



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 7 / 1 9 9 2

La Laguna, a 7 de julio de 1992.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, a petición del Excmo. Ayuntamiento de La Laguna, sobre “*el expediente de recogida diaria de basura y limpieza viaria*” (EXP. 2/1992 CA)\*.

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno a instancia del Excmo. Ayuntamiento de La Laguna, consistirá en determinar el grado de adecuación técnico-jurídica de la Propuesta de resolución acordada por el órgano plenario de la indicada Corporación Local en relación con el denominado servicio de recogida diaria de basura y limpieza viaria; al Pliego de Condiciones Facultativas del contrato de referencia; la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del régimen Local, LRBRL; el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TR), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril; la Ley de Contratos del Estado (LCE), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/65, de 8 de abril; su Reglamento ejecutivo (RCE), aprobado por Decreto 3410/75, de 25 de noviembre y, en lo que resulte de aplicación, a los Reglamentos de Contratación y de Servicios de las Corporaciones Locales (RCCL y RSCL), aprobados respectivamente por Decretos de 9 de enero de 1953 y 17 de junio de 1995.

---

\* **PONENTE:** Sr. Pérez Voituriez.

## II

1. Por lo que concierne a la competencia de este Consejo para emitir el dictamen que se le ha solicitado, la misma viene atribuida por el art. 114.3 del Texto Refundido antes indicado, conforme al cual, en los supuestos de resolución contractual “cuando el precio del contrato exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa, y en los de modificación de éstos últimos, cuando la cuantía de aquélla exceda del 20% del precio del contrato, será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere,” eventualidad, que, por lo que atañe a esta Comunidad Autónoma, tiene su expresión normativa en la Ley 4/84, de 6 de julio, constitutiva de este Consejo. En este sentido, del expediente resulta acreditado que, conforme dispone el art. 18 LCE, el precio del contrato excede los 100.000.000 de pesetas y el porcentaje de la modificación o alteración efectuada, según se informa en el expediente, supera el 20% del precio de aquél; concretamente, el 34,39%. Concurren, pues -sin perjuicio de lo que ulteriormente se dirá en relación con la determinación del *quantum* a que asciende la modificación en relación con el precio del contrato-, los requisitos legalmente previstos para que se produzca, tanto en el caso de modificación como de resolución contractual, la intervención preceptiva de este Organismo.

2. Por otra parte, en el expediente se acredita el cumplimiento de los requisitos de competencia y procedimiento que la legislación aplicable exige a las Corporaciones locales, cuando de modificar o resolver contratos administrativos se trate, de conformidad con lo que dispone el art. 114.1 del indicado Texto refundido, según el cual “el órgano de la Entidad local competente para contratar, según la Ley (...) podrá 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”.

En este punto, se ha de indicar que la Propuesta de resolución elevada a este Consejo para Dictamen reviste la forma de Acuerdo plenario por ser éste el órgano competente para acordar la modificación y, en su caso, la resolución del contrato administrativo de referencia, de conformidad con lo que dispone el art. 22.1.c), TR, conforme al cual, además de las funciones que le atribuye el art. 22 de la Ley 7/85, es competencia plenaria “la contratación de obras, servicios y suministros cuya

duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el presupuesto anual”, circunstancias éstas acreditadas asimismo en el expediente remitido. Y, en la medida que el órgano competente para modificar o resolver es el que lo es para contratar, es de la competencia plenaria la facultad para incidir, en los términos que se verá a continuación, en el contrato de referencia.

Por lo que se refiere a los requisitos de procedimiento deducidos de la legislación que resulta aplicable, se constata asimismo la concurrencia, conforme dispone el art. 114.3, TR, de los Informes de la Secretaría e Intervención corporativas. En cuanto al primero, se ha de significar, no obstante, que el mismo obra en el expediente como un “conforme” al Informe de 3 de diciembre de 1991, del Jefe de la Sección Tercera de Hacienda y Economía del Ayuntamiento. Por lo que respecta al preceptivo parecer de la Intervención, figuran en el expediente sendos Informes, de 17 de julio de 1991, el primero, en el que entre otros extremos se hace constar la insuficiencia de crédito presupuestario para atender el reconocimiento de la deuda derivada de la ampliación del servicio efectuado -circunstancia que, apreciada inicialmente por este Consejo, motivó la suspensión del plazo de emisión del presente dictamen y la petición a la Corporación Local interesada de que indicara las medidas que eventualmente pudieran adoptarse para superar el reparo indicado-, y de 19 de mayo de 1992, el segundo, del que se aporta certificado suscrito por el Secretario corporativo, según el cual “en el presupuesto del presente ejercicio (...) se ha previsto crédito suficiente para hacer frente a la referida deuda contraída con la empresa ‘adjudicativa’ (sic) I.M.T. S.A., en concepto de recogida diaria de basura y limpieza viaria durante el ejercicio de 1991, en virtud del reconocimiento extrajudicial de créditos acordada por el Pleno el pasado 11 de diciembre de 1991”.

### III

1. En relación con el objeto de la consulta que se nos ha interesado con carácter preceptivo, la identificación del mismo, resulta un tanto confusa, pues el escrito de solicitud indica, simplemente, la remisión del “expediente sobre recogida diaria de basura y limpieza viaria, tramitado por el Excmo. Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, al objeto de emisión del preceptivo Dictamen que exige el art. 114 del Real Decreto legislativo 781/86, de 18 de abril”.

Como es notorio, la solicitud no identifica con precisión y claridad los términos de la consulta, tal y como exige el art. 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, aunque sí obra el certificado del Acuerdo de solicitud de Dictamen. Conforme lo expresado, es posible hacer un doble género de observaciones. En primer lugar, y de carácter estrictamente formal, tal y como este Consejo ha manifestado en diversas ocasiones, su naturaleza consultiva y no asesora, cualifica su intervención y los efectos del Dictamen, no siendo procedente que éste se emita en relación con el expediente administrativo incoado. El objeto de la acción consultiva, y consecuentemente de este Dictamen, es la Propuesta de resolución que culmina el expediente, que no es otra que el Acuerdo plenario, obrante asimismo en las actuaciones, sin perjuicio, eso sí, de que en su razonamiento el Consejo acuda a los hechos que se deducen del propio expediente.

En segundo lugar, la indicación genérica al art. 114 del Real Decreto Legislativo ya citado, dificulta, por otra parte, determinar con precisión el objeto de la presente consulta, pues, como ya se expresó, el Dictamen preceptivo del órgano consultivo superior de esta Comunidad Autónoma deberá emitirse en los términos ya indicados tanto en supuestos de modificación contractual como en los de resolución. Son diferentes, como se ve, los supuestos que motivan la intervención preceptiva de este Consejo, siendo así que del expediente remitido se deduce o parece deducirse la concurrencia de ambas circunstancias; concurrencia que ha motivado, seguramente, la imprecisa formulación de la consulta interesada, lo que obliga a analizar los términos de la Propuesta de resolución remitida sobre la base de los hechos antecedentes que se deducen del expediente remitido.

2. En efecto, según certificado que obra en el expediente, el Pleno corporativo, en sesión extraordinaria celebrada el día 11 de diciembre de 1991, acordó “por unanimidad de los veinticuatro Sres. Concejales presentes: Primero.- Reconocer a favor de la Empresa I.M.T., S.A. el coste de la ampliación del servicio de la recogida diaria de basuras durante el ejercicio de mil novecientos noventa y uno, por importe total de ciento setenta y un millones, novecientas treinta y tres mil cuatrocientas sesenta y ocho (171.933.468) pesetas, que supone una modificación del contrato respecto al canon de dicho ejercicio del 34,39%, para que no se produzca un enriquecimiento injusto. Segundo.- Solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, de conformidad con lo establecido en el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/86, de dieciocho de abril; y, Tercero.- Iniciar expediente para

la resolución del contrato con la empresa I.M.T., S.A. y proceder a la convocatoria de un nuevo concurso para la prestación de los referidos servicios”.

La primera de las cuestiones que plantea la Propuesta de resolución, como ya se adelantó en el punto interior, es la problematicidad de la concreción del objeto de la consulta y, consecuentemente, la naturaleza del dictamen que se emita. Del tenor literal de los Acuerdos plenarios indicados parece deducirse que la solicitud de dictamen de este Consejo (Acuerdo segundo) se interesa en relación con el Acuerdo anterior (el primero), y no el posterior (el tercero) o, incluso, ambos; pues si ésta fuera la intención del órgano de contratación el Acuerdo de solicitud de dictamen debiera ser el último de los adoptados en la indicada sesión plenaria. Parece, pues, que la resolución del contrato (uno de los supuestos de dictamen de este Consejo, conforme dispone el art. 114.3, TR) no es objeto de consulta, quizás porque el tercero de los Acuerdos plenarios se refiere a “iniciar expediente para la resolución”; es decir, no se pronuncia, acordándola provisionalmente a la espera de que este Consejo emita el preceptivo dictamen, sobre la necesidad de resolver el contrato. Sólo indica, como órgano competente, el inicio de un expediente resolutorio que concluiría en su día, de una u otra forma, mediante el pertinente Acuerdo plenario. Siendo esto así, el objeto de este Dictamen debiera circunscribirse o limitarse a los términos del Acuerdo primero indicado, que es, recordemos, el relativo al reconocimiento al concesionario del servicio del coste de su ampliación por un importe de 171.933.468 pesetas, lo que supone “una modificación del contrato (...) del 34,39% para que no se produzca un enriquecimiento injusto”.

Debe observarse, sin embargo, la dificultad de que el análisis del Consejo se circunscriba limitadamente al objeto indicado, toda vez que, como se verá a continuación, del expediente resultan hechos, relaciones y situaciones jurídicas formalmente autónomos e independientes pero que *de facto* se entrecruzan y condicionan mutuamente, lo que hace difícil un análisis singularizado de aquella cuestión, debiéndose tener en cuenta, bien como antecedente, bien como cuestión conexa, tales circunstancias, pareciendo resultar de los mismos, como se verá, que la resolución del contrato cuyo inicio se acordó es en gran medida consecuencia de la “modificación contractual” operada y del Acuerdo suscrito entre la corporación local indicada y el concesionario del servicio sobre la base de una transacción extrajudicial sobre ciertos derechos y obligaciones nacidos del contrato suscrito.

3. Por lo expuesto, debemos empezar a analizar el alcance de la modificación de las condiciones de ejecución del contrato; es decir, la ampliación del servicio de la recogida diaria de basura durante el ejercicio de 1991. Nos encontramos ante lo que parece ser un supuesto de modificación de contrato. Tal apariencia, sin embargo, agota toda similitud, pues, la citada operación de ampliación de la cobertura del servicio no constituye un supuesto de aplicación práctica del *ius variandi* de la Administración contratante, pues ésta lo que pretende es evitar obtener “un enriquecimiento injusto” a costa del contratista.

La potestad de variar los contratos se ha previsto normativamente como límite a la regla general de su inalterabilidad consecuencia de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual, y como exigencia de la buena fe contractual exigible a ambas partes, los contratantes deben proceder al cumplimiento de sus respectivas obligaciones en los términos pactados y conforme resultan del contrato suscrito, que, como es sabido, se erige en Ley que lo regula. En efecto, tal y como ha señalado el Consejo de Estado, en los contratos de tracto sucesivo y de carácter sinalagmático, la alteración de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión puede dar lugar a una revisión del contenido de las prestaciones pactadas sin ruptura del vínculo contractual; siempre que esa alteración haya sido imprevista e imprevisible en el momento de la celebración del contrato y sea lo suficientemente importante como para determinar la ruptura del equilibrio económico establecido entre las recíprocas prestaciones que deberá justificarse en el expediente. Son varias y muy conocidas las doctrinas que se han venido aplicando para corregir estas anomalías contractuales en aras de un indiscutible principio de justicia conmutativa. La cláusula *rebus sic stantibus*; el enriquecimiento injusto; y las más actualizadas doctrinas del *factum principis* y del riesgo imprevisible, todas ellas derivadas del principio de la *bona fides* contractual. Se trata, en definitiva, de evitar que un contrato que ha sido concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestaciones recíprocas, no quede transformado por virtud de circunstancias sobrevenidas, no queridas ni previstas por las partes, en un contrato puramente aleatorio, cuyo resultado económico dependa decisivamente de la suerte o del azar, con desproporcionado perjuicio para una de las partes en beneficio de la otra.

La legislación de contratos del Estado confirma estos criterios al reconocer la *potestas variandi* de la Administración de los contratos de servicios públicos, en los términos previstos en los arts. 221, RCE, que permite a la Administración modificar

por razón de interés público las características del servicio contratado y 51.1, RCCL, conforme al cual los contratos “serán inalterables a partir de su perfeccionamiento y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos que le sirvan de base (...) salvo las excepciones expresamente reconocidas por los artículos siguientes”, básicamente los arts. 53, 54 y 55.

Estando, pues, admitida la posibilidad de variar los contratos administrativos, debe recordarse, reiterando en este punto lo ya expresado por este Consejo en ocasiones anteriores, que la modificación del contrato administrativo tiene, por propia naturaleza y por normas imperativas, una delimitación razonable y congruente con su objeto, fines y planteamientos. Los principios generales de la contratación administrativa, basados en la concurrencia general de licitadores, economía del gasto público y buena ejecución de la contrata, exigen que la facultad de variación de los proyectos que tiene la Administración en los contratos por la misma celebrados se ejerza dentro de un límite prudencial, sobre la base de que toda variación debe ser, en principio, excepcional, pues los proyectos iniciales deben contener todas las precisiones necesarias para que el servicio contratado pueda ejecutarse útilmente para lo que fue proyectado.

4. La aplicación de los referidos principios rectores de la modificación de los contratos administrativos a los hechos antecedentes que se deducen del expediente deberá, desde luego, efectuarse de conformidad con las previsiones normativas que resultan de aplicación. Conforme disponen los arts. 111 y siguientes, TR, los contratos de las Entidades locales se regirán por la legislación del Estado y, en su caso, por la de las Comunidades Autónomas, así como por los principios comunes a la contratación administrativa estatal, debiendo precisarse respecto del contrato de gestión de servicios públicos de las Corporaciones locales que su régimen jurídico es el que resulta del Texto refundido y sus disposiciones reglamentarias, así como de la restante legislación del Estado, la cual, art. 208, RCE, dispone que el contrato de gestión de servicios se regulará por lo establecido en el Título I de la Ley de Contratos y Título II de este Reglamento para el contrato de obras, en todo lo que no se oponga a las disposiciones del presente Reglamento y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél.

La regulación contenida en la legislación de contratos estatal en relación con la modificación de contratos de servicios públicos es escasa. La declaración genérica de la *potestas variandi* reconocida en el párrafo primero del art. 221 se complementa con la declaración de que “cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél” (párrafo 2), de forma que si los Acuerdos administrativos adoptados no tienen trascendencia económica “el empresario no podrá deducir reclamaciones” contra los mismos (párrafo tercero). Finalmente, el art. 222, RCE, preceptúa la obligación de consignar en el contrato “el alcance de la facultad de modificar su régimen financiero que ostenta la Administración y los derechos y obligaciones” de las partes. Por lo que respecta a las previsiones de la legislación específica de Régimen local, el art. 54, RCCL, indica que “por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, podrán las Corporaciones modificar las prestaciones de obra o servicio contratadas previo informe de los organismos técnicos de las mismas (...), siempre que no se altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte y de conformidad con las siguientes reglas: a) cuando sin introducir nuevos elementos en los proyectos y cláusulas iniciales se altere la cantidad de las mismas, será obligatorio para el contratista lo dispuesto por la Corporación, y b) cuando se trate de materiales, obras o prestaciones no previstos ni valuados unitariamente, los precios se establecerán de forma contradictoria”.

## IV

1. Del expediente se desprende que la causa motivadora de la indicada ampliación fue la conveniencia de ampliar el servicio de recogida de basuras de forma que el mismo fuera diario en vez de alterno como lo había sido hasta ese momento. Sin embargo, la documentación justificativa obrante es ciertamente escasa, pues sólo constan la Propuesta del Concejal delegado de aseo urbano, el Informe del Ingeniero jefe, fechados ambos documentos en “diciembre de 1990” y escrito de la empresa adjudicataria del servicio, de 7 de junio de 1991, mediante el cual eleva a la Corporación estudio económico de la modificación indicada y que ascienda a 171.941.838 pesetas, propuesta económica que fue informada favorablemente por el Ingeniero jefe en Informe de fecha 27 de junio de 1991, “habida cuenta de que efectivamente se está ejecutando la recogida diaria desde el



1 de enero del presente año”, por lo que “procede técnicamente por quien corresponda a la aprobación del estudio económico presentado”.

Por su parte, la Intervención corporativa en informe de 17 de julio de 1991, se hace eco de la falta de “constancia documental sobre los antecedentes que dieron lugar a la propuesta de ampliación de los servicios formulados por el Concejal de aseo urbano, ni de los estudios e informes pertinentes sobre tal extremo, ni aún menos Acuerdo de órgano de Gobierno municipal por el que se haya aprobado la ampliación de los referidos servicios y se haya ordenado su prestación en fecha determinada”. Tampoco, continua la Intervención, “existe Memoria explicativa ni informes técnicos sobre la determinación y justificación de todos los elementos precisos para la prestación del servicio que da lugar al gasto que se propone”. Deficiencia documental posteriormente no subsanada, puesto que al menos en la copia del expediente remitido a este Consejo, no constan los documentos a que hace referencia el Interventor corporativo.

Nos encontramos, pues, ante lo que parece ser una situación de hecho conforme a la cual la empresa adjudicataria ha procedido desde el 1 de enero de 1991 a ejecutar una ampliación, por hipotética orden -pues no consta por escrito, ni se deduce de las actuaciones quién asumió la responsabilidad de darla-, por un importe que supera los 170.000.000 de pesetas del servicio contratado, por circunstancias que, desde luego, resultan del expediente, pero incumplándose las previsiones que el Ordenamiento contempla cuando se trata de alterar, por modificación, el régimen del contrato adjudicado. Y es que, como se indicó, no hay constancia de Acuerdo del órgano competente por el que se ordenara al adjudicatario la ampliación del servicio, además de no existir la documentación justificativa y técnica a que se hace referencia en el Informe de la Intervención.

Ciertamente, en el expediente existen Informes, ya indicados, en relación con la medida de ampliación que se ha expresado. Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que toda la documentación obrante en relación con la misma es posterior a la fecha de comienzo efectivo de ampliación del servicio, 1 de enero de 1991, conforme indica el Ingeniero Jefe, siendo así que el Acuerdo plenario de reconocimiento del coste de la indicada ampliación es de diciembre de 1991; es decir, casi al año del comienzo efectivo de la ejecución de aquella ampliación, siendo así que la

eventualidad de la modificación está prevista en el propio Pliego de condiciones facultativas del concurso mediante el que se adjudicó el correspondiente contrato, pues su art. 5 dispone que el Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, podrá exigir al adjudicatario la modificación o ampliación de los servicios contratados.

2. Por los objetivos perseguidos, es por lo que podemos decir que, técnicamente, no nos encontramos ante la aplicación de los preceptos que regulan la modificación contractual, entendiendo por tal aquella que se produce de conformidad con los requisitos y presupuestos que se deducen de la legislación aplicable. Lo que existe es una ampliación de hecho de la prestación del servicio -lo que, por ausencia de acto contrario expreso podría entenderse como un consentimiento tácito- que, para impedir el enriquecimiento injusto de la Administración, debe ser compensada, de forma que se mantenga el equilibrio financiero del contrato. Por ello, el Acuerdo plenario de 11 de diciembre de 1991, en su Punto primero, no pretende modificar el contrato, sino reconocer el coste de una ampliación del servicio no tramitada de conformidad con lo que la Ley dispone, liquidando un servicio efectivamente prestado, cuyo abono se debe hacer no mediante la tramitación de un expediente de modificación, en este punto absolutamente extemporáneo, sino mediante un expediente de distinta naturaleza.

Claro que lo concluido presupone que la actuación de la contrata se movió siempre dentro de los límites de la buena fe contractual; particularmente, que actuó previa orden municipal, extremo que no ha podido contrastar este Consejo, y que la situación ciertamente conflictiva en la que entró la ejecución del contrato no le es imputable por acción u omisión. Siendo esto así, es decir, si el contratista ha actuado de buena fe, tiene derecho a percibir el importe de la ampliación ejecutada, sin perjuicio de que, conforme el art. 155 RCE, se deduzca el oportuno expediente de responsabilidad, o de cualquier otra naturaleza, por la modificación no autorizada conforme a Derecho, debiéndose según dispone el art. 154 RCE, ordenar la práctica de la pertinente investigación en los términos y con arreglo a la Ley de procedimiento administrativo. Esta investigación es, por lo expuesto, absolutamente imprescindible que se realice, no ya para modular el alcance de la contraprestación al contratista, sino para depurar responsabilidades administrativas o, en su caso, de otra índole. Máxime cuando al Ayuntamiento le constaba la ampliación material del servicio y la no incoación del oportuno expediente, entre otras cosas, por reparo de

la Intervención corporativa, consintiendo por omisión en los términos en que estaba consolidada la situación *de facto*.

3. A esta conclusión no perjudica el hecho de que conforme el art. 54 RCCL, en caso de haberse iniciado un expediente de modificación conforme disponen las previsiones legales, el mismo no podría prosperar pues, recordemos, la modificación tiene como límite la quinta parte del precio del contrato en más o en menos, siendo así que, según se informa en el expediente, la alteración sufrida por aquél lo fue del 34,39%. Consecuentemente, la Corporación Local debiera haber ejercido la facultad de resolución de conformidad con el art. 157.2 RCE, de aplicación supletoria según dispone el art. 208 RCE, o, en su caso, haber procedido a la indicada ampliación de forma tal que no se excediera aquel porcentaje.

Se advierte que este Consejo ha partido de los datos obrantes en el expediente; concretamente, del porcentaje de variación apreciado por los servicios administrativos competentes y que, como se ha expresado, alcanza el 34,39%. Ahora bien, de la legislación que resulta aplicable, tanto la general estatal como la de régimen local, se desprende que la variación porcentual de la modificación contractual, el 20%, se debe imputar al precio del contrato, no al momento en el que surge la necesidad de modificación, que es lo que parece haber ocurrido en el presente expediente. Desde luego, la documentación obrante en aquél es insuficiente toda vez que del mismo no resultan las condiciones, particularmente económicas, del contrato adjudicado. Pero sí se desprende, art. 2 del Pliego de condiciones facultativas, que “la duración del contrato será por un periodo de cuatro años, y que el coste aproximado del servicio por año (sólo hay constancia del costo correspondiente a los años 1990 y 1991) es de 500.000.000 pesetas, por lo que el costo de la ampliación indicada -que, recordaremos, asciende a 171.941.838 pesetas, correspondientes al año 1991- pudiera no superar el 20% del precio del contrato, condición, como se sabe, que opera como causa de resolución del contrato.

Independientemente de lo expresado, si la Corporación Local había acreditado tal extremo, debía haber procedido sin más a declarar la resolución del contrato, con carácter provisional, a resultas del dictamen que en su caso emitiera este Consejo, y no iniciar el expediente de resolución, como indica el Punto tercero del Acuerdo de 11 de diciembre de 1991.

## V

Sin embargo, del expediente se desprenden actuaciones al parecer contrarias a lo expresado anteriormente. En efecto, a petición de este Consejo, que suspendió el plazo de emisión del presente dictamen, por el Ayuntamiento de La Laguna se remitió documentación complementaria, de la que resulta que en la sesión plenaria extraordinaria celebrada el 11 de diciembre de 1991, además de los Acuerdos ya reseñados (recordemos; reconocimiento del costo de la ampliación, solicitud de dictamen de este Consejo e inicio del expediente de resolución contractual), el Pleno acordó, “formalizar mediante el oportuno documento administrativo, las propuestas de liquidación de deudas con dichas empresas y de resolución de contrato para la prestación de los referidos servicios, facultando expresamente al Sr. Alcalde para la firma del mismo”; Acuerdo plenario que se adoptó a propuesta de la empresa concesionaria y que se tradujo en el convenio suscrito el 28 de enero de 1992 entre el Sr. Alcalde y la empresa concesionaria conforme al cual, por el Ayuntamiento se debía abonar a la empresa I.M.T. S.A. la cantidad de 112.547.397 pesetas, en cumplimiento de la Sentencia 290/90 de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 28 de noviembre de 1990, dictada en un proceso del que en el expediente no existen antecedentes ni resultan cuáles fueron las pretensiones deducidas.

En relación con la cantidad expresada ambas partes convinieron; por un lado, renunciar expresamente la empresa adjudicataria a 31.000.000 de pesetas a descontar de los intereses “como concesión al Ayuntamiento”. Por su parte, el Ayuntamiento desiste de la apelación presentada ante la Sala de lo contencioso administrativo del TSJC, en lo referente a la liquidación anteriormente citada y pactada. En segundo lugar, el Ayuntamiento, “no existiendo constancia documental sobre los antecedentes que dieron lugar a la ampliación del servicio, se compromete a abonar la cantidad de 171.933.468 pesetas en concepto de la ampliación de los servicios de recogida de basuras y limpieza viaria”. En relación con este capítulo, tal cantidad se conviene que “no generará ningún tipo de intereses”. El Ayuntamiento por su parte, se obliga a incluir en su presupuesto los créditos reconocidos para poder atender el cumplimiento de lo pactado.

En otro orden de consideraciones, el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria del servicio “deciden resolver anticipadamente el contrato existente a los efectos de

30 de junio de 1992, sin exigencia de ninguna clase de responsabilidades”, comprometiéndose el Ayuntamiento a realizar los trámites necesarios para adjudicar los nuevos servicios mediante convocatoria de un nuevo concurso público a partir de 1 de julio de 1992. Finalmente, se expresa también que “los anteriores Acuerdo han de contemplarse en su conjunto” por lo que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas llevaría consigo la cancelación del resto de compromisos”.

2. Parece concurrir un segundo supuesto de causa de resolución contractual, teniendo como base el mutuo acuerdo de las partes contratantes al amparo de lo dispuesto en el art. 223.7 RCE. Ciertamente, se plantea cuál puede ser el alcance del dictamen de este Consejo toda vez que su solicitud fue interesada en relación con la “modificación” o, en su caso, con la resolución del contrato motivada por haberse superado el porcentaje previsto en la Ley para la misma. Desde luego, la concurrencia de una doble causa de resolución contractual no obstaculiza el objetivo pretendido (la resolución del contrato), con la salvedad, que no es el caso, de que cuando concurren diversas causas de resolución con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción ello obliga a que deba atenderse a la causa inmediata; es decir, a aquella que hubiera aparecido con prioridad en el tiempo. Desde luego, de los antecedentes que obran en el expediente, resulta obligado concluir que la resolución del contrato debe operar independientemente de que haya o no haya mutuo acuerdo con el contratista en relación con este punto, pues, lo cierto es que, dado el alcance de la alteración contractual que afectaba al expediente, éste parecía encontrarse incurso en causa *ex lege* de resolución. No obstante lo expresado, este Consejo a quien se le ha solicitado su parecer en relación con una Propuesta de resolución que contenía una previsión de extinción del vínculo contractual, no puede desconocer la existencia en el expediente de otras posibles causas de resolución, cuya idoneidad debe ser, en cualquier caso, expresada en este Dictamen.

Interesa en este punto traer a colación la doctrina del Consejo de Estado en relación con la resolución contractual por mutuo acuerdo. Aquella causa, aunque basada en el principio de autonomía de la voluntad, se ve sin embargo matizado por las especiales características de los contratos administrativos de tal forma que se exige la concurrencia, no solamente de la declaración de voluntad del contratista y de la Administración, sino, fundamentalmente, que el consentimiento de ésta se

preste con la concurrencia imprescindible de las siguientes circunstancias. En primer lugar, que no exista causa de resolución contractual imputable a culpa del contratista, lo que parece no haber acontecido en el expediente de referencia y, en segundo lugar, que existan razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, sin que, en cualquier caso, con el mutuo acuerdo se encubran intenciones solapadas.

En relación con el primero de los requisitos, no consta en el expediente, como se indicó en Fundamentos anteriores, si la conducta del contratista siempre ha sido conforme a la buena fe contractual o si, por el contrario, le es imputable en alguna medida la situación anómala en la que abocó el contrato. En cuanto al segundo, es de apreciar en el convenio suscrito lo que parece ser alguna ventaja para los intereses públicos en la medida de que el contratista renuncia al cobro de los intereses devengados por aquella Corporación, permitiendo además un fraccionamiento en el pago de tales cantidades.

Desde luego, lo que sí es indudable es que la marcha del contrato hacía recomendable para los intereses públicos proceder a su resolución y a una nueva adjudicación. La alteración sustancial, por ampliación del servicio, del objeto del contrato; la revisión del cánon por aumento de costos, la ejecución de la sentencia judicial condenatoria del Ayuntamiento, son circunstancias que aconsejaban en cualquier caso que por la Corporación Local, tras la liquidación de las deudas pendientes y debidas, procediera a una revisión del servicio mediante la convocatoria de un nuevo concurso, como por otra parte se desprende del Acuerdo indicado.

3. Finalmente, interesa señalar que la resolución de mutuo acuerdo interesada por la contrata y aceptada por la Corporación Local se inserta junto con otros contenidos de orden económico en un acuerdo que tiene las características de ser una transacción extrajudicial. En efecto, el art. 1.809 del Código Civil define la transacción como el contrato por el cual “las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado”. En efecto, el *timor litis* es el elemento que impulsa a ambas partes, persuadidas de la viabilidad sustancial de sus pretensiones y títulos, a aproximarse entre sí, cediendo o reteniendo, con ánimo de obtener una posición jurídica estable, respetada de adverso e incontestada merced a su formulación

convencional que el legislador eleva nada menos que a la condición de cosa juzgada (art. 1.816 del Código Civil). Del contenido del Acuerdo antes transcrito se deduce, notoriamente, la mutua renuncia de ambas partes y la voluntad compartida de evitar la prosecución de un proceso judicial abierto, por lo que parecen concurrir los requisitos para que la Corporación Local transe con la contrata. Claro que no que no se desprende de las actuaciones son las causas, motivos y circunstancias que determinaron la conveniencia y/o necesidad de efectuar la transacción en los términos finales, lo que, quizás, debiera ser asimismo valorado a resultados de la investigación que la Corporación Local abra en relación con las incidencias derivadas de la ejecución del contrato de referencia.

## CONCLUSIONES

1. El Ayuntamiento de La Laguna es competente para modificar y, en su caso, resolver el contrato de prestación de servicio de limpieza viaria. Este propósito, como se acredita, se instrumenta mediante Acuerdo plenario, contándose con los preceptivos pareceres de la Intervención y Secretaría de dicha Corporación; este último expresado, sin embargo, como mero “conforme” al Informe de la Sección Tercera de Hacienda y Economía obrante en el expediente. Sin embargo, los términos de la consulta resultan confusos pues, inicialmente, se deduce que lo que se pretende es resarcir al contratista por razón, según se expresa, de un enriquecimiento injusto de la Corporación municipal, motivado por la ampliación de servicio, según resulta de los Fundamentos II y III.

2. De conformidad con los datos que resultan del expediente, la ampliación del servicio no se ha articulado a través del oportuno expediente de modificación contractual, sino por vía de hecho, no constando orden expresa de comienzo de ejecución de tal ampliación, ni oposición corporativa a la misma, lo que motiva a juicio de este Consejo la necesidad de abrir la pertinente investigación para la depuración de las responsabilidades a que, en su caso, hubiere lugar, conforme se advierte en el Fundamento IV.2.

3. De las causas que aparentemente concurren para la resolución del referido contrato, la primera -superar la modificación el 20% del mismo-, pudiera no ser

alegable, no sólo porque pudiera haber una errónea apreciación en el cálculo del porcentaje determinante de dicha resolución, como se razona en el Fundamento IV.3.

4. Tras el Acuerdo plenario objeto del presente Dictamen, la Corporación Local y el contratista, han convenido, mediante transacción extrajudicial, la regularización de diversas relaciones y situaciones jurídicas deducidas del contrato de referencia, solventando así lo que no se hizo mediante la utilización de los mecanismos previstos en la legislación que regula estas relaciones contractuales. En el indicado convenio, desde luego, concurren los requisitos previstos para poder transar, aunque en el expediente del que se ha conocido no se contienen suficientes elementos de juicio, previos, para determinar si aquél expresa la mejor defensa posible de los intereses públicos concurrentes, tal y como se expresa en el Fundamento V.

5. Lo razonado por este Consejo se entiende sin perjuicio de la Sentencia 290/90, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 28 de noviembre, citada en el indicado Acuerdo, y por la que se condenaba al Ayuntamiento de La Laguna al pago a la contrata de una determinada cantidad, desconociendo este Consejo el alcance de las pretensiones deducidas con ocasión del referido proceso judicial y su relación con el objeto de la consulta que motiva el presente Dictamen, que, no obstante, se emite sin más dilación a los efectos de que la Corporación Local interesada actúe en consecuencia.