

Dictamen nº: **310/19**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **25.07.19**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 25 de julio de 2019, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, cursada a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre modificación del contrato de gestión de servicio público denominado “*Tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid, formulada por el coordinador general de la Alcaldía de Madrid a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno relativa al expediente de modificación del contrato denominado “*Gestión del Servicio de Tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid*” (Expediente 131/1997/03755).

A dicho expediente se le asignó el número 300/19, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Sección de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 25 de julio de 2019.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- El 26 de julio de 1996, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid aprobó los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares que habrían de regir en el contrato de gestión del servicio de tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid (en adelante, el contrato).

Previa licitación, el contrato se adjudicó el 29 de julio de 1997 a la U.T.E. formada por las empresas VERTEDERO DE RESIDUOS, S.A. (VERTRESA), RWE ENTSORGUNG AKTIENGESELLSCHAFT y R.F. PROCESA, S.A.

El contrato se formalizó el 4 de diciembre de 1997, con un plazo de duración de 25 años, figurando en su cláusula cuarta los cánones que serían abonados en la forma y plazos establecidos en los pliegos.

2.- El 26 de julio de 2001, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid aprobó la primera modificación del contrato, como consecuencia del

tratamiento de la bolsa de envases en la planta de tratamiento de “Las Dehesas”, estableciéndose un canon de 12.111,35 ptas/T tratada, IVA incluido.

El precio total de esta modificación fue de 56.333.434,85 €, lo que supuso un incremento sobre el precio primitivo del contrato del 16,13%

3.- El 19 de enero de 2009 se formaliza la segunda modificación del contrato con un doble objeto: por una parte, la necesidad de establecer unas condiciones de recuperación de envases y papel cartón por encima de las establecidas en el contrato original, y por otra, la necesidad de hacer frente a nuevos gastos surgidos como consecuencia de la implementación en Valdemingómez del Sistema de Adquisición y Explotación de Datos (SAED). La modificación no implica incremento en el plazo de ejecución. El precio de la modificación asciende a 13.419.830,08 €, lo que suponía un incremento sobre el precio primitivo del contrato del 3,84%.

4.- El 21 de octubre de 2014 el Ayuntamiento de Madrid y la entidad Ecoembalajes España S.A (ECOEMBES) suscriben un acuerdo de colaboración para el fomento de la eficiencia en materia de reciclaje de residuos de envases ligeros y de papel cartón.

5.- Mediante Decreto de 15 de diciembre de 2016 de la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, se aprueba la tercera modificación del contrato.

La modificación se formaliza el 5 de enero de 2017 y su objeto consiste en realizar la reforma y modificación en dos de las líneas de trabajo de la planta de la Dehesas, para automatizar la recuperación de algunos materiales, en los términos establecidos en la memoria técnico económica de la modificación y sus anexos, para establecer unas condiciones de recuperación de plásticos, envases complejos y metales,

por encima de las previstas en el contrato inicial entre el Ayuntamiento de Madrid y la UTE Las Dehesas.

La modificación incrementó el precio del contrato por el coste de la automatización de las dos líneas de tratamiento de envases, y por la incidencia de la aplicación del nuevo canon variable de explotación de envases.

El importe total de la modificación del contrato ascendió a 10.574.094,55 euros, sin IVA y supuso un incremento del 3,24% respecto al precio primitivo del contrato.

6.- El 16 de abril de 2018, la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, mediante Decreto ordena el inicio y la tramitación del expediente para la modificación del contrato *“Gestión del servicio público de tratamiento de residuos sólidos urbanos en la planta Las Dehesas”* (folio 3 del expediente administrativo).

La subdirectora general de Colaboración Público Privada, el 13 de junio de 2018, a la vista de diversa documentación (memoria propuesta técnica económica de la modificación del contrato y anexos, memoria presupuestaria de la modificación y borrador de decreto de aprobación del modificado 4º, que no forman parte del expediente remitido) emite informe sobre la cuarta modificación del contrato. Según el informe, *“en el último informe emitido por esta Oficina el 9 de septiembre de 2016 con motivo del modificado nº 3 se observaba que a la vista de que no se ejecutaron determinadas inversiones previstas en la oferta y otras se trasladaron en el tiempo se debía proceder, una vez aprobado el modificado nº 3 a iniciar un expediente de reequilibrio”*

La modificación, según el citado informe tiene por objeto:

“• Mejorar la eficacia en la recuperación de materiales de la fracción resto.

- *Desgasificación en continuo de las celdas durante el proceso de llenado.*
- *Control e inspección mediante personal preventivo de la gestión de residuos en el vertedero.*
- *Establecimiento de las condiciones para la destrucción de efectos en vertedero.*

Esta reforma implica:

- *Inversión para la automatización de los sistemas de recuperación de film, la instalación de equipos abre bolsas y nueva tolva para la recuperación de RAEE (Recuperación de Residuos Eléctricos y Electrónicos) para la líneas que tratan fracción resto que deberá realizar el concesionario en el plazo de 9 meses desde la formalización del modificado, prevista para el 1 de septiembre de 2018.*
- *Incremento de los recursos humanos de triaje que se dedican a la recuperación de la fracción resto.*
- *Modificación del canon de explotación de restos estableciéndose un canon fijo y un canon variable.*
- *Modificación del canon de explotación de vertedero.*
- *Establecimiento de un nuevo canon para el control e inspección de la gestión en vertedero.*
- *Establecimiento de un nuevo canon para la destrucción de efectos en el vertedero”.*

El 15 de junio de 2018 se otorgó trámite de audiencia a la UTE contratista que previa ampliación del plazo formuló alegaciones que fueron informadas el 4 de julio de 2018 por el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez (folios 52 a 56).

El 27 de julio de 2018 informó la Asesoría Jurídica y se solicitó informe a la Intervención Delegada de Junta de Gobierno cuyo informe no consta en el expediente examinado.

7.- El 30 de agosto de 2018, la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad mediante Decreto acuerda la caducidad del procedimiento de modificación del contrato iniciado el 16 de abril de 2018, el reinicio del procedimiento de modificación del contrato y la conservación de los siguientes trámites y actos del procedimiento caducado: el informe de la Oficina de Colaboración Público Privada, el trámite de audiencia concedido al contratista el 15 de junio de 2018 y el informe de la Asesoría Jurídica (folios 82 y 83).

El Decreto se notifica a la UTE contratista, que compareció para tomar vista y obtener copia del expediente según consta en acta de comparecencia de 25 de septiembre de 2018 (folios 84 a 101).

Con posterioridad se incorporó al procedimiento un informe de carácter presupuestario de 24 de septiembre de 2018 del Director General de Hacienda, un informe de 17 de octubre de 2018 de la subdirectora general de la Intervención Delegada en la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, un bastanteo de poder realizado por un letrado del Ayuntamiento de Madrid el 25 de enero de 2018 a favor de un representante de la UTE Las Dehesas, un informe de 21 de noviembre de 2018 del director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez y una memoria presupuestaria de la cuarta modificación del contrato de 21 de noviembre de 2018 del director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez (folios 102 a 126).

Previa suspensión temporal del procedimiento, el 10 de diciembre de 2018 emitió informe la Intervención Delegada de la Junta de Gobierno (folio 152 a 155).

8.- El 13 de diciembre de 2018, mediante Decreto, la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, dispone:

“PRIMERO.- Acordar la caducidad del procedimiento de modificación del contrato denominado GESTION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS SOLIDOS URBANOS EN LA PLANTA LAS DEHESAS, iniciado mediante Decreto de 16 de abril de 2018 de la Delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad.

SEGUNDO.- Acordar el inicio del procedimiento de modificación del contrato denominado GESTIÓN DEL SERVICIO PUBLICO DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS SOLIDOS URBANOS EN LA PLANTA LAS DEHESAS consistente en las siguientes actuaciones:

- 1. Mejorar la eficacia en la recuperación de materiales de la fracción resto.*
- 2. Realizar cambios operativos en el vertedero para la desgasificación en continuo de las celdas durante el proceso de llenado.*
- 3. Controlar e inspeccionar la gestión que se lleva a cabo en el vertedero.*
- 4. Establecer las condiciones para la destrucción de efectos en el vertedero.*

TERCERO.- Acordar la conservación de los siguientes trámites realizados en el anterior procedimiento:

- *Informe de la Oficina de Colaboración Público Privada.*
- *Trámite de audiencia concedido al contratista con fecha 15 de junio de 2018.*
- *Informe de la Asesoría Jurídica.*
- *Informe de la Dirección General de Presupuestos.*
- *Informe de la Intervención Delegada en Junta de Gobierno”.*

El decreto se comunicó a la UTE contratista que “*dada la complejidad técnica del expediente*” solicitó la suspensión y ampliación del plazo para formular alegaciones, que fueron presentadas el 2 de enero de 2019.

El 17 de enero de 2019 emitió informe el Director General del Parque Tecnológico de Valdemingómez.

El 23 de enero de 2019 se acordó la suspensión temporal del procedimiento en solicitud del dictamen preceptivo de este órgano consultivo.

En el Dictamen 95/19, de 14 de marzo, esta Comisión Jurídica Asesora concluyó que procedía retrotraer el procedimiento para la emisión de los informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, con audiencia al interesado.

El 21 de marzo de 2019 se suspendió nuevamente el procedimiento en solicitud de los informes del Servicio Jurídico y de la Intervención Delegada, lo que se comunicó a la UTE contratista.

El 4 de abril de 2019 emitió informe la Asesoría Jurídica.

Figura en el folio 305 que la UTE contratista previa comparecencia el 30 de abril en dependencias municipales para tomar vista y obtener copia del expediente, presentó un escrito el 7 de mayo de 2019 para expresar su conformidad a la modificación proyectada en los siguientes términos: *“tras la solicitud de vista del expediente administrativo realizada en fecha 29 de abril nos ha sido entregado el citado expediente, en virtud de cuyo contenido, mostramos nuestra conformidad a los términos generales propuestos tanto en el trámite de audiencia, como en la memoria técnico económica”*.

Consta en los folios 306 a 309 un informe presupuestario de 29 de abril de 2019.

La Intervención Delegada de la Junta de Gobierno, previa devolución del expediente con requerimiento de documentación, emitió informe el 24 de mayo de 2019 (folios 332 a 335).

El 29 de mayo de 2019 se comunica y adjunta a la UTE contratista el citado informe de la Intervención Delegada.

El 10 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo la solicitud de dictamen preceptivo relativa al expediente de modificación del contrato citado en el encabezamiento.

Con posterioridad, el 26 de junio de 2019 se ha comunicado a este órgano consultivo el acuerdo de 4 de junio de 2019 en el que se acordó la suspensión del procedimiento de modificación del contrato por el tiempo que mediara entre la solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora y su emisión. Consta la notificación del referido acuerdo a la UTE contratista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

La solicitud de dictamen de la alcaldesa de Madrid se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- El contrato cuya modificación estamos analizando se adjudicó el 29 de julio de 1997 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera 2. 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 (en adelante, LCSP/17): “*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”, resulta de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las

Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), al ser la normativa vigente en dicho momento.

Tal como se advirtió por esta Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 95/19, de 14 de marzo, si bien la normativa aplicable debe ser la vigente cuando se celebró el contrato, en modo alguno puede obviarse que el régimen actualmente vigente sobre las modificaciones contractuales es más restrictivo, por exigencias del derecho comunitario, y que, aunque no es directamente aplicable, debe servir también como parámetro interpretativo de referencia.

En materia de procedimiento, la modificación del contrato ha de registrarse por lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, y puesto que el procedimiento de modificación del contrato que nos ocupa se inició el 13 de diciembre de 2018, la modificación exige atenderse a lo previsto en el artículo 190 de la LCSP/17, a cuyo tenor: *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de (...), modificarlos por razones de interés público (...).*

Por su parte, el artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista y en su apartado tercero dispone que sea preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando la modificación del contrato no estuviera prevista 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 de euros.

En nuestro caso, tras la retroacción del procedimiento se ha dado audiencia a la UTE contratista, sus alegaciones han sido estimadas y ha manifestado por escrito, su *“conformidad a los términos generales*

propuestos tanto en el trámite de audiencia, como en la memoria técnico económica”.

Por otro lado, resulta preceptiva la consulta a este órgano consultivo puesto que según el expediente examinado, la modificación proyectada supone un incremento del precio del contrato de 4,86%, que sumado al porcentaje de las tres modificaciones ya operadas en el contrato original, alcanza un porcentaje de variación del 28,59% y un precio de 16.989.167,63 euros, IVA incluido.

Con carácter subsidiario, se aplicarán los preceptos de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Además, ante la falta de un desarrollo reglamentario en materia de contratación del sector público, debe considerarse aplicable el Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP) que en su artículo 102 dispone: *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”.*

Así, consta en el expediente, una propuesta de decreto de aprobación de la cuarta modificación del contrato, el 4 de abril de 2019 ha emitido informe la Asesoría Jurídica y se ha incorporado al expediente el informe de 24 de mayo de 2019 de la Intervención Delegada en la Junta de Gobierno.

Figura en el folio 336 que dichos informes han sido comunicados a la UTE contratista, con posterioridad al trámite de audiencia.

Según el artículo 82 de la LPAC, solo se admite como informes posteriores al trámite de audiencia el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas. En este caso, los informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, no introducen ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la UTE contratista, por lo que debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (así, los dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros), y reiterada por esta Comisión en varios dictámenes, así, el Dictamen 516/16 de 17 de noviembre o el Dictamen 307/18, de 5 de julio, entre otros.

Para concluir con el examen del procedimiento, hemos de referirnos al plazo para resolver el expediente de modificación del contrato.

Tal y como se puso de manifiesto en el Dictamen 95/19 de 14 de marzo, en relación con el plazo para resolver, ni la LCSP/17 ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que siguiendo doctrina jurisprudencial, habrá que acudir a la normativa contenida en la LPAC, de forma que si el procedimiento no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

En este procedimiento, su inicio tuvo lugar el 13 de diciembre de 2018 y se hizo uso de la facultad de suspensión del plazo de resolución, prevista en el artículo 22.1.d) de la LPAC, en solicitud del Dictamen 95/19, de 14 de marzo, de esta Comisión Jurídica Asesora. Con posterioridad, se acordó la suspensión, el 21 de marzo de 2019 al

solicitar el informe del Servicio Jurídico, que fue emitido el 4 de abril de 2019, y con idéntica fecha, para recabar el informe de la Intervención Delegada de la Junta de Gobierno, que tras varias devoluciones del expediente requiriendo la incorporación de determinada documentación, emitió informe el 24 de mayo de 2019. El procedimiento fue nuevamente suspendido el 4 de junio de 2019 en solicitud del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora y consta en el expediente examinado la comunicación a la UTE contratista de las suspensiones acordadas.

Así pues, iniciado el procedimiento el 13 de diciembre de 2018 el expediente de modificación contractual no ha caducado.

En cuanto a la competencia, ya mencionamos en el anterior Dictamen que para aprobar la modificación, al tratarse de la modificación de un contrato cuya celebración autorizó el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1.e) y g) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid corresponde a la Junta de Gobierno su aprobación sin perjuicio de la delegación de competencias en los órganos superiores y directivos de las Áreas de Gobierno.

TERCERA.- Conforme a lo establecido en el artículo 4 de la LCAP *“La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”*. Ejemplo de estas es la potestad de modificar los elementos integrantes del contrato administrativo una vez perfeccionado, a la que se refieren los artículos 102 y 164 de la LCSP, este último relativo al contrato de gestión de servicios públicos.

La posibilidad de modificación de los contratos, por parte del órgano de contratación, es una prerrogativa de la Administración que supone una excepción al principio de invariabilidad que preside, como norma general, las relaciones contractuales, y en atención a ello dicha potestad se encuentra reglada en su ejercicio, debiendo someterse de forma estricta a las exigencias del interés público y a los precisos límites que, para la protección de este interés, impone la legislación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984, señaló: “...*el derecho de modificación con que cuenta la Administración, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada...*”.

El ya indicado artículo 102.1 de la LCAP establece que “*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente*”.

De ahí que, tal como indicara el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 114/2009 y 226/10, entre otros, y esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 397/16 de 8 de septiembre, «*el “ius variandi” está sujeto no sólo a unos requisitos de procedimiento, sino, además, a unas condiciones debidamente justificadas, que se concretan en:*

- a) *Que la modificación se ejercite y responda a razones de interés público.*
- b) *Que se acuerde la modificación como consecuencia de necesidades nuevas o causas imprevistas en el momento de celebrar el contrato.*

Además, tal y como se indicó por esta Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 543/16, de 1 de diciembre con ocasión de la tercera

modificación del contrato que nos ocupa, la facultad de modificación de los contratos ha sido objeto de una especial atención en el derecho europeo de contratos, sobre todo desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 Succhi di Frutta (C-496/99).

Al respecto, la jurisprudencia europea considera que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, obstaculizando el desarrollo de una competencia sana y efectiva. En este sentido la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (T- 235/11).

Debemos recordar que el contrato cuya modificación se pretende está calificado por la Administración como de gestión de servicios públicos por lo que, al tratarse de un contrato no contemplado en las Directivas comunitarias de contratos, y con plazos de duración muy prolongados, se permite una mayor amplitud en el ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración contratante.

Por otra parte, tal como indicara el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 194/10 de 21 de julio *“también ha de tenerse en cuenta la evidente dificultad que, en numerosas ocasiones, supone delimitar lo que en realidad queda dentro del concepto legal de lo “imprevisto” o de la “novedad” a la hora de valorar la justificación de la necesidad de la variación en el contrato. Esta dificultad es especialmente patente cuando el Órgano Consultivo ha de dictaminar, porque su criterio tiene que basarse en el de los facultativos que han informado en el procedimiento de modificación, y estos informes, de naturaleza eminentemente técnica, han de ser interpretados en clave jurídica, lo que implica el análisis y valoración de sus contenidos técnicos y de su transcendencia jurídica”*.

Por su parte, el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen 335/2003, de 11 de diciembre, ha expresado que, tanto la concurrencia

de necesidades nuevas o causas imprevistas como el interés público deben estar debidamente justificado en el expediente.

En el caso que nos ocupa, lo primero que debemos advertir es que se trata de la cuarta modificación del contrato y la segunda vez que este órgano consultivo se encarga de analizar la adecuación a Derecho de la modificación del contrato en cuestión.

La modificación proyectada tiene por objeto, según recoge la memoria técnico-económica del director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez de 29 de enero de 2019 y la propuesta por la que se aprueba la cuarta modificación del contrato de Gestión del Servicio de Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos producidos en el término municipal de Madrid, las siguientes actuaciones:

“1- Mejora de la eficacia en la recuperación de materiales de la fracción resto.

2- Cambios operativos en el vertedero para la desgasificación en continuo de las celdas durante el proceso de llenado.

3- Control e inspección de la gestión en el vertedero.

4- Establecimiento de las condiciones para la destrucción de efectos en vertedero”.

En el presente caso, no puede considerarse que la Administración proponente haya cumplido de manera satisfactoria con la obligación que le incumbe de justificar los presupuestos que delimitan el ejercicio del *ius variandi*. Así, por ejemplo, se observa una invocación genérica a “la nueva normativa en materia de residuos”, cuando dicho carácter novedoso resulta difícilmente defendible si atendemos a la normativa que se cita constituida por la Directiva europea en materia de residuos, aprobada en el año 2008 (Directiva 2008/98/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos) y su transposición mediante Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados o la Directiva 199/31/CE relativa al vertido de residuos y la trasposición de la misma nuestro ordenamiento por Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero.

La falta de justificación se hace especialmente patente cuando la memoria trata de motivar las necesidades nuevas o causas imprevistas que fundamentan los *“cambios operativos en el vertedero para la desgasificación en continuo de las celdas durante el proceso de llenado”*, *“control e inspección de la gestión en el vertedero”* y el *“establecimiento de las condiciones para la destrucción de efectos en vertedero”*, aspectos sustanciales de la modificación y a los que la memoria dedica unas breves líneas, de las que resulta difícil deducir la concurrencia de los condicionantes que justifican la potestad de modificación del contrato por la Administración.

Así por ejemplo, si bien resulta indudable que la actuación proyectada y dirigida a *“la minimización de olores y emisiones de gases invernadero”* responde a razones de interés público, sin embargo en modo alguno se mencionan las necesidades nuevas o causas imprevistas que se tratan de satisfacer con esa actuación, de modo que este órgano consultivo no puede valorar la concurrencia de los condicionantes que pueden justificar la modificación.

De igual modo, en el apartado relativo a *“control e inspección de la gestión en vertedero”*, se alude de una manera genérica como justificación a las *“nuevas actividades de control e inspección en vertedero promovidas por la Dirección General”* sin mayor explicación de la que pueda deducirse *“lo imprevisto”* o *“la novedad”* que pueda justificar la actuación que se pretende introducir en el contrato por vía de su modificación, máxime cuando además se invoca la legislación en

materia de prevención de riesgos laborales que por sus fechas (la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ya estaba vigente cuando se adjudicó el contrato) puede hacer pensar en una imprevisión del proyecto si no se cuenta con una adecuada justificación.

Asimismo la motivación de la actuación relativa al “*establecimiento de las condiciones para la destrucción de efectos en vertedero*” es tan escueta (la memoria le dedica apenas cuatro líneas) que no solo impide conocer en que consiste la actuación sino que tampoco se conocen las razones de interés público que justifican la medida ni las necesidades nuevas o circunstancias imprevistas pues ni siquiera se mencionan.

En definitiva, esta Comisión Jurídica Asesora entiende, que ante la falta de justificación adecuada de las necesidades nuevas o circunstancias imprevistas que por razones de interés público sustenten la modificación del contrato, no puede informarse favorablemente la modificación propuesta.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede informar desfavorablemente la cuarta modificación del contrato “*Tratamiento de residuos sólidos urbanos producidos en el término municipal de Madrid*” por no haberse justificado adecuadamente las necesidades nuevas o circunstancias imprevistas que justifiquen la modificación del contrato, sin perjuicio de que si se realiza una justificación adecuada pueda aprobarse la modificación previa remisión

del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 25 de julio de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 310/19

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid