



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 313/2005

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 de noviembre de 2005.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *modificación del contrato de ejecución del proyecto de construcción del Centro Sociosanitario Hospital Nuestra Señora de Los Dolores adjudicado a la empresa M., S.A.: Procedimiento incorrecto. Enriquecimiento injusto. (EXP. 288/2005 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

El 31 de octubre de 2005, tuvo entrada en el Consejo escrito de 26 de octubre del Presidente del Cabildo de Tenerife, mediante el que interesaba -de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y por otro, en lo preceptuado por el art. 59.3.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP) preceptivo Dictamen, por el procedimiento ordinario, respecto de la Propuesta de Resolución formulada por la Presidenta del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria (el Instituto, en adelante), que eleva al Consejo Rector del mismo para que adopte la Resolución que proceda -se supone que en cuanto órgano competente- respecto del contrato de ejecución del proyecto de construcción del Centro Sociosanitario Nuestra Señora de Los Dolores.

Debe resaltarse que el contrato en cuyo seno se ha generado el presente expediente de modificación fue adjudicado por la Presidencia del Instituto, por delegación del Consejo Rector, el 26 de octubre de 2001; delegación que alcanzaba a

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

“todas las incidencias que derivasen de la contratación de las obras”. La Propuesta, sin embargo, la redacta la Presidenta, que considera al Consejo Rector como órgano competente, sin que conste que la delegación haya sido revocada (art. 13.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) o avocado el ejercicio de la competencia (art. 14 de la citada Ley 30/1992).

II

Se somete a la consideración del Consejo *la segunda modificación* del contrato de referencia, mediante la que se pretende “regularizar la situación creada por (...) vía de hecho (...) con el objetivo de evitar una situación de enriquecimiento injusto por parte de (la) Administración”, como expresamente se dice en la Propuesta.

El contrato en cuyo seno se ha generado el presente expediente de modificación fue adjudicado por la Presidencia del Instituto, como se dijo, por delegación del Consejo Rector, por un importe de 8.375.154,82 €. Tras una primera modificación de 733.856 €, se amplió el plazo inicial de ejecución (17 de enero de 2004) al 17 de marzo de 2004. El 4 de agosto de 2004 -vencido el plazo anterior-, se concede un nuevo plazo de ejecución hasta el 30 de julio de 2004. Ya en este año, el 4 de febrero de 2005, se formaliza el acta de recepción de las obras, “subsanadas las deficiencias inicialmente observadas”, iniciándose el plazo de un año de garantía. El 9 de febrero de 2005 se otorgó una nueva ampliación del plazo hasta el 12 de marzo de 2005. Finalmente, mediante la Propuesta que se dictamina, de 31 de octubre de 2005, se pretende, entre otros extremos, “dar por recibidas las obras”.

El 17 de octubre de 2005 se emite por la Unidad de Planificación, Evaluación y Sistemas de Información del citado Instituto informe respecto a la certificación final de las obras, en la que se señala que el presupuesto total de la obra ascendió a 10.434.352,02 €, lo que implica un aumento del 14.55 %. Este incremento, unido al importe de la primera modificación, supera el 20% del precio del contrato adjudicado, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el art. 59.3.b) TR-LCAP.

De conformidad con lo establecido en los arts. 11.2.g), 59, 101 y disposición adicional novena.4 TR-LCAP, el órgano de contratación podrá modificar los contratos sólo “por interés público”, que no es otro que la aparición de “necesidades nuevas o causas imprevistas” y mediando como requisitos de procedimiento la “memoria explicativa” de tal necesidad, suscrita por el “Servicio encargado de la dirección y

ejecución de las prestaciones contratadas", la justificación de la "improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación", los informes de "fiscalización previa", de la Comisión Especial de Cuentas de la Corporación y del "Servicio Jurídico"; y, finalmente, la "audiencia del contratista" y el Dictamen del Consejo Consultivo cuando "la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 €" (o el 20% de los recursos ordinarios de la Entidad Local, salvo que el importe resultante sea superior a la citada cuantía en cuyo caso será ésta de aplicación), lo que previsiblemente se cumple en este caso, conjuntamente con la *modificación* que se tramitó en su día.

Además de lo anterior, debe consignarse que integran las actuaciones, que acompañan a la solicitud de Dictamen, la Propuesta de Resolución, los informes del Servicio de Gestión Administrativa, de la Secretaría Delegada y de la Intervención Delegada, *desfavorables* todos a la modificación propuesta. No obra la intervención formal del contratista, aunque de las actuaciones podría desprenderse que ha habido contacto verbal entre el mismo y la Administración, lo que se acredita y confirma por los términos favorables para los intereses de aquél con que se ha redactado el *proyecto de modificado*.

Pero, con carácter general, no se han cumplido los demás trámites, que la Ley exige para la tramitación de un modificado contractual, lo cual fue advertido por los informes, negativos, que se citaron. Básicamente, porque no se tramitó el modificado en el momento en que lo debió ser, siéndolo por la vía de hecho, sin autorización administrativa y de forma verbal, lo que se halla prohibido por el art. 55 TR-LCAP al disponer que "la Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia".

Lo dicho obstaría la legalidad de la tramitación efectuada. Pero la objeción es, aún, más de fondo. Lógicamente, la tramitación de un modificado se debe hacer mientras la ejecución del contrato esté en curso. Ciertamente es que, a veces, la tramitación concluye cuando las obras afectadas por el modificado ya se han ejecutado, porque la ejecución, en ocasiones, impone condiciones y modulaciones en la aplicación de la Ley no siempre formalmente correctas. Pero, en esos casos límites, el contrato todavía está en fase de ejecución, lo cual no sucede en el

presente supuesto. Las obras han sido recibidas y se encuentran ya en garantía. El contrato está ejecutado, luego concluido, por lo que nada hay que modificar.

Que esto es así lo acredita la propia Propuesta, que pretende dar por recibidas las obras, aprobar la certificación final, revisar los precios, aprobar los precios contradictorios y los excesos de medición, así como "convalidar la actuación irregular que se ha producido". Sin embargo, la Propuesta no se refiere a aprobar la modificación del contrato.

III

En efecto, como acabamos de ver, el contenido de la Propuesta, en sus cinco apartados resolutivos, no recoge en absoluto la aprobación de un modificado contractual y ello es lo que debería ser objeto del Dictamen del Consejo, determinando si la modificación pretendida se ajusta o no a los términos que resultan de la legislación de aplicación, que se han extractado anteriormente y que no se han cumplido.

Por otra parte, ha de señalarse que la revisión de precios no puede ser objeto de un modificado contractual, sin perjuicio de que esa revisión sea procedente o no. En efecto, como señala la Intervención, parece cuestionable revisar precios de unas unidades que "no han sido aún aprobadas (y) que difícilmente pueden estar desfasadas" sin que conste por otra parte su fijación contradictoria. La revisión procede, además, mientras el contrato esté en ejecución (art. 104.3 TR-LCAP) y en su determinación se tendrán en cuenta "las oscilaciones reales del mercado" (art. 103.4 TR-LCAP), circunstancias que no concurren en el presente caso, con un contrato ejecutado y unos precios que se refieren a unidades no contempladas en el proyecto y que son ahora valoradas con ocasión de la certificación final de obra. La revisión, en cualquier caso, no es objeto de Dictamen por este Consejo Consultivo.

En realidad, tanto la revisión como la pretendida modificación responden a un mismo objetivo: Compensar al contratista de lo realmente ejecutado, superior a lo contratado, a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. Y es esto, justamente, lo que se deduce de la propia Propuesta, lo que determina que no estemos ante un modificado contractual, sino ante un expediente distinto: El de abono al contratista de lo realmente ejecutado, convalidando la actuación irregular que se ha producido.

En este sentido, podría llegar a entenderse que la intervención de la Dirección de la obra, ordenando la ejecución de las obras y recibéndolas satisfactoriamente, es una actuación que "subsana la falta de acuerdo expreso" (STTSJ de Aragón de 5 de febrero de 2002, JUR 2002/196046), lo que es consecuencia tanto del principio de enriquecimiento injusto como del de "buena fe" (STSJ cit.). Se trataría en este caso de la aplicación, no del *ius variandi*, sino de la concurrencia del *factum principis*, que se refiere no a cargas "ya establecidas (en el contrato) sino a las que surjan *ex novo* en el periodo de ejecución contractual" (STSJ de Castilla y León de 14 de marzo de 2001, JUR 2001/1492).

Al respecto, se observa que consta en el expediente informe de la Dirección Facultativa, según el cual el incremento del precio se debió a un "aumento de las mediciones de las distintas partidas", así como a la "aparición de partidas que no estaban previstas en el proyecto", aunque unas y otras "han sido ejecutadas por la contrata y supervisadas por la Dirección Facultativa de la obra". Se trata, como puede verse, de los dos supuestos de modificación contractual (art. 160 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1.098/2001, de 12 de octubre, RLCAP).

No obstante, realmente, ni el aumento de mediciones, ni la aparición de partidas nuevas han sido tratados como modificaciones contractuales, ni siempre tienen que serlo, como vamos a ver seguidamente.

Cuando se trata del aumento de unidades de obras de las previstas en el proyecto, se podrán abonar en la certificación final de obra con el límite del 10% del precio del contrato. Estaríamos, en este caso, en un incidente contractual y por ello su abono -como el de la obra prevista en el proyecto y realmente ejecutada- se debe y puede liquidar con la certificación final de obra.

Por otra parte, cuando se trata de unidades no previstas, los precios habrán de ser fijados contradictoriamente, y, una vez lo sean, se "considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto" (art. 158.2 RLCAP); pero como el proyecto ya está ejecutado, ya no hay contrato, por lo que analógicamente el precio de esas unidades debiera ser el que corresponda a la fecha de la *adjudicación* de las mismas, o lo que es lo mismo, la del encargo por la Dirección Facultativa.

En definitiva, en el presente caso, no estamos ante una modificación del contrato de ejecución del proyecto de construcción del Centro Sociosanitario Hospital Nuestra Señora de los Dolores, por las siguientes razones:

A. La modificación se referiría a un contrato ya concluido, habiéndose firmado el acta de recepción el 4 de febrero de 2005, iniciándose desde entonces el cómputo del plazo de garantía de un año.

B. No se ha tramitado un expediente de modificación contractual, no habiéndose realizado los trámites establecidos legalmente (art. 146 TR-LCAP).

C. La Propuesta de Resolución que se eleva al Consejo Rector del Instituto, no propone aprobar ningún modificado, sino conforme al Acuerdo cuarto, "convalidar la actuación irregular que se ha producido", como señala el considerando octavo "a efectos de regularizar la situación creada por la vía de hecho (...) con el objetivo de evitar una situación de enriquecimiento injusto por parte de esta Administración".

En consecuencia, ni la Propuesta de Resolución se refiere a una modificación contractual, ni el procedimiento seguido es el que corresponde a una verdadera modificación contractual y por ello este Dictamen no es el que, con carácter preceptivo, exige el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [art. 59.3.b)].

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es objeto de Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, al no estar en presencia de una verdadera modificación contractual por las razones expuestas en el Fundamento III anterior.