



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 0 7 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de octubre de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de modificación del contrato administrativo de Limpieza Viaria, Recogida de Residuos Urbanos y otros afines en el término municipal de Adeje adjudicado a la UTE (...) (EXP. 476/2021 CA)\**.

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Adeje, mediante escrito con Registro de Entrada de 17 de septiembre de 2021, es la Propuesta de Resolución mediante la que se modifica el contrato de gestión de servicio público de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines en el municipio de Adeje, mediante prórroga del mismo por tres años más, con el fin de proceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

2. 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. 191.3.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

3. Habiéndose iniciado el expediente para la contratación del servicio de gestión de servicio público de limpieza viaria bajo la vigencia del RDLeg 2/2000, de 16 de

---

\* Ponente: Sra. de León Marrero.

junio resultará aplicable esta Ley (cláusula 3.<sup>a</sup> del pliego de cláusulas administrativas particulares y DT1.<sup>a</sup> LCSP).

4. En cuanto al procedimiento de modificación contractual propiamente dicho, es aplicable el art. 207 LCSP y en lo no previsto el art. 102, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Se establecen como trámites necesarios los siguientes:

- Propuesta de modificación con justificación y valoración.
- Audiencia del contratista.
- Fiscalización (informe del interventor): DA· 3.<sup>a</sup> apartados 3 LCSP de 2017.
- Anuncio de modificación en el perfil del contratante en el plazo de 5 días desde su aprobación, acompañada de las alegaciones del contratista y todos los informes aportados por el adjudicatario o el órgano de contratación.

- Informe del secretario de la Corporación DA· 3.<sup>a</sup> apartados 3 y 8 LCSP.

- Dictamen del Consejo Consultivo [art. 191.3 b) LCSP] cuando las modificaciones no estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía aislada o conjuntamente sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 euros.

5. El órgano competente para dictar resolución es el Pleno del Ayuntamiento (cláusula 4.<sup>a</sup> del pliego de cláusulas administrativas particulares y DA2.2 LCSP), por ser el órgano de contratación.

## II

1. Como antecedentes de interés podemos destacar:

1.1. El 28 de julio de 2005 se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas del servicio municipal de limpieza, que constan en el expediente.

1.2. El 17 de abril de 2006 se produjo la adjudicación definitiva del contrato.

1.3. El 23 de mayo de 2006 se formalizó el contrato que consta en el expediente, constituyéndose garantía definitiva por importe de 3.420.015,05 euros.

2. Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de modificación del contrato para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato son los siguientes:

2.1. El 1 de febrero de 2021 el contratista solicita la modificación del contrato para restablecer el equilibrio económico del contrato.

2.2. Se dicta providencia que ordena recabar informe de los Servicios Jurídicos y de la Intervención de Fondos del Ayuntamiento.

2.3. Se emite informe jurídico por el Jefe de Servicio de Contratación.

2.4. Se emite informe técnico por el servicio responsable sobre el desequilibrio económico del contrato de gestión del servicio público.

2.5. Solicitado Dictamen a este Consejo Consultivo, con fecha de 16 de marzo de 2021, el Pleno de este Organismo dejó la admisión de la solicitud de Dictamen sobre la Mesa, a efectos de que se clarificara el objeto y se determinara si era una modificación de contrato.

2.6. El 2 de agosto de 2021 tiene entrada en este Consejo Consultivo nueva solicitud de Dictamen remitiendo nueva Propuesta de Resolución aclaratoria de que se trata de un modificación del contrato administrativo de Gestión del Servicio Público de Limpieza Viaria, Recogida de Residuos y otros afines, mediante la prórroga del mismo por tres años más, como consecuencia de un riesgo imprevisible que produce un desequilibrio económico del contrato.

2.7. Con fecha 9 de septiembre de 2021, se emite por este Consejo Consultivo, DCC 416/2021 (exp. 150/2021CA), que concluye en que *«la Propuesta de Resolución por la que se modifica el contrato administrativo de gestión del servicio público de limpieza viaria no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el expediente para la emisión de los informes preceptivos de Secretaría e Intervención de los que se dará audiencia al contratista y se emitirá nueva propuesta de resolución con posterior traslado al Consejo para su preceptivo dictamen»*.

Se observa que no se ha otorgado nuevo trámite de audiencia al contratista ni se ha formulado nueva Propuesta de Resolución, si bien los informes de Secretaría e Intervención que ahora constan en el expediente remitido, no introducen ninguna novedad sustancial. Ello unido a que este expediente de modificación del contrato se inicia a instancia del contratista, permite considerar que no se ha causado indefensión que impida entrar en el fondo del asunto.

### III

1. La Propuesta de Acuerdo modifica el contrato de gestión de servicio público de limpieza viaria, recogida de residuos urbanos y otros afines en el municipio de Adeje, adjudicado a la UTE (...), mediante acuerdo plenario del Ayuntamiento de Adeje, adoptado en sesión plenaria de 17 de abril de 2006, y en consecuencia, se aprueba la prórroga del mismo por tres años más, a contar desde la fecha prevista de finalización, sin perjuicio de la eventual prórroga de seis meses prevista en el contrato.

El fundamento legal de esta modificación es, según la Propuesta de Resolución, el art. 205.2.b) LCSP.

Desde el punto de vista sustantivo, y en base a la DT1.<sup>a</sup> de la referida LCSP, la DT1.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público y la DT1.2 del RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la legislación aplicable a este contrato sería el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como las cláusulas del contrato y los pliegos de condiciones aprobados para su adjudicación.

Desde el punto de vista procedimental resulta aplicable la LCSP, en virtud de lo dispuesto en el art. 207 de dicho cuerpo legal.

2. El contrato que se somete a dictamen, suscrito entre el contratista y el Ayuntamiento de Adeje de 23 de mayo de 2006, contempla una duración máxima de 16 años, sin perjuicio de una posible prórroga de seis meses, a contar desde el acta de inicio del contrato que tuvo lugar el 30 de junio de 2006.

Como consecuencia de la declaración del estado de alarma por RD 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, se produjo el cierre o suspensión de numerosas actividades públicas y privadas en el municipio de Adeje, lo que originó una bajada sustancial de residuos y la consiguiente facturación de la empresa contratista del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos del municipio, pues hay algunos servicios que se pagan por un precio fijo, pero otros muchos se abonan por toneladas de residuos recogidas.

A la vista de lo anterior, la empresa contratista solicitó, el 1 de febrero de 2021 que se le compensara el desequilibrio económico del contrato, al considerar que se trata de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

Dicha compensación del desequilibrio económico del contrato se planteó por la vía de ampliar el plazo de ejecución del contrato durante tres años, de acuerdo con los cálculos realizados en el informe técnico que obra en el expediente administrativo.

3. La posibilidad de ampliar la duración del contrato como medio para restablecer el equilibrio económico del contrato no estaba contemplada en el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Pero aunque el art. 98 de la referida Ley recogía el principio de riesgo y ventura del contratista, la doctrina y la jurisprudencia, ante el silencio de la Ley, han venido reconociendo, en base a la doctrina del riesgo imprevisible, la posibilidad de ampliar la duración del contrato como medio para restablecer el equilibrio económico del contrato.

La teoría del riesgo imprevisible se justifica a través de los más variados fundamentos, desde el subjetivo de la cláusula *rebus sic stantibus*, hasta los objetivos de la equivalencia de las prestaciones o de la doctrina ética del Derecho: lo esencial en esta teoría es la imprevisibilidad de los acontecimientos y circunstancias que determina la necesidad de revisar el contrato.

Se puede definir esta teoría como aquella que tiende a permitir que pueda ser pedida la revisión o la resolución de un contrato cuando acontecimientos posteriores que escapen a toda previsión en el momento de la conclusión del contrato hagan su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguno de los contratantes.

Así, la doctrina (Roca y Puig Brutau) señala como condiciones para la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible las siguientes:

- La imprevisibilidad, que implica una cuestión de hecho dependiente de las condiciones que concurran en cada caso.
- Que se produzca una dificultad extraordinaria, una agravación de las condiciones de la prestación, de manera que resulte mucho más onerosa para el deudor.

- Que el riesgo no haya sido el motivo determinante del contrato, como sucedería en el caso del contrato aleatorio.

- Que no exista acción dolosa en ninguna de las partes.

- Que el contrato sea de tracto sucesivo o esté referido a un momento futuro, de modo que tenga cierta duración, pues para los contratos de ejecución instantánea o aquellos que han sido ya ejecutados no existe problema.

- Que la alteración de las circunstancias sea posterior a la celebración del contrato y presente carácter de cierta permanencia.

- Que exista petición de parte interesada.

4. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el Consejo de Estado se han referido a esta cuestión. Así, el Consejo de Estado en su Dictamen de 4 de febrero de 1999 (exp. 4709/98) señala:

*«El fondo de la cuestión planteada versa sobre una ampliación del contrato de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Alcalá de Henares. Se aprecia con suficiencia tanto el extremo de que existen nuevas necesidades municipales (con la ampliación de barrios que recibirían el servicio con ocasión del aumento del número de vecinos) como el hecho de que se han añadido nuevos requerimientos técnicos para la prestación de la actividad por parte de la Comunidad Autónoma y a la vista de la nueva regulación sectorial de la recogida selectiva de residuos. La modificación pretendida consiste básicamente en alterar el plazo del contrato, prorrogándolo hasta el año 2009, en lugar de mantenerlo hasta el 2001 como se convino inicialmente. La alteración del precio sobre un contrato de más de 1.000 millones de pesetas es también superior al 20 % del total del contrato.*

*Nada tiene que objetar el Consejo de Estado a la conveniencia de la actuación (prevista en el Pliego de Condiciones Técnicas del Contrato inicial), toda vez que ninguna nota desfavorable se menciona en el expediente respecto al grado de cumplimiento del contrato anterior (pareciendo que el Ayuntamiento está razonablemente satisfecho con el contratista a la luz de su pretensión de modificar el contrato a la vista de los nuevos requerimientos), y existen nuevas causas que aconsejan proceder a tal alteración por razón de interés público, debidamente justificadas conforme exige el artículo 102 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo».*

Por su parte, la STS de 29 de abril de 2002 dispone:

*«y procede rechazar tales alegaciones, pues además de que el recurrente parte, como no podía menos, de reconocer la potestad del ius variandi que corresponde al ayuntamiento, artículo 60 de L.C.A.P. y artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, es lo cierto, que incluso en algunos casos el mismo acepta las razones de la*

*modificación, y en otros, se limita en buena medida a cuestionar el acierto de la decisión adoptada, pero es que además, las razones que aduce, han resultado desvirtuadas, por las alegaciones del ayuntamiento, en su escrito de contestación a la demanda, en el que no solo expone las razones de interés público que justifican la reforma, sino que además, se refiere en concreto a cada una de las alegaciones de la parte recurrente, alegando, como cuestión genérica, que el recurrente hace sus valoraciones en base a una primitiva propuesta que fue modificada por el acuerdo que se impugna.*

*En efecto, además de que, la propia realidad, del cambio en la normativa, ya se puede entender que justificaba la modificación del contrato, al menos de forma genérica, para dar cumplimiento a las nuevas exigencias de esa normativa, como refieren las partes recurridas, así la Ley 10/97 de 22 de agosto sobre Residuos Sólidos Urbanos de Galicia, y la Ley 7/97 de 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica, de Galicia, no conviene olvidar, que en el expediente, folios 68, y 115 a 122 se exponen los objetivos de la propuesta, ampliar el alcance de los servicios actuales, dar soluciones a problemas concretos, mecanizar los servicios, modernizar y razones económico financieras, y ellas por sí solas justifican la modificación del contrato en vigor, sin que se advierta la necesidad de celebrar otro nuevo contrato, como para algunos supuestos refiere la parte recurrida, ya que, aparte de que en los años 1992, 1993 y 1994 se habían producido ampliaciones de la concesión primitiva, aprobada en 1990, cuando menos en principio, parece más conveniente, que sea la propia empresa que lo venía prestando, la que haga frente a las reformas que en el servicio, que ya prestaba, se han ido produciendo, las que se han hecho necesarias por las reformas legales y las que sean concordantes con ellas y hayan surgido a lo largo del tiempo de vigencia del contrato, sin olvidar que las razones de oportunidad corresponde valorarlas al Ayuntamiento, teniendo en cuenta además que la concesión, según doctrina de esta Sala, sentencia de 2 de diciembre de 1988, está dominada por un criterio fundamental, mantener la continuidad de la prestación del servicio. (...)*

*Por todo lo que esta Sala estima que aparecen suficientes razones de interés público, para que el Ayuntamiento pudiera acordar la modificación del contrato, sin que se aprecie la desviación de poder que el recurrente alega, pues aparte de que no se concretan, como es exigido, los datos que la evidencien, no hay que olvidar que el Ayuntamiento ha utilizado sus potestades para cumplir el fin a que estaban destinadas, mejora y perfeccionamiento del servicio para adaptarlo a las nuevas necesidades y exigencias legales, y el que el contratista, pueda obtener beneficios no es causa que por sí sola acredite la desviación de poder, pues en el contrato de concesión de servicios públicos, esta cuando menos implícito el beneficio del empresario o contratista, entre otros, artículo 156 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y en el caso de autos no que hay olvidar la importante inversión que al contratista se le exige en esa modificación del contrato, y que en caso de inversión, el*

*contratista, además de amortizar la inversión durante el plazo del contrato, ha de cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial (...) ».*

5. En este caso concreto, se plantea la posibilidad de la prórroga sobre la base del art. 205.2.b) LCSP, cuyas circunstancias se cumplen en el presente expediente, esto es:

*«b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:*

*1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*

*2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*

*3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido».*

Por su parte, el art. 163 del RDLeg 2/2000, régimen sustantivo que, como hemos dicho, es aplicable a este contrato por la fecha de su inicio, señalaba:

*«1. La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*

*2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.*

*3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos».*

Sobre la modificación del contrato se pronuncia también la cláusula 29 del PCAP, en la que, al igual que en la legislación sustantiva, no se hace referencia expresa a la ampliación del plazo de duración del contrato como medio para restablecer el equilibrio económico del contrato.

6. No obstante, esta imprevisión de la Ley sustantiva aplicable al contrato y del PCAP, sobre el régimen de modificación del contrato mediante la ampliación de su duración inicial como medio para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (silencio que se suplió por la Jurisprudencia como señalamos anteriormente), se ha visto afectada, como consecuencia de las circunstancias derivadas del COVID 19, por normas estatales



específicas relativas a esta cuestión concreta, contenidas en el RDL 8/2020, 17 de marzo, posteriormente modificado por RDL 17/2020, de 5 de mayo. En ambos Reales Decretos, se permite la modificación del contrato y se señala como límite en el caso de que se opte por la ampliación de la duración inicial: *la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100.*

En este caso, se constata que nos encontramos ante una imposibilidad parcial de ejecutar el contrato por el cierre o suspensión de numerosas actividades públicas o privadas en el municipio de Adeje, que no generan residuos durante un lapso de tiempo determinado, lo que produce un desequilibrio económico del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos del municipio, en los términos en que fue contemplado.

Ahora bien, si el contrato objeto de dictamen, tiene una duración de 16 años (más una prórroga de 6 meses), la ampliación temporal del 15% (incluyendo la prórroga) supondría un aumento de 2 años, 5 meses y 23 días. En el caso sometido a nuestro análisis jurídico, la ampliación del plazo por tres años excede del 15% de la duración, al representar un 18,07% de la duración inicial del contrato.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se modifica el contrato administrativo de gestión del servicio público de limpieza viaria mediante la ampliación de la duración inicial del contrato por tres años más, no es conforme a Derecho, en los términos en que han quedado expuestos.