRIAN RAMIREZ JOSE AMADOR el 20-04-2023

VºBº de el Presidente MORENO VIBORA JOSE PEDRO el 20-04-2023

En consecuencia, no puede el contratista reprochar ahora la posible incorrección del pliego contractual en orden a las categorías profesionales del personal subrogado, cuando pudo haberlo impugnado en el momento de concurrir a la licitación. Al no hacerlo, queda sometido al mismo en sus propios términos como “ley del contrato”.

III

A tenor de lo dispuesto en el art. 190 LCSP, la prerrogativa de modificar los contratos corresponde al órgano de contratación, en este caso, el Consejo de Administración de la Entidad.

En su virtud, conforme a los razonamientos y fundamentos que anteceden, el funcionario que suscribe propone la adopción por el órgano competente de una resolución desestimatoria de la petición de modificación del contrato de referencia.”

Sometido el asunto a votación ordinaria, el Consejo de Administración, por unanimidad, adopta acuerdo en los términos de la propuesta de la Presidencia.>>

Y no habiendo más asuntos que tratar, y siendo las diecisiete horas y catorce minutos del día de su inicio, el Sr. Presidente levanta la sesión, extendiéndose la presente acta de la que yo, el Secretario Delegado, doy fe.

EL PRESIDENTE
(Firmado electrónicamente)

EL SECRETARIO DELEGADO
(Firmado electrónicamente)

Código seguro de verificación (CSV):

7864 58D0 C3A0 B5D5 EB69



786458D0C3A0B5D5EB69

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en <http://www.aparcamientosmunicipaleslucena.es> (Sede Electrónica - Validar Documentos)

Firmado por El Secretario Delegado CEBRIAN RAMIREZ JOSE AMADOR el 20-04-2023

VºBº de el Presidente MORENO VIBORA JOSE PEDRO el 20-04-2023