



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 9 0 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de junio de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente accidental del Cabildo Insular de La Palma en relación con la *interpretación del contrato de gestión del servicio público de recogida selectiva de envases de papel y cartón en la isla de La Palma, mediante gestión indirecta en forma de concesión administrativa, suscrito con la empresa M.C.C., S.A. (EXP. 171/2016 CA)\**.

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

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 11 de mayo de 2016 (con entrada el 25 de mayo de 2016) por el Presidente accidental del Cabildo de La Palma, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de interpretación del «Contrato de Gestión del Servicio Público de Recogida Selectiva de envases de papel y cartón en la isla de La Palma, mediante gestión indirecta en forma de concesión administrativa», suscrito con la empresa M.C.C., S.A.

La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de carácter básico, y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

2. El contrato objeto del procedimiento que se dictamina fue adjudicado el 24 de marzo de 2014, por lo que la legislación aplicable viene constituida por el citado Texto Refundido.

3. Ha de advertirse que el objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución contenida en el expediente remitido junto a la solicitud de dictamen a este Consejo sobre este mismo asunto efectuada el 14 de marzo de 2016, que fue inadmitida por haber caducado el procedimiento. Así pues, declarada su caducidad e iniciado un nuevo procedimiento, donde se conservan todos los trámites y actos anteriores, aquella Propuesta de Resolución es nuevamente sometida a dictamen de este Consejo.

## II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de interpretación contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- Por Decreto de la Presidencia, de 5 de diciembre de 2013, se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación de referencia.

- El 24 de marzo de 2014, se adjudica el contrato de «gestión del servicio público de recogida selectiva de envases de papel y cartón en la isla de La Palma, mediante gestión indirecta, en forma de concesión administrativa» a la empresa M.C.C., S.A.

El contrato tiene un plazo de duración de diez años, contados a partir de la formalización del acta de inicio suscrita el día 1 de abril de 2014.

- El 28 de mayo de 2015, la contratista presenta escrito en el que solicita el ajuste del precio anual del contrato al superar el umbral de 1.005 toneladas anuales, siendo el nuevo precio de 177.789 € anuales, según lo establecido en la cláusula 3.2 PCAP.

- En contestación a aquel escrito, el Jefe de Servicio de Actividades Clasificadas, responsable del contrato, emite informe el 1 de junio de 2015 en el que señala que, una vez verificadas las cantidades recogidas hasta el 31 de diciembre de 2014, se alcanzó una cifra de 864,44 TM por lo que no procede la revisión del precio anual del contrato.

- El 16 de junio de 2015, se presenta nuevamente escrito por el que el contratista solicita la reconsideración del criterio manifestado por el Jefe de Servicio de Actividades Clasificadas contenido en el citado informe.

Asimismo, el 31 de agosto de 2015 se reitera lo solicitado en los escritos anteriores.

De tales escritos se da traslado al Servicio de Contratación.

- El 20 de noviembre de 2015, se solicita por el contratista información acerca de sus solicitudes.

- El 18 de diciembre de 2015, el Jefe de Servicio de Actividades Clasificadas emitió nuevo informe en el que se señala:

«El total de toneladas, 1136,920, se encuentra en el tramo 2 (entre 1006 y 1500 toneladas), por lo que, a juicio del que suscribe, procede la revisión del precio actual del contrato para el próximo ejercicio 2016. La próxima revisión se realizará a su vez el 31 de diciembre de 2016».

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan los trámites exigibles legalmente, así:

- A la vista de lo expuesto el 17 de diciembre de 2015, se dictó Resolución por el Consejero Delegado de Medio Ambiente y Servicios, de incoación de procedimiento de interpretación de la cláusula 3.2 y la cláusula 8 PCAP del contrato.

- El 11 de enero de 2016, se emite informe por el Jefe de Servicio de Actividades Clasificadas, en el que se señala:

«El total de toneladas, 864,44, se encuentra dentro del tramo 1 (entre 500 y 1.005 toneladas anuales). Esto es, a 31 de diciembre de 2014 e interpretando según mi criterio, el punto 3.2 del pliego de cláusulas administrativas para el año 2015 se seguiría en el tramo 1 ya que la revisión en diciembre de 2014 no establece dicho cambio de tramo.

No obstante lo anterior y si la revisión fuera "anual" desde el inicio del contrato, esto es desde 1 de abril de 2014 hasta 1 de abril de 2015, el volumen de papel-cartón recuperado, sería el siguiente:

864,44 toneladas + 302,26 toneladas (enero, febrero, marzo de 2015) = 1.166,7 toneladas.

En cuyo caso estaríamos en el tramo 2.

La empresa M.C.C., S.A. interpreta que la revisión ha de hacerse anual (año natural), tal y como se refleja anteriormente, sin embargo en los pliegos, desde mi punto de vista, se

establece otro método distinto para dicha revisión. No obstante deben ser los organismos o servicios competentes para interpretar jurídicamente la cuestión los que haya de determinar la procedencia o no de la reclamación de la empresa».

- El 13 de enero de 2016, se concede trámite de audiencia al contratista. De ello recibe notificación el 18 de enero de 2016. El 22 de enero de 2016, solicita copia del expediente de interpretación del contrato, que se le entrega en la misma fecha. El 25 de enero de 2016, presenta escrito de alegaciones en el que se opone a la interpretación ofrecida por la Administración, aportando informe 35/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a su entender, favorecedora de su interpretación.

Alega, en síntesis, por un lado, que junto a las cláusulas 3 y 8 PCAP «deben interpretarse simultáneamente (...) las cláusulas 20, 21, 25 y Anexo IV del mismo Pliego (...), en las que se recoge, entre otros aspectos, que "(...) la retribución que el concesionario perciba por la prestación del servicio será conforme con la proposición económica con la que licite (...)»», es decir, de acuerdo con la oferta económica presentada.

Y por otro, que la revisión de precios se contempla de forma específica en la cláusula 8 PCAP que tendrá lugar cuando haya transcurrido un año desde su adjudicación, fecha que se tomará como referencia a fin de determinar el momento a partir del cual procede la revisión de precios.

- El 19 de febrero de 2016, se emite informe por el Jefe de Servicio de la Asesoría y Defensa Jurídica y, accidentalmente, Director de la Asesoría Jurídica, donde fija la interpretación que debe realizarse de la cláusula 3.2, en relación con la 8 PCAP, al señalar que ambas regulan supuestos diferentes.

Así, este informe concluye en la procedencia de la interpretación literal de las cláusulas 3.2 y 8 PCAP, pues recogen dos supuestos diferentes respecto de los que no cabe ninguna duda interpretativa, «operando el requisito de la revisión "por el transcurso de un año desde la adjudicación" únicamente en el supuesto de la cláusula 8 del PCAP. La aplicación de un nuevo precio del contrato en función del volumen de recogida de envases determinará un ajuste de precios a fecha 31 de diciembre, en cumplimiento asimismo de lo establecido en el art. 281.2 del TRLCSP que establece la revisión de las contraprestaciones económicas pactadas "en la forma establecida en el contrato"».

- El 7 de marzo de 2016 se emite informe por el Interventor Accidental, que concluye, asimismo:

«De la lectura de ambas cláusulas no se infiere (tal y como así señala la empresa en su escrito de 23 de enero de 2016) contradicción alguna para el que suscribe: la cláusula 3 establece el precio al que hay que abonar los servicios anuales al prestatario (en base a las cuantías recogidas en el año anterior) y la cláusula 8 actualiza dicho precio anual una vez transcurrido el primer año de ejecución desde la adjudicación (con respecto al establecido como base para cada tramo en el pliego) indexándolo a un índice preestablecido y conocido por las partes».

Así resulta que el proceder de la Administración contratante debe ser:

«- Desde la adjudicación hasta el 31 de diciembre de 2014: precio establecido para el 1º tramo (149.710,83 €).

- Desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2015: Precio del tramo obtenido (a 31 de enero de 2014) según los envases recogidos en el ejercicio 2014.

- Desde el 1 de abril de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015: precio obtenido en el anterior apartado actualizado por el índice de precios al consumo de la Comunidad Autónoma Canaria durante el periodo 31 de marzo 2014 a 31 de marzo de 2015».

- El 10 de marzo de 2016, por la Jefa del Servicio de Contratación se emite Propuesta de Resolución interpretativa de las cláusulas 3.2 y 8 PCAP.

- El 14 de marzo de 2016, se solicita dictamen al Consejo Consultivo de Canarias viniendo a remitirse el 18 de marzo de 2016 escrito del mismo en el que se incorpora acuerdo del Pleno del Consejo, de 17 de marzo de 2016, de no tramitar la solicitud de dictamen toda vez que el procedimiento de resolución del contrato de referencia había caducado el 17 de marzo de 2016.

- Así pues, mediante Resolución de 21 de abril de 2016, del Consejero Delegado de Medio Ambiente y Servicios, se declaró la caducidad del procedimiento y se acordó incoar nuevo expediente de interpretación del contrato, conservando todos sus trámites, incluida la Propuesta de Resolución de 14 de marzo de 2016. Ello se notifica al interesado el 9 de mayo de 2016, si bien no se concede nuevo trámite de audiencia, que sería preceptivo por haberse incorporado nuevos informes al expediente. No obstante, dado el contenido de los mismos, que se citan en el acuerdo notificado y que no se alteran la Propuesta de Resolución, no se ha causado indefensión al contratista.

- Asimismo, mediante Resolución de 11 de mayo de 2016 se acordó suspender el plazo máximo para resolver el procedimiento de interpretación del contrato por el tiempo que medie entre la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo y la

recepción del mismo, no pudiendo ser superior a tres meses al amparo del art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De ello es notificado el contratista el 17 de mayo de 2016.

3. En relación con el pronunciamiento de este Consejo Consultivo, ha de señalarse que su dictamen es preceptivo en este procedimiento iniciado por la Administración insular de acuerdo con lo previsto en el art. 211.3.a) TRLCAP (procedimiento de resolución en el que el contratista ha manifestado su oposición, como acaece en este caso).

### III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, se plantea la interpretación de la cláusula 3.2 del PCAP, que el contratista considera que debe interpretarse conjuntamente con la cláusula 8 del mismo, al entender que regulan lo mismo ambas, en contra de lo que se manifiesta por la Administración, que señala que cada cláusula debe interpretarse en el sentido literal de la misma, sin relacionar una con otra por regular supuestos diferentes.

Tales cláusulas establecen:

Cláusula 3.2:

«Los precios base de licitación del presente contrato son los que a continuación se relacionan:

- Para el tramo nº 1, que representa una anualidad de contrato que oscila entre 500 a 1.005 toneladas/anuales: Se establece como precio base de licitación la cantidad de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DIEZ CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EUROS/ANUALES (149.710,83 euros/anuales), sin incluir el IGIC (tipo impositivo 7 por 100), que deberá soportar la Administración, que asciende a la cantidad de 10.479,76 euros.

- Para el tramo nº 2, que representa una anualidad de contrato que oscila entre 1.006 a 1.500 toneladas anuales: se establece como precio base de licitación la cantidad de CIENTO OCHENTA Y TRES MIL NOVENTA Y NUEVE CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EUROS/ANUALES (183.099,77 euros/anuales), sin incluir el IGIC (tipo impositivo 7 por 100), que deberá soportar la Administración, que asciende a la cantidad de 12.816,98 euros.

Los precios base de licitación tendrán el carácter de máximos, debiendo los licitadores presentar oferta para cada uno de los tramos, al objeto de aplicar los criterios de adjudicación y su ponderación, sin que, en ningún caso, se admitan proposiciones que excedan dichos tramos.

El precio del contrato durante el ejercicio 2014 será aquel, ofertado por la empresa adjudicataria del contrato, correspondiente al tramo nº 1.

En los ejercicios sucesivos, a fecha 31 de diciembre se procederá al ajuste del precio del contrato mediante la comprobación de la cantidad total de toneladas de envases de papel y cartón que se haya recogido durante el año. Dicho ajuste, siempre que se haya superado el umbral de las 1005 toneladas anuales, consistirá en determinar como precio anual del contrato el importe correspondiente al tramo 2 ofertado por la empresa adjudicataria».

Los referidos precios base de licitación quedaron fijados en consonancia con la oferta realizada por la empresa M.C.C., S.A., que ascendía a 111.885,94 euros en el tramo 1 y 177.789 euros en el tramo 2.

#### Cláusula 8:

«El precio de la presente contratación podrá revisarse de acuerdo con el índice de precios al consumo registrado en la Comunidad Autónoma de Canarias, correspondiente al año inmediatamente anterior al que proceda la revisión, sin que, no obstante, la revisión pueda superar el 85 por 100 de variación experimentada por el índice adoptado (art. 90.3 TRLCSP).

La revisión de precios tendrá lugar, en su caso, cuando haya transcurrido un año desde su adjudicación, fecha que se tomará como referencia a fin de determinar el momento a partir del cual procede la revisión de precios y sus efectos, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 91.3 del TRLCSP.

El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo de oficio (art. 94 TRLCSP), mediante el abono o descuento correspondiente en los pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichos pagos parciales».

2. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede la interpretación de la cláusula 3.2 PCAP en los términos que en ella se contienen.

Así pues, si el contrato se adjudicó el 24 de marzo de 2014 y se firmó el 31 de marzo de 2014, iniciándose la recogida el 1 de abril de 2014, a tenor de la cláusula 3.2, procede verificar las cantidades recogidas hasta el 31 de diciembre de 2014 para saber qué tramo es el que debemos adoptar para el año 2015, que a su vez se revisará en diciembre de 2015.

Teniendo en cuenta esto, desde el 1 de abril de 2014 al 31 de diciembre de 2014 se recogieron 864,44 toneladas, por lo que nos hallamos en el tramo 1 (entre 500 y 1005 toneladas) y por ello no procede el ajuste del precio del contrato al tramo siguiente, tal como pretende con su interpretación el contratista, pues las toneladas recogidas se determinan a 31 de diciembre de 2014, no a 1 de abril de 2015.

Así resulta, tal y como se establece en el informe del Interventor accidental, de 7 de marzo de 2016, que el proceder de la Administración debe ser:

«- Desde la adjudicación hasta el 31 de diciembre de 2014: precio establecido para el 1º tramo (149.710,83 €).

- Desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2015: precio del tramo obtenido (a 31 de enero de 2014) según los envases recogidos en el ejercicio 2014.

- Desde el 1 de abril de 2105 hasta el 31 de diciembre de 2015: precio obtenido en el anterior apartado actualizado por el índice de precios al consumo de la Comunidad Autónoma Canaria durante el periodo 31 de marzo 2014 a 31 de marzo de 2015».

El contratista argumenta que no puede interpretarse la cláusula 3.2 PCAP sin tener en cuenta la cláusula 8, entendiéndose que el periodo de un año establecido en la cláusula 8 para la revisión de precios es el que debe entenderse aplicable a lo dispuesto en la cláusula 3.2. De no interpretarse así, habría que concluir que las cláusulas 3.2 y 8 se contradicen, debiendo, a su entender, primar el criterio de la cláusula 8.

Pues bien, confunde el contratista la revisión de precios con el ajuste del precio del contrato.

En tal sentido, el informe de 19 de febrero de 2016, del Jefe de Servicio de la Asesoría y Defensa Jurídica y, accidentalmente, Director de la Asesoría Jurídica, fija la interpretación que debe realizarse de la cláusula 3.2, en relación con la 8 PCAP, al señalar que ambas regulan supuestos diferentes. Así, viene a indicar lo siguiente:

«El contrato de gestión de servicios públicos es definido en el art. 8 TRLCSP en los siguientes términos: “aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendable”.

Dicho contrato tiene dos notas características, por un lado, la gestión del servicio “a su propio riesgo y ventura”, principio establecido para la modalidad concesional en el art. 277 TRLCSP, y, por otro, el derecho del adjudicatario de un contrato de gestión de servicio público al mantenimiento del “(...) equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato” (art. 282 TRLCSP), derecho que atempera la primera nota característica mencionada.

(...)

Además, rige en la institución concesional el principio de remuneración suficiente (art. 129.3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) debiéndose incorporar a los



correspondientes pliegos de cláusulas administrativas las previsiones suficientes para que desde el inicio de la concesión el concesionario perciba las cantidades precisas para conseguir los objetivos establecidos en el citado art. 128 y lograr un margen normal de beneficio».

Al cumplimiento de aquellas características responde la previsión recogida en la cláusula 3.2 PCAP, que establece un sistema diferenciado de retribución al contratista en función del volumen de toneladas de envases de papel y cartón recogidos (tramo 1: entre 500 y 1.005 toneladas/año; tramo 2 (de 1.006 a 1.500 toneladas/año), ajustándose en la cláusula 3.2 el precio a 31 de diciembre.

Sin embargo, en la cláusula 8 figura otra garantía del derecho del contratista, que es la revisión de precios (en este caso, establecida de acuerdo con el IPC-Canarias), revisión que solo precisa del transcurso de 1 año desde la adjudicación del contrato y que es aplicable al precio, tanto si es el del tramo 1 como el del tramo 2.

Ciertamente, lo que se regula en la cláusula 3.2 es el ajuste del precio del contrato, que toma como referencia las toneladas recogidas en el periodo establecido en la misma, fijándose la fecha de 31 de diciembre de cada año como aquella en la que se determinará lo recogido hasta la misma.

Por su parte, la cláusula 8 recoge la revisión de precios, que se hará, en todo caso, anualmente, contando el inicio desde la adjudicación del contrato, de conformidad al IPC, con independencia del precio del contrato una vez ajustado, si ello procede.

Como bien señala el contratista, con carácter general, el art. 90 TRLCSP prevé que la revisión de precios puede hacerse por referencia a un índice o por referencia a una fórmula, pretendiendo que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se ha hecho mediante la fórmula de toneladas recogidas en el año desde la adjudicación del contrato.

No es así. En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se ha adoptado el IPC-Canarias como criterio para la revisión de precios, lo que, lógicamente, se calculará por referencia al año natural desde la adjudicación del contrato como establece expresamente la cláusula 8 PCAP. La fórmula de la cláusula 3.2 rige el ajuste de la contraprestación, que por tener distinta consideración a la revisión de precios adopta distinto criterio. Y el criterio establecido en esta cláusula 3.2 PCAP forma parte del contrato, tal y como se dice expresamente en el antecedente II del mismo, por lo que dicho criterio ha de aplicarse porque el art. 281.2 TRLCSP obliga a ello.

A tal efecto, el 31 de diciembre de cada año se ajustará el precio del contrato según las toneladas recogidas en ese año, pero no en los doce meses anteriores, a diferencia de lo establecido en la cláusula 8 para la revisión de precios. Así, si hasta el 31 de diciembre de cada año se superan las 1.005 toneladas, el precio se ajusta al tramo 2, si no, permanece en el tramo 1.

No hay, pues, ninguna contradicción entre la cláusula 3.2 y la cláusula 8 PCAP, ni el criterio de una es aplicable a la otra, por regularse elementos distintos (contraprestaciones económicas y revisión de precios, respectivamente) en cada una.

El informe 35/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, alegado por la contratista en apoyo de su pretensión, es irrelevante en este caso porque se refiere al *dies a quo* para la revisión de precios de acuerdo con la antigua redacción contenida en el art. 77.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con aparentes contradicciones en dicho texto legal sobre el momento que ha de tenerse en cuenta para el inicio del cómputo de un año durante el cual no puede haber revisión de precios (fecha de adjudicación/fecha de inicio de ejecución del contrato, resuelto en favor de la fecha de adjudicación); es decir, a lo que dispone la cláusula 8 PCAP. Pero esta interpretación no está referida específicamente a las prestaciones económicas del art. 281 TRLCSP, que es de lo que trata la cláusula 3.2 PCAP.

Finalmente, la interpretación pretendida por la contratista no puede sostenerse porque supone un incumplimiento del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que constituye la ley del contrato, ya que supone dejar sin efecto lo establecido en la cláusula 3.2 PCAP. El contratista participó en la licitación sin impugnar los pliegos que la rigieron, de donde resulta su aceptación de los mismos, incluidas por tanto las cantidades fijadas como retribución en la cláusula 3.2 PCAP y la forma de procederse para aplicar el precio de cada tramo, así como la forma de revisión de precios contenida en la cláusula 8 PCAP. En este sentido, de forma reiterada la jurisprudencia ha considerado que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas, han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes han concurrido a la correspondiente licitación, asumiendo así que tales pliegos se convertirían en ley del contrato (SSTS de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990, 12 de mayo de 1992, 25 de mayo de 1999, 9 de febrero y 19 de marzo de 2001, 26 de junio de 2004, y 26 de diciembre de 2007, entre otras).

## **C O N C L U S I Ó N**

La interpretación contenida en la Propuesta de Resolución resulta conforme a Derecho.