

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 11/2017

INFORME 11/2017 DE 12 DE DICIEMBRE DE 2017 . CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO DE RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS, SELECTIVA Y VOLUMINOSOS. POSIBLE COMPENSACIÓN DE DEUDAS ENTRE EL AYUNTAMIENTO Y EL CONTRATISTA CUANDO HA HABIDO INCUMPLIMIENTOS POR PARTE DE ÉSTE. MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO PARA INTRODUCIR PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS.

ANTECEDENTES

En fecha 7 noviembre de 2017 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del ayuntamiento de Moncada, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Amparo Orts Albiach, alcaldesa del Ayuntamiento de Moncada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, se eleva a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana la siguiente:

CONSULTA

Asunto: compensación de deudas entre el importe resultante por cumplimiento contractual defectuoso de Fovasa y la implantación de nuevos servicios a cargo del Ayuntamiento de Moncada.

En relación a la consulta cabe hacer referencia a los siguientes,

ANTECEDENTES

Primero.- *En sesión plenaria celebrada el día 6 de mayo de 2011, se acordó adjudicar el contrato del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, selectiva y voluminosos a la empresa Secopsa Medioambiente S.L.U, a día de hoy Fovasa, con fecha de inicio del contrato el 15 de junio del mismo año. La concesión se otorgó por un plazo de 12 años y finalizará el 6 de mayo de 2023,*

Segundo.- *De conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, en concreto la cláusula VI, respecto al cumplimiento del contrato, la empresa adjudicataria, Fovasa, queda, obligada al cumplimiento del contrato con sujeción estricta al pliego de cláusulas administrativas particulares y al de prescripciones técnicas, así como de las obligaciones que impongan las leyes.*

En los mismos términos se establece en la cláusula XX del pliego de prescripciones técnicas, añadiendo además que, queda obligado a dar cumplimiento al Proyecto de explotación y a las mejores que oferte. En lo que respecta a incumplimientos del servicio y su régimen sancionador, señala que:

“Las infracciones cometidas por el adjudicatario por incumplimiento del contrato, se calificarán como faltas si estuvieren dentro de la competencia administrativa y se sancionarán como se determina en los apartados siguientes.

(...)

Las sanciones que podrá imponer el Ayuntamiento al contratista serán las siguientes:”

Se adjunta como Doc. Nº 1 el documento de pliego de cláusulas administrativas y Doc. Nº 2, el pliego de prescripciones técnicas.

Tercero.- *En lo referente al marco jurídico medioambiental y evolución prevista, el pliego de prescripciones técnicas dispone que a la hora de elaborar los proyectos de organización de los servicios de recogida, se deberá tener en cuenta la legislación básica, así como todas aquellas normas que se establezcan en un futuro y que resulten de aplicación, así como sucesivas normas de desarrollo y/o modificación, así se desprende de la lectura del capítulo 1 apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas.*

(...)

También habrá que tener en cuenta todas aquellas que se establezcan en futuras normas europeas, nacionales, autonómicas o locales sobre la gestión o la eliminación de RSU, siendo voluntad de este Ayuntamiento caminar en las directrices de todo ello.



Cuarto.- *En aplicación de lo previsto en el párrafo que precede y como consecuencia de los cambios legislativos, el Ayuntamiento debe asumir una serie de obligaciones.*

Este Ayuntamiento tiene pendiente, al igual que la mayoría de municipios de Valencia, la implantación e inclusión, en el sistema de retirada de residuos, de la recogida de la fracción orgánica en forma selectiva, es decir, disponer de la modalidad de un quinto contenedor en la calle, donde los vecinos solamente aporten basura susceptible de convertirse en compost, aprovechable en la agricultura. Este planteamiento deriva de una exigencia de la normativa europea, en concreto la DIRECTIVA 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, de la cual, en cumplimiento de su implantación para los estados, derivó la Ley 22/2011 de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, artículo 22 y 23; y en consecuencia la aprobación definitiva del Plan Integral de Residuos de la Comunitat Valenciana (PIRCV), que, en consonancia establecen que antes del año 2020 todos los municipios han de disponer de 5 contenedores. Esta puesta a punto del servicio, acorde con este elenco normativo, se pretende poner en funcionamiento en el año en curso en el municipio de Moncada.

Quinto.- *Desde la adjudicación del contrato se han venido contraviniendo diversas obligaciones por parte de la empresa Fovasa, como consecuencia de ello, el Arquitecto Técnico Coordinador de la Brigada de Obras y Servicios de este Ayuntamiento, en fecha de abril de 2017, emitió informe respecto a estos extremos, imprimiéndolo el 29 de septiembre del mismo año, momento en el que se remite a la Secretaria general del Ayuntamiento. En el informe determina los servicios que no se habían prestado correctamente y los cuantifica económicamente.*

El cálculo efectuado por el mismo, arroja una deuda a favor de esta corporación que asciende a 223.557'57 euros, proponiendo que la citada cifra se compense por la empresa adjudicataria en seis cuotas, durante los 6 años restantes de vigencia del contrato, a razón de 37.256'11 euros anuales.

El día 2 de octubre de 2017, se dio traslado del citado informe a la empresa en cuestión, concediéndole un plazo de 3 días para que pudiera manifestar cuanto le conviniera, tanto en relación con el contenido del informe como en las valoraciones de las cuestiones indicadas.

Se adjunta el mismo como Doc. N.º 3.

Quinto.- *En la misma línea argumental anterior, una vez recibe el informe la empresa Fovasa, presenta escrito en el Registro General de Entrada, núm. 7631, el día 3 de octubre*

de 2017, mediante el cual propone "realizar un equilibrio en el servicio con el valor acumulado" a favor de este ayuntamiento y lo resultante a su favor en el supuesto de que se ponga en marcha el nuevo servicio de recogida al que nos hemos referido en el antecedente cuarto, fruto de los cambios legislativos.

En concreto lo que se propone por la empresa, es una compensación, de la deuda a favor del ayuntamiento por el incumplimiento contractual con respecto al coste del servicio de recogida de materia orgánica y grandes productores en el municipio que debería sufragar el ayuntamiento a la empresa.

En concreto, según criterio de la empresa, el coste que le supondría al Ayuntamiento de Moncada la puesta a punto de los servicios referidos anteriormente, sería de 432.399'12 euros, que dividido por los seis años que resta de vigencia del contrato, originaría un coste anual para el Ayuntamiento de 72.066'52 euros.

En consecuencia, el Ayuntamiento debería sufragar 432.399,12 euros y a la citada cantidad se detraería la cantidad de 223.557,57 euros por haber contravenido sus obligaciones, lo que daría un resultado positivo para la empresa de 208.841 '55 euros.

De la cantidad resultante a favor de la empresa, ésta propone que como consecuencia de no haber puesto en funcionamiento en el municipio de Moncada diferentes servicios exigidos en el pliego de prescripciones técnicas, compensarnos por los siguientes conceptos:

- No instalación del Parque central al que se refiere el Capítulo II, apartado 2.3.2 , cuya valoración cifran en 10.501,68 euros anuales.*
- No haber aportado el vehículo eléctrico, cuya valoración cifran en 4.079 '62 euros anuales.*
- La diferencia de los camiones recolectores, consistente en sustituir un camión recolector de carga lateral con el que actualmente se presta el servicio de recogida de basura, por otro de carga trasera y de inferior capacidad, al efecto de poder implantar correctamente el sistema de retirada de residuos, de la recogida de la fracción orgánica en forma selectiva, cuya valoración cifran en 6.024'00 euros.*

La suma de los conceptos anteriores asciende a 20.605'3 euros, que multiplicado por los seis años que restan de vigencia del contrato, ascendería a 123.631 '8 euros.

De la cantidad que debería abonar el Ayuntamiento por la implantación del servicio, 208.841'55, menos la cantidad anteriormente expuesta, arroja un resultado positivo a favor de la empresa de 85.209'75 euros que, dividida por los seis años que restan de



vigencia del contrato, ascendería a 14.201 '62 euros anuales. La empresa en cuestión en su escrito al que nos hemos referido en este mismo antecedente, establece que está dispuesta a asumir el coste que debería asumir el ayuntamiento por la implantación del servicio de referencia, lo que se traduciría en la condonación de los 85.209 '75 euros.

Se adjunta como Doc. N.º 4 el informe de la empresa FOVASA.

Sexto.- *Recibida la propuesta de Fovasa, el Arquitecto Técnico encargado de la brigada de obras de este ayuntamiento emitió de nuevo informe, de fecha 5 de octubre, valorando y corrigiendo una imprecisión de la misma, dando el visto bueno a la misma y considerándola adaptada a los conceptos y compromisos del servicio que debe prestar.*

Se adjunta el mencionado informe como Doc. N.º 5.

En atención a los antecedentes expuestos, y resultando más favorable para este Ayuntamiento llevar a cabo una compensación de las cantidades resultantes por una y otra parte, para así no tener que desembolsar cantidad alguna, y quedar ambas en equilibrio en cuanto a las obligaciones derivadas del contrato, venimos a formular la siguiente,

CONSULTA

Primera.- Si es conforme a derecho la posible compensación de cantidades, la derivada del incumplimiento por parte de la empresa y el coste que debería abonar el Ayuntamiento de Moncada por la implantación del nuevo servicio. Sin perjuicio de lo anterior, es de reseñar que en los pliegos no se ha previsto la posibilidad de modificar el contrato, para el caso de que esa Junta, con su superior criterio, entendiera que se trata de una modificación contractual.

Segundo.- De resultar viable la compensación a la que nos hemos venido refiriendo en el cuerpo del presente escrito, solicito que nos sea indicado cual sería el procedimiento a seguir por parte de esta administración para llevarlo a puro y debido efecto, conforme a derecho.”

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Consideración previa sobre el tipo de contrato

Sobre el contrato que motiva la consulta del Ayuntamiento ha de hacerse la advertencia previa de una circunstancia que concurre en el mismo y respecto de la cual tanto esta

Junta como otros órganos consultivos y jurisdiccionales ya se han pronunciado en repetidas ocasiones.

De acuerdo con el escrito de la consulta y con lo establecido en los pliegos, el contrato pretende ser un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión y con un plazo de duración inicial de doce años. Sin embargo, según la cláusula V del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo PCAP) la retribución del concesionario se establece mediante pagos mensuales por doceavas partes del precio anual ofertado a partir de un importe cuyo tipo de licitación fue de 564.000,00€ anuales, lo que determina una retribución fija anual que no depende de la utilización de los servicios por sus usuarios. Además, no sólo se establece el sistema de revisión de precios periódica y predeterminada que figura en la cláusula VIII del mismo Pliego, sino que en la cláusula 7.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) se establece, además, una revisión adicional cuando la cantidad de basura recogida aumente (al menos un 10%) respecto de la del primer año de contrato, mientras que no se revisa el precio en el supuesto contrario, eliminándose de esta forma el único riesgo operacional por insuficiencia de demanda que podía derivarse de la explotación del servicio.

Aunque no sea el objeto directo y principal de este informe, hay que señalar que dicho planteamiento es incompatible con un contrato de concesión y responde indudablemente a un contrato de servicios en el que, no obstante, se ha incumplido el límite legal de duración establecido para los contratos de servicios en el artículo 279 de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, vigente en el momento de la adjudicación del contrato.

Para que pudiera ser objeto de concesión el servicio público de recogida de residuos, la retribución del concesionario debía depender significativamente de la utilización del servicio por los usuarios, independientemente de que el servicio lo paguen directamente sus usuarios o el Ayuntamiento, lo que en el caso concreto que nos ocupa quiere decir que al menos una parte significativa de tal retribución debería establecerse en función de la cantidad de los residuos recogidos, teniendo en cuenta también sus características, su dispersión, el valor que tienen en el mercado como consecuencia de la recogida selectiva y quién percibe este último, si el concesionario (en cuyo caso ha de computarse como parte de su retribución) o el Ayuntamiento. En definitiva, el servicio objeto de concesión ha de ser susceptible de explotación particular y tratarse como tal, transfiriendo al concesionario el riesgo operacional que aquella conlleve, sin que pueda asegurarse ni su retribución ni su beneficio. De lo contrario, nos encontramos ante un contrato típico de servicios cuya duración no puede exceder el máximo establecido legalmente.

Aunque en el momento de la adjudicación del contrato que motiva la consulta no se había



promulgado 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, la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario, publicada el 12/04/2000, ya expuso en su día los criterios a seguir para que las concesiones se ajustaran al derecho de la UE y, entre otras cosas, señaló que *“existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación”*.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09 y recogida en los Informes 10/2014 y 4/2015 de esta Junta, indicaba las características que definen un contrato de concesión frente a uno de servicios :

“1.- Es preciso comprobar asimismo si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

2.- El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

3.- En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.”

En ese sentido, de forma que resume la posición mantenida por las instituciones y la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, el artículo 5 de 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 establece, entre las notas características del contrato de concesión, la siguiente:

“La adjudicación de las concesiones de obras o de servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”

Consideraciones sobre las cuestiones consultadas

La consulta efectuada por el Ayuntamiento de Moncada plantea la viabilidad, conforme a derecho, de causar, mediante una modificación del contrato de recogida de residuos en dicho municipio consistente en ampliar el objeto del mismo introduciendo prestaciones complementarias a las contratadas, la concurrencia de deudas recíprocas entre dicho Ayuntamiento y el adjudicatario de dicho contrato de forma que, sin previamente estar reconocidas y objetivamente relacionadas entre sí tales deudas, pudiera efectuarse su compensación.

Empezando por lo que en la consulta se expone en segundo lugar, hay que analizar si es posible encomendarle al contratista actual de la recogida de residuos prestaciones no comprendidas en el contrato, consistentes en el suministro de contenedores adicionales, la modificación de los existentes y la implantación de la recogida selectiva de la fracción orgánica, separada de la fracción resto, todo ello valorado por la propia empresa en 432.399,12€.

En lo que se refiere a esta primera cuestión debe tenerse en cuenta que el contrato se adjudicó el 6 de mayo de 2011, de acuerdo con la legislación aplicable en el momento de su licitación y que, según consta en la cláusula XXVIII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, era la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), modificada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. De acuerdo con la redacción vigente en aquel momento, el artículo 202 de esta Ley establecía, en relación con las modificaciones de todos los tipos de contratos en ella regulados, las siguientes



normas de carácter básico de aplicación general por todas las Administraciones Públicas:

1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b).

2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.

Adicionalmente, el artículo 258 de la LCSP establecía entre otros preceptos que, en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos, 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 y que, 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.

Sin embargo, posteriormente, pero antes de la adjudicación del contrato, la disposición final décimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó la regulación anterior e introdujo, entre otros el siguiente precepto de la Ley 30/2007, aplicable al caso de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria séptima de aquella:

“Artículo 92 bis. Supuestos

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público 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 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b).”

Examinado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, resulta que, tal como se indica en la consulta, no se ha previsto en dicho Pliego la posibilidad de modificación del contrato, ni con la finalidad expuesta ni con ninguna otra, y además resulta también que tal modificación consistiría en adicionar prestaciones complementarias a las ya contratadas (suministro e implantación del quinto contenedor), motivos por los cuales debe descartarse sin más la posibilidad de modificación del contrato que se plantea en la consulta, teniendo en cuenta además que de los informes técnicos aportados junto al escrito de la consulta no se desprende que las nuevas prestaciones no sean suministros o trabajos adicionales que no puedan ser objeto de contratación independiente, en la que por otra parte nada impide que el actual contratista concorra en el procedimiento para su adjudicación.

Descartada la modificación del contrato, devendría irrelevante la cuestión planteada sobre la posibilidad de compensación de deudas como consecuencia de dicha modificación si no fuera por los términos sorprendentes que la motivarían según lo descrito por el Ayuntamiento de Moncada.

De acuerdo con la consulta objeto del presente informe, la “deuda” del contratista con el Ayuntamiento no es una deuda de carácter tributario o similar y no consta clara y expresamente que haya sido reconocida por aquél, aunque de la documentación aportada tampoco se deduce su oposición. Según la consulta y el informe que se acompaña, tal deuda no es otra cosa que la valoración del incumplimiento reiterado por parte del contratista de las mejoras ofertadas en su proposición, en la mayoría de casos, y del propio Pliego de Prescripciones Técnicas, en algún otro.

La compensación de deudas entre la Administración y sus contratistas no está regulada en



la legislación de contratos del Sector Público y, por tanto, en el caso de contratos adjudicados conforme a la Ley 30/2007, ha de estarse a lo dispuesto en su artículo 19.2, que establece, para lo no previsto en ella, el carácter supletorio de las restantes normas de derecho administrativo y en su defecto del derecho privado, lo que significa que su posibilidad ha de examinarse caso a caso y teniendo en cuenta supletoriamente el Código Civil y las normas específicas que correspondan y sean aplicables a las circunstancias que originan tales deudas, como pueden ser por ejemplo las tributarias.

El artículo 1195 del CC establece que podrá tener lugar la compensación *cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra* y a continuación, el artículo 1196, dispone que, para que proceda la compensación, es preciso:

“1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.

2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

3.º Que las dos deudas estén vencidas.

4.º Que sean líquidas y exigibles.

5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.”

En el supuesto sometido a consulta por el Ayuntamiento de Moncada no se dan todas las circunstancias anteriores ni tampoco la situación de reciprocidad exigida en el artículo 1195 del CC. Tampoco podrían darse en el supuesto de que se llevara adelante la modificación contractual planteada como posibilidad. Una modificación del contrato no conforme a derecho adolece de un vicio de nulidad que no puede, en ningún caso, servir de justificación para declarar al contratista acreedor del Ayuntamiento *por derecho propio*, cuando dicha modificación se ha hecho incumpliendo la legislación de contratos y pretendiendo al mismo tiempo validar con ella el incumplimiento de las obligaciones del contratista en la ejecución del contrato.

Por tanto, la situación a la que se refiere la consulta no se trata de una situación que permitiría abordar la posibilidad de llegar a un acuerdo de compensación de deudas por aplicación supletoria de los artículos 1196, 1195 y siguientes del Código Civil, análogo al que puede darse en el caso de contratistas que tienen deudas tributarias con una Administración y, simultáneamente, derechos reconocidos a su favor por esa misma Administración. *Lo que parece plantearse el Ayuntamiento de Moncada es más bien premiar con una ampliación del contrato el incumplimiento sistemático y reiterado de*

dicho contrato por parte del contratista, como forma de obtener unas prestaciones del contratista cuyo valor compense unos servicios ya contratados y no ejecutados por éste, pese a tener la obligación de hacerlo.

Por lo que se refiere a los incumplimientos del contratista ha de estarse a lo que establecen los pliegos que rigen el contrato y lo dispuesto en la legislación aplicable. Así, consta en la cláusula VI del PCAP: *“El adjudicatario está obligado al cumplimiento del contrato con sujeción estricta a este pliego y el de prescripciones técnicas (...)”*. Asimismo, la cláusula XX del PCAP establece que el contratista está obligado al cumplimiento del contrato con estricta sujeción al Pliego, al Proyecto de Explotación, y a las mejoras que oferte el contratista (...) y, además, señala lo siguiente:

“Las infracciones cometidas por el adjudicatario por incumplimiento del contrato se calificarán como faltas si estuvieren dentro de la competencia administrativa y se sancionarán como se determina en los apartados siguientes.

(...)

La imposición de sanciones por deficiente prestación de los servicios será independiente de las deducciones de los servicios prestados, o de servicios efectuados deficientemente.

Las faltas cometidas se clasificarán en leves, graves y muy graves.

(...)”

En consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el Pliego, parece que lo que procede es aplicar en los pagos al contratista las deducciones por los servicios no prestados o prestados deficientemente y, sin perjuicio de ello, aplicar el régimen sancionador establecido en el contrato instruyendo los correspondientes expedientes para determinar las faltas cometidas y su gravedad.

III CONCLUSIONES

Primera. La modificación de un contrato administrativo de concesión de servicios adjudicado de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, después de la entrada en vigor de la modificación operada por la disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, sólo puede hacerse por razones de interés público, requiere en general que tal posibilidad esté recogida en los pliegos, en el anuncio de licitación o en el documento contractual y, en todo caso, no puede realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas o de ampliar el objeto del contrato, máxime si comprende suministros o servicios que pueden ser contratados independientemente.



Segunda. Con carácter general, la compensación de deudas recíprocas entre la Administración contratante y el contratista es posible y se rige, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil y, en su caso, por las normas tributarias o específicas que sean de aplicación. Ahora bien, en el supuesto sometido a consulta por el Ayuntamiento de Moncada no se dan las circunstancias del art. 1196 del Código Civil ni tampoco la situación de reciprocidad exigida en el artículo 1195 del mismo cuerpo legal para que pueda proceder tal compensación.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a) 0
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)
LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 12 de diciembre de 2017