

Dictamen n.º: **35/24**
Consulta: **Consejero de Medio Ambiente, Agricultura e Interior**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **01.02.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 1 de febrero de 2024, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre modificación n.º 2 del contrato “*Servicio de gestión indirecta para la gestión de lodos de la EDAR del Ayuntamiento de Madrid y la explotación de la planta de secado térmico con cogeneración de Sur*” adjudicado por el Canal de Isabel II, S.A. M.P a la UTE Técnicas de Desalinización de Aguas, S.A. (TEDAGUA) y MONCOBRA, S.A. (expediente 120/21).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de diciembre de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, sobre el expediente de modificación n.º 2 del contrato “*Servicio de gestión indirecta para la gestión de lodos de la EDAR del Ayuntamiento de Madrid y la explotación de la planta de secado térmico con cogeneración de Sur*” (en adelante, el contrato), suscrito por el Canal

de Isabel II, S.A. M.P y la UTE, Técnicas de Desalinización de Aguas, S.A.(TEDAGUA) y Moncobra, S.A. (en adelante, la contratista).

A dicho expediente se le asignó el número 703/23, 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).

Al observar que el expediente se encontraba incompleto, al amparo de lo establecido en el artículo 19.2 del ROFCJA se solicitó diversa documentación. La documentación solicitada tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el mismo día de su solicitud, 15 de enero de 2024, reanudándose el plazo para la emisión del dictamen.

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 el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 1 de febrero de 2024

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

1.- El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato recoge en la cláusula segunda el objeto del mismo que descrito en el apartado 1 del anexo I, comprende:

“la gestión de los lodos generados en las depuradoras del Ayuntamiento de Madrid y la explotación y mantenimiento de la Planta de Secado Térmico de lodos con cogeneración de Sur.

Las características de la instalación se incluyen en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas de este procedimiento.

En la ejecución de las prestaciones objeto del contrato se tienen en cuenta las consideraciones sociales, ambientales y de innovación que se indican en el PPT.

Las prestaciones objeto del contrato sirven al desempeño por parte de Canal de Isabel II, S.A. de la actividad relacionada con el agua referida en el artículo 8 del RD-LCSE toda vez que las prestaciones objeto del contrato consisten en la gestión de los lodos generados en las depuradoras del Ayuntamiento de Madrid y la explotación y mantenimiento de la Planta de Secado Térmico de lodos con cogeneración de Sur. En consecuencia, las prestaciones del presente contrato sirven al desempeño de las actividades referidas en dicho artículo”.

En cuanto al régimen jurídico del contrato, la cláusula 1 del PCAP expresa:

“El presente Contrato tiene carácter privado. El Contrato está sujeto al Libro primero del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales que recoge la Transposición de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y en su defecto al derecho privado.

Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego a 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, LCSP.

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en el RD-LCSE se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Capítulo II del Título VII del Libro primero del RD-LCSE. Las resoluciones recaídas en el correspondiente procedimiento podrán ser impugnadas ante la Jurisdicción contencioso administrativa.

Para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción del contrato, será competente el orden jurisdiccional civil. Las partes, con renuncia expresa a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se someten expresamente para la resolución de dichas controversias, a la competencia de los juzgados y tribunales de Madrid capital.

El presente expediente de contratación se rige por lo establecido en los siguientes documentos contractuales:

- 1. El Contrato.*
- 2. El presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.*
- 3. El Pliego de Prescripciones Técnicas.*
- 4. La oferta presentada por el adjudicatario, en lo que no contradiga los documentos anteriormente referidos.*

En caso de discrepancia entre estos documentos, se observará el orden de preferencia en que aparecen relacionados”.

Por lo que respecta a la modificación del contrato, la cláusula 24 del PCAP, establece:

“24.1 Modificación del Contrato.

El contrato podrá modificarse en los términos previstos en los artículos 109 a 111 del RD-LCSE. En este sentido, se indican, en su caso, en el apartado 10.12 del Anexo I las condiciones, el alcance, los límites, el procedimiento y el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar las condiciones 110 del RD-LCSE.

Las modificaciones del contrato que se produzcan durante la ejecución se publicarán en el perfil de contratante del órgano de contratación en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el sitio web institucional de la Comunidad de Madrid: <http://www.madrid.org/contratospublicos> en los términos indicados en el artículo 112 del RD-LCSE. Asimismo, en caso de que el contrato se haya modificado en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 111 del RD-LCSE, se publicará un anuncio al respecto en el Diario

Oficial de la Unión Europea. Este anuncio deberá contener la información establecida en la sección correspondiente del Anexo X del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Las modificaciones del contrato no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares deberán ser aprobadas por el órgano de contratación, previo trámite de audiencia al contratista y emisión del

correspondiente informe sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente”.

2.- Previa licitación y a la vista de la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación, Canal de Isabel II, S.A. adjudica el contrato el 1 de diciembre de 2022 a la Unión Temporal de Empresas formada por Técnicas de Desalinización de Aguas, S.A. (TEDAGUA)- MONCOBRA, S.A. con un porcentaje de baja de 24,96%, por un precio de 23.119.062,30 euros, excluido el IVA y un plazo de ejecución de 3 años (folio 419).

3.- El contrato se formaliza el 17 de enero de 2023.

Del clausulado del contrato interesa destacar la cláusula primera en virtud de la cual el contratista se compromete a la ejecución del contrato con sujeción al PCAP, al pliego de prescripciones técnicas y a la oferta presentada.

Respecto al plazo de duración del contrato la cláusula quinta establece:

«el contrato se iniciará una vez finalizado el contrato actual 24/2017 relativo a los “Servicios de gestión indirecta para la gestión de lodos de las EDAR del Ayuntamiento de Madrid y la explotación de la planta de secado térmico con cogeneración de Sur”. No obstante lo anterior, Canal de Isabel II, S.A. se reserva el derecho a prorrogar el contrato por 1 año más, siendo el plazo de duración total del contrato, eventual prórroga incluida, de 4 años (...).».

4.- El 28 de noviembre de 2023 se aprueba la modificación nº 1 del contrato, no prevista en la documentación que rige la licitación, con sujeción a lo establecido en el artículo 111.2.d) del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la

Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, Real Decreto Ley 3/2020), por la necesidad de incorporar a la ejecución del contrato, las siguientes unidades: *“1. Alquiler diario de turbina de sustitución. 2. Montaje/desmontaje de turbina por personal especializado de Mitsubishi Power Aero (fabricante de la turbina). 3. Transporte de la turbina entre las instalaciones de Mitsubishi Power Aero y Planta de Secado Sur”*.

La citada modificación no implicó gasto alguno, puesto que según la memoria *“no es necesario aumentar el precio inicial del contrato n.º 120/2021 para el pago del alquiler de la turbina”*.

Según el informe del subdirector de Contratación obrante en el expediente:

“al producirse el cambio de empresa explotadora en la Planta de Secado Sur por la adjudicación del contrato 120/2021, la empresa saliente dejó pendientes varios trabajos correctivos que impiden el funcionamiento de la Planta de Secado Sur, que en la actualidad se encuentra parada ante la imposibilidad de arrancar varios equipos averiados. Entre estos trabajos se encuentra la reparación de la Turbina GG8 que se averió en enero de 2022, durante la vigencia del contrato anterior (que finalizó en enero de 2023), contrato de EDAR y explotación mediante gestión indirecta de la Planta de Secado Térmico con cogeneración de la rato anterior el que debería haber gestionado la reparación de la turbina con cargo al citado contrato, lo que finalmente no realizó, a pesar de haber desplazado la turbina al taller del fabricante en Connecticut (Estados Unidos).

Estos hechos han derivado en una reclamación extrajudicial para el correcto cumplimiento del contrato que se está sustanciando en estos

momentos, habiendo presentado el contratista oposición a la misma y argumentando, a su vez, un incumplimiento contractual de Canal de Isabel II, S.A., M.P.

Asimismo, en fecha 2 de agosto de 2023, Canal de Isabel II, S.A., M.P instó al adjudicatario del contrato 24/2017, anterior contratista, a gestionar la reparación de la turbina y a su instalación en la planta, indicándole expresamente que, en caso contrario, esta empresa pública se vería obligada a tramitar la reparación por su cuenta, reclamando posteriormente al contratista el importe de la reparación.

Por todo ello, los trabajos de reparación de la turbina para poner en funcionamiento la planta de secado de lodos, que lleva parada desde agosto de 2022, así como el resto de reparaciones en los equipos que afectan a la operación de la planta, serán objeto de la modificación nº 2 del contrato 120/2021 que se está gestionando en la actualidad, a fin de que el actual adjudicatario de la gestión de la planta asuma dichos trabajos con cargo al contrato 120/2021, para posteriormente reclamar su importe al anterior contratista.

Hasta que la turbina GG8 esté reparada e instalada en la Planta de Secado Sur, aproximadamente en marzo de 2024, es necesario realizar el alquiler de una turbina de sustitución para el equipo original de la planta, para lo cual es necesaria la modificación nº 1 del contrato 120/2021, que añadirá al contrato las unidades necesarias para realizar el alquiler y transporte de turbina de sustitución.

Este alquiler, además de poner en funcionamiento la planta de secado, permitirá a Canal de Isabel II, S.A., M.P. consumir los derechos de emisión gratuitos recibidos para el año 2023 y que en caso de no ser consumidos se deberían devolver. Además, según la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del

comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero, si no se reanuda la actividad antes de diciembre de 2023 (18 meses desde que se inició la suspensión de actividad) conllevaría la extinción de la autorización a emitir gases de efecto invernadero (origen combustibles fósiles, en nuestro caso, gas natural), lo que provocaría tener que solicitar una nueva autorización de emisión, lo cual retrasaría el arranque de la Planta de Secado Sur cuando llegue la turbina reparada.

En la actualidad, la totalidad de los fangos generados en las EDAR del Ayuntamiento de Madrid se están gestionando mediante la aplicación agrícola directa. Este método de gestión ha provocado que el suelo agrícola de la Comunidad de Madrid esté muy saturado y donde se podría aplicar el fango es casi imposible durante la época de lluvias. Por ello, debe darse una salida a estos fangos distinta a la aplicación directa, para evitar un accidente medioambiental con los fangos que no se pudieran gestionar de forma correcta por las lluvias (...).

5.- El 30 de noviembre de 2023 el jefe del Área de Cogeneración y Biogás con el visto bueno de la directora de operaciones y del subdirector de Energía de Canal de Isabel II, S.A. informan y formulan una propuesta de modificación n.º 2 del contrato porque “*para que el actual adjudicatario del contrato, la UTE Tedagua-Moncobra, pueda operar la planta, es necesario efectuar la reparación de equipos principales de la instalación o equipos que afectan a la operación de la planta y que si no se reparan no se podría operar la planta con seguridad. Entre estos equipos, que más adelante se relacionan, se encuentra la Turbina GG-8 que es el equipo imprescindible para que pueda funcionar la instalación de secado ya que es la máquina que proporciona el calor para el secado de los fangos (...) la turbina GG8 se averió en enero de 2022, durante la vigencia del contrato anterior (que finalizó enero de 2023),*

contrato tramitado por procedimiento abierto nº 24/2017, para la prestación de los servicios de gestión de lodos de EDAR y explotación mediante gestión indirecta de la planta de secado térmico con cogeneración de la ERAR Sur, siendo el adjudicatario de dicho contrato anterior el que debería haber gestionado la reparación de la turbina con cargo al citado contrato, lo que finalmente no realizó, a pesar de haber desplazado la turbina al taller del fabricante en Connecticut (Estados Unidos)”.

Con idéntica fecha, el contratista manifiesta su conformidad a dicha propuesta suscribiendo una descripción detallada de los trabajos a realizar que incluyen la reparación de la turbina, el transporte desde EE.UU., derechos aduaneros y montaje e instalación en la planta, por un precio de 8.916.658,26 euros.

6.- El 5 de diciembre de 2023 la Subdirección de Contratación del Canal de Isabel II, S.A. M.P informa la conformidad a derecho de la modificación contractual proyectada.

7.- El 11 de diciembre de 2023 el consejero delegado del Canal de Isabel II, S.A. M.P. solicita autorización de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior previo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, para la aprobación del expediente de modificación n.º 2 del contrato 120/2021, tramitado al amparo de lo establecido en los artículos 111.2.b) y 112 del libro primero del Real Decreto Ley 3/2020.

8.- Finalmente, el 20 de diciembre de 2023, el consejero de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, tal y como ha sido expuesto, solicita dictamen a este órgano consultivo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“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 de las Administraciones públicas”*.

El contrato que nos ocupa ha sido suscrito por el Canal de Isabel II, S.A. M.P, empresa pública de la Comunidad de Madrid que, según los estatutos, tiene como objeto social, la gestión del ciclo integral del agua, principalmente en la región de Madrid, esto es, la llevanza de todos los procesos orientados a una adecuada administración de los recursos hídricos necesarios para el desarrollo y mantenimiento de la calidad de vida de los ciudadanos usuarios de los servicios que presta la sociedad: abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, control y vigilancia de los vertidos realizados a las redes de alcantarillado y dominio público hidráulico y depuración de aguas residuales.

Se trata de un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública al amparo 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/2017) tal y como fue señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su

informe 6/2018, de 17 de diciembre, confirmando así la conclusión a la que llegó dicha junta en su informe 3/2017, de 9 de junio.

En la actualidad, el Canal de Isabel II está adscrito a la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior conforme a lo dispuesto en el Decreto 76/2023, de 5 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica básica de las consejerías de la Comunidad de Madrid.

La solicitud de dictamen se ha formulado por el consejero de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

SEGUNDA.- Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, esta Comisión Jurídica Asesora viene distinguiendo entre la norma sustantiva que rige fondo del asunto y la norma aplicable al procedimiento (en el mismo sentido, el Consejo de Estado, así su Dictamen 167/2021, de 25 de marzo).

No obstante, en cuanto al régimen jurídico aplicable, esta Comisión no desconoce que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias ha considerado que la normativa aplicable tanto desde el punto de vista sustantivo como de procedimiento es la vigente a la fecha de formalización del contrato.

En nuestro caso, nos encontramos con un contrato privado adjudicado por un poder adjudicador, el 1 de diciembre de 2022, cuyo objeto es la gestión de los lodos generados en las depuradoras del Ayuntamiento de Madrid y la explotación y mantenimiento de la planta de secado térmico de lodos con cogeneración de Sur, sirviendo las prestaciones del contrato al desempeño por parte de Canal de Isabel II, S.A. M.P de la actividad relacionada con el servicio esencial de gestión del ciclo integral del agua, relacionada en el artículo 8 del Real Decreto Ley 3/2020, según el cual:

“Artículo 8. Agua.

1. El presente real decreto-ley se aplicará a las actividades siguientes:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable.

b) El suministro de agua potable a dichas redes.

2. El presente real decreto-ley se aplicará, asimismo, a los contratos y a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:

a) Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

b) La evacuación o tratamiento de aguas residuales”.

Así pues, el procedimiento para la modificación del contrato que nos ocupa, no prevista en la documentación que rige la licitación, ha de regirse por lo dispuesto en los artículos 109 a 112 del Real Decreto Ley 3/2020, preceptos que tienen formalmente el carácter de legislación básica puesto que la disposición final séptima del real decreto ley en su apartado 1 establece que lo dispuesto en el libro primero se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.º de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas.

Respecto al procedimiento a seguir en las modificaciones contractuales, el artículo 112 del Real Decreto Ley 3/2020 dispone:

“Artículo 112. Procedimiento y publicidad de las modificaciones.

1. Las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de condiciones.

Será de aplicación a los contratos celebrados por entidades contratantes que tengan la consideración de poderes adjudicadores los supuestos que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regula como supuestos que no tienen la consideración de modificaciones, en los términos previstos en el artículo 242.4 de dicha Ley.

En todo caso las modificaciones no previstas en los pliegos de condiciones a que se refiere el artículo 111, cuando afecten a contratos, cuyo importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros, de entidades contratantes que merezcan la consideración de poder adjudicador y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, requerirán la previa autorización del Departamento ministerial al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado”.

En el caso que nos ocupa, el pliego de cláusulas administrativas del contrato, tal y como ya ha sido apuntado en antecedentes, en su cláusula 24 exige para las modificaciones del contrato no previstas en el pliego, la aprobación por el órgano de contratación, previo trámite de audiencia al contratista y emisión del correspondiente informe sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente.

Por su parte, el párrafo segundo, apartado 1 del artículo 319 de la LCSP/2017, referido a los contratos celebrados por los poderes

adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas, señala que *“en los casos en que la modificación del contrato no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, será necesaria la autorización del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”*.

Trasladando todas las prescripciones procedimentales al presente procedimiento observamos que se ha elaborado un informe propuesta justificativo de la modificación del contrato, por el jefe del Área de Cogeneración y Biogás, la directora de Operaciones y el Subdirector de Energía del Canal de Isabel II, S.A. M.P, según el cual, no ha resultado necesario proceder a dar audiencia al redactor de las especificaciones técnicas toda vez que no existe proyecto de construcción, ya que los trabajos a realizar han sido indicados por el personal de Canal de Isabel II, S.A. M.P de conformidad con las prescripciones y especificaciones técnicas y los pliegos del contrato 120/2021. En cuanto a la audiencia otorgada a la UTE contratista, si bien a pesar del requerimiento efectuado por este órgano consultivo no ha sido incorporado al expediente la documentación acreditativa de la audiencia otorgada, consta en el procedimiento la conformidad del contratista a las actuaciones y precios de la modificación proyectada. También ha emitido informe el subdirector de Contratación en el que se concluye que la modificación propuesta reúne los requisitos legales establecidos al efecto y resulta conforme a derecho. Finalmente, el 11 de diciembre de 2023 el consejero delegado de Canal de Isabel II, S.A. M.P ha solicitado autorización de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, resulta preceptiva la consulta a este órgano consultivo puesto que, según el expediente examinado, la modificación supone un incremento del precio del contrato de 8.916.063,30 euros, IVA excluido, que representa un 38,57 por ciento del importe de adjudicación del contrato de 23.119.062,30 euros.

Por todo ello ha de concluirse que se han cumplimentado los trámites establecidos para la modificación del contrato.

TERCERA.- Analizados los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la conformidad a derecho de la modificación propuesta.

La modificación unilateral (*ius variandi*) de los contratos ha sido una de las tradicionales prerrogativas exorbitantes de la Administración en la contratación administrativa frente a la regla general (*pacta sunt servanda*) del derecho privado recogida en el artículo 1256 del Código Civil “[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Esta prerrogativa exige como presupuesto previo la concurrencia de razones de interés público, tal y como establece expresamente el artículo 203 LCSP/17.

En el presente expediente la propuesta de modificación justifica el interés público al declarar:

“en relación con el secado de los fangos, en la actualidad el fango generado en las EDAR del Ayuntamiento de Madrid se está llevando a aplicación agrícola sin secar, por lo que en defensa del interés público y del medio ambiente se debe ejecutar este modificado para poder poner en funcionamiento la Planta de Secado Sur, lo que permitirá secar estos fangos, dejando de realizar la aplicación agrícola directa de los mismos. Ya que, si bien dicho tratamiento se

está realizando según el Decreto 193/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula en la Comunidad de Madrid, la utilización de lodos de depuradora en agricultura, la gran cantidad de fango generado por las EDAR del Ayuntamiento de Madrid, aproximadamente 220.000 toneladas/año, está provocando una saturación de los suelos agrícolas de la Comunidad. En caso de no llevarse a cabo estas reparaciones sería necesario buscar alternativas a esta planta de tratamiento avanzado de fangos, para evitar un posible episodio de contaminación ambiental”.

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).

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).

Esta jurisprudencia motivó la necesaria reforma de la normativa española en lo relativo a las modificaciones contractuales por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y autorizó al Gobierno a elaborar el TRLCSP, actualmente derogado.

Así el artículo 105 del TRLCSP establecía que los contratos sólo podrán modificarse “(...) cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107”. Actualmente, el artículo 203.2 LCSP/17 contempla la

modificación del contrato durante su vigencia cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos establecidos en el artículo 204 y, excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205, y, con carácter excepcional, el artículo 109 del Real Decreto Ley 3/2020 contempla la modificación de contratos no prevista en el pliego de condiciones, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 111.

En el presente caso, el PCAP en su cláusula 24 contempla la posibilidad de modificación del contrato, en los términos previstos en los artículos 109 a 111 del Real Decreto Ley 3/2020.

Y a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 111 del Real Decreto Ley 3/2020, las modificaciones no previstas en el pliego, solo podrán realizarse cuando la modificación cumpla los siguientes requisitos:

“a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado 2 de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”.

En este sentido la propuesta de modificación razona que la modificación se plantea al amparo del artículo 111.2, letra b) del Real Decreto Ley 3/2020, según el cual:

“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 un gestor 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”.

Sobre el carácter imprevisible de una situación el Informe de la JCCA 5/2010, de 23 de julio de 2010, sostiene que “*para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato*”.

Y respecto al riesgo imprevisible, la sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2018 (recurso 391/2018) recoge:

«la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre del 2003 afirma que la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte

mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado, y la STS de 19 de enero de 1998 dice que cuando por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, se produce con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones, entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de “riesgo razonablemente imprevisible” como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista, es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes”».

Sobre las circunstancias imprevisibles la propuesta recoge que la modificación del contrato deriva de circunstancias sobrevenidas que eran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la preparación del contrato, ya que en el año 2021 que se inició la preparación del contrato 120/2021, la planta se encontraba en funcionamiento normal. La turbina GG8 se averió en enero de 2022 y los trabajos de reparación de la turbina para poner en funcionamiento la planta de secado de lodos lleva parada desde agosto de 2022, “circunstancia sobrevenida que fue imprevisible en el momento en que tuvo lugar la licitación de dicho contrato, ya que las reparaciones se debían haber ejecutado con cargo al contrato anterior 24/2017” y añade que a efectos de lo dispuesto en el

artículo 111.1.b) del Real Decreto Ley 3/2020, la modificación se limita a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a las causa objetiva que la hace necesaria.

Continuando con el examen de las condiciones exigidas en el artículo 111.2.b) del Real Decreto 3/2020, junto con el acaecimiento de un hecho imprevisible se exige la concurrencia de la necesidad de que la modificación se derive de circunstancias que un gestor diligente no hubiera podido prever, la preservación de la naturaleza global del contrato y no sobrepasar determinados umbrales cuantitativos.

Sobre la primera cuestión la propuesta manifiesta que *“cuando se realizó la licitación del contrato 120/2021 no se podía prever la avería de la turbina o de los otros elementos ya que se encontraban en operación y los informes y la documentación entregada mensualmente por la empresa adjudicataria en ese momento no evidenciaban que podrían tener lugar las averías a las que dará solución este modificado o que dicha empresa adjudicataria del contrato anterior iba a dejar sin ejecutar los mantenimientos correctivos que recoge esta modificación”*, con respecto a la no alteración de la naturaleza global del contrato, indica que *“con la introducción de las nuevas unidades no se altera la naturaleza del contrato, ya que el objeto de estas unidades es la reparación de equipos ya instalados en la planta de secado Sur y con la incorporación de estas unidades se busca poder poner en servicio dicha instalación”* y respecto a los límites cuantitativos, la cuantía de la modificación alcanza un 38.57% por lo que no supera el límite legal.

En consecuencia, la propuesta de modificación del contrato sometida a dictamen atiende a las exigencias sustantivas y formales previstas en el Real Decreto Ley 3/2020.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la modificación del contrato “*Servicio de gestión indirecta para la gestión de lodos de la EDAR del Ayuntamiento de Madrid y la explotación de la planta de secado térmico con cogeneración de Sur*” (expediente 120/2021).

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 1 de febrero de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 35/24

Excmo. Sr. Consejero de Medio Ambiente, Agricultura e Interior

C/ Alcalá, 16 - 28014 Madrid