



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 9 / 2 0 0 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de julio de 2006.

Dictamen solicitado por el Sr. Presidente del Consorcio Sanitario de Tenerife en relación con la *modificación del contrato administrativo relativo al Proyecto del Edificio de Actividades Ambulatorias del Consorcio Sanitario de Tenerife (EXP. 288/2006 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El 25 de julio de 2006, tuvo entrada en el Consejo escrito del Presidente del Consorcio Sanitario de Tenerife, mediante el que interesaba -de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en los arts. 11.1.D.c) y 12.3, de conformidad a la interpretación efectuada por este Consejo de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo (LCC), 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-2000) preceptivo Dictamen, por el procedimiento de urgencia (art. 20.3 LCC), respecto a la aprobación del Proyecto de Modificación del Edificio de Actividades Ambulatorias del Consorcio Sanitario de Tenerife, delegada, así como la aprobación de toda la tramitación, en la Presidencia del Consorcio, por Acuerdo del Consejo de Administración de 4 de mayo de 2006.

Debe resaltarse que el contrato en cuyo seno se ha generado el presente expediente de modificación fue adjudicado por Acuerdo del Consejo de Administración del Consorcio (CST) el 18 de septiembre de 2002 por importe de 34.480.021 euros y un plazo de ejecución de 27 meses, a la UTE formada por F.

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

CONSTRUCCIÓN S.A. - V. CONSTRUCCIONES, P., S.A., habiéndose formalizado el contrato el día 25 de noviembre de 2002.

2. Sobre la solicitud de tramitación urgente.

Tal solicitud está motivada por la situación actual que atraviesa la Unidad de Radioterapia del Hospital ante la creciente demanda asistencial de la misma y la insuficiencia de medios materiales para hacerle frente, teniendo en cuenta que las patologías tratadas requieren un tratamiento urgente que no admite listas de espera, por lo que se trata de dar una más ágil respuesta a esta situación, generada en la Sanidad canaria en general y en el Consorcio Sanitario de Tenerife en particular.

3. El Consorcio Sanitario de Tenerife está constituido como un consorcio administrativo de carácter público entre la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo Insular de Tenerife, con objeto de asumir la gestión consorciada (art. 6.5 LRJAP-PAC) del Hospital Universitario de Canarias y de diversas Unidades del Hospital Psiquiátrico de Tenerife. Los estatutos que rigen el Consorcio, aprobados por el Gobierno el 15 de febrero de 2000, fueron publicados en el BOC nº 73, de 14 de junio.

II

1. Se somete a la consideración del Consejo *la modificación* del contrato de referencia, mediante la que se pretende satisfacer un interés público sanitario, dada la apremiante necesidad de contar con una nueva Unidad de Radioterapia, para atender la demanda asistencial, con la urgencia que requieren las patologías tratadas; por otro lado ubicar la Cirugía Mayor Ambulatoria con cuatro quirófanos.

El expediente de modificación contractual remitido consta esencialmente de los siguientes documentos:

a) Contrato suscrito entre el CST y la U.T.E. "F. Construcción, S.A.-V. Construcciones, P., S.S. (en adelante UTE H. F.-V.).

b) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

c) Addendas al Contrato de fechas:

- 9 de enero de 2004

- 29 de abril de 2004
- 25 de febrero de 2005
- 10 de octubre de 2005
- 24 de abril de 2006
- 12 de mayo de 2006

d) Informe de la Dirección de Gestión.

e) Copia simple de Certificado del Grupo Operativo.

f) Copia simple de informe nº 112 de la Dirección Económico-Financiera Adjunta.

g) Borrador de Decreto de aprobación.

h) Borrador de la Addenda.

i) El Proyecto se indica a disposición en el Servicio de Contratación.

Consta además en el expediente:

- Copia de los escritos de la Presidencia del Consorcio solicitando audiencia al Contratista.
- Copia del escrito de conformidad del Contratista a la modificación.
- Informe jurídico de la Secretaría del CST.
- Informe del Interventor del CST.

Las razones que determinan la necesidad del modificado derivadas de "la problemática planteada (...) por la situación que atraviesa la Unidad de Radioterapia del Hospital ante la creciente demanda asistencial de la misma y la insuficiencia de medios materiales para hacerle frente" la que determina la conveniencia de proceder "a ejecutar una nueva Unidad de Radioterapia en el edificio de actividades ambulatorias mediante la construcción de una planta más".

En puridad, se trata de una obra que iba a ser objeto de la tercera fase del Plan Director, a fin de que sea incluida en la segunda fase del mismo, que es la vigente

(informe del Director de Gestión del Consorcio, de 18 de julio de 2006), al objeto de satisfacer con la urgencia requerida por el interés público sanitario la demanda social referenciada.

El importe de la obra asciende a 17.240.010 euros, que se incrementan al precio inicial para dar un precio total de 51.720.031 euros, por lo que el modificado supone un aumento del precio inicial del 50%.

2. De la legislación contractual aplicable resulta que en materia de modificación de contratos el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de modificar los contratos "por razones de interés público" previa audiencia del contratista (arts. 59.1 y 101 TR-LCAP) siempre que "sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas" (art. 101.1 TR-LCAP, "previo informe del Servicio Jurídico" (art. 59.2 TR-LCAP), el informe preceptivo del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando el importe de la modificación sea superior al 20% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,40 euros" [arts. 59.3.b) y 101.3 TR-LCAP], lo que es el caso), el asimismo preceptivo "informe de fiscalización a que se refiere el art. 11.1.g) del Texto Refundido, y el informe presupuestario (art. 101.3 TR-LCAP), debiéndose incorporar al expediente Memoria explicativa suscrita por el Director facultativo, donde debe quedar constancia de las circunstancias no previstas [subapartado a)], la justificación de la improcedencia de una nueva licitación [subapartado b)], y el informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos [subapartado c)]".

Serán obligatorias para el contratista las modificaciones, sean aumento, reducción o supresión de las unidades de obra, y la sustitución de una clase de fábrica por otra"; también "la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas", pudiendo ser o no aceptadas por el empresario, pudiendo en este último caso ser contratadas con un tercero siempre que el importe no exceda del 20% del precio del contrato primitivo (art. 146.2 TR-LCAP), pues si lo hiciera sería causa de resolución contractual [art. 149.e) TR-LCAP] potestativa de ambas partes (art. 112.2 TR-LCAP). Son concordantes con los preceptos mencionados del TR-LCAP los arts. 101, 102, 141 y 158 a 162 del Reglamento General de la Ley de Contratos.

Constan en el expediente los informes de acuerdo con la modificación tal cual se ha tramitado. La Asesoría Jurídica emite informe con carácter favorable, condicionado al informe de la Intervención del CST, sobre la existencia de crédito

suficiente, informe que sí figura en el expediente y sobre el que luego se volverá. Se trata, como se anticipó, de un modificado que atiende a necesidades que no son nuevas ni imprevistas, pues las obras que conciernen a este modificado estaban previstas dentro de la tercera fase del Plan Director de obras, adelantándose a esta segunda fase por “la creciente demanda asistencial de servicios de Radioterapia (...) que no admite listas de espera”, según se expresa por la Dirección Facultativa en la Memoria del proyecto modificado.

Se trataba de una previsión que ha debido ser anticipada por interés público y desde este punto de vista puede decirse que hay “necesidades” nuevas que avalan y fundamentan la necesidad de un reformado.

En realidad, como se dijo, no se trata de causas que conciernan o interfieran la correcta ejecución del contrato adjudicado, que debe ser capaz de dar lugar a una obra completa. No ha habido imprevisión del proyecto; tampoco se trata de un aumento de unidades de obras derivadas de ciertas causas que conciernan exclusivamente al objeto del contrato principal. Se trata de una nueva necesidad que ha surgido después de la adjudicación del contrato y que se estima conveniente ejecutar.

En este sentido “la prevalencia del fin sobre el objeto es una de las características que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin” (SSTS de 21 de enero de 1992 y 29 de mayo de 1995). El Consejo de Estado en su Dictamen num. 55.586, de 10 de enero de 1991, dictamina que “la prerrogativa de la Administración, en la modificación del contrato administrativo exige la concurrencia de la razón de interés público, que debe ser afirmada, de modo principal, por el propio órgano de contratación”. El mismo alto Órgano Consultivo, en su Dictamen num. 54.473, de 8 de junio de 1990, determina que “el poder de modificación contractual en cuanto potestad exorbitante por su carácter unilateral y excepción al principio de concurrencia que rige en la contratación administrativa tiene como límite aquellas alteraciones por el sistema de contratación administrativa como contratos nuevos. Sólo excepcionalmente cabe superar esos límites, cuando se acrediten previamente las causas que lo justifican en los términos legalmente exigidos”.

III

1. La Memoria que acompaña al Proyecto es de septiembre de 2004; el informe de supervisión es de 2 de mayo de 2005; el informe-propuesta de aprobación del proyecto de modificación contractual, del Consejo de Administración, órgano competente, fue de 4 de mayo de 2006; el informe del Grupo Operativo de las obras es de 27 de junio de 2006; la audiencia del contratista se realizó el 20 de julio de 2006; el informe jurídico fue emitido el 24 de julio, de conformidad condicionada al informe de Intervención; el informe de la Intervención del CIT, de fiscalización previa, negativo hasta tanto se subsanen las observaciones indicadas en el Informe, es también de 24 de julio de 2006, por la concurrencia de diez de ellas: ausencia del informe de la Intervención General [art. 6.2.d) del Decreto 28/1997, de de 6 de marzo, de la Intervención General], no preceptivo como se verá; necesidad de reajustar las cantidades relativas a la retención adicional a que hace referencia la disposición adicional decimocuarta del Texto Refundido, si bien el propio Interventor informante dice “no obstante una vez se haya realizado la modificación presupuestaria dicha modificación es posible y totalmente procedente (...) por lo que el Órgano de Contratación debería realizar el reajuste”; la inexistencia de crédito disponible, por “no haberse incorporado al expediente los documentos AD correspondientes”, si bien existe Informe nº 112 de la Dirección Económica Financiera del CST, certificando la existencia suficiente de crédito presupuestario, con expresión de los conceptos y la pendencia de modificación presupuestaria, por importe de 16.198.705 euros en aplicación de la Orden de la Consejería de Sanidad de 21 de junio de 2006; ausencia en el expediente del acta del Consejo de Administración del Consorcio que acredite la competencia delegada de la Presidencia para esta modificación contractual, que existe, sin embargo; y la petición de Dictamen es de 25 de julio, lo que permite suponer que la Propuesta de Resolución fue redactada el 24 o el 25 de julio, sin atender a las objeciones que se hicieron constar en el informe de fiscalización previa, antes extractadas, y que deben ser asumidas, lógicamente, en este Dictamen, al objeto de determinar su cumplimiento.

2. El objeto de Dictamen es la Propuesta de Resolución que acompaña y culmina el procedimiento tramitado (en este caso, el Proyecto de Decreto de la Presidencia del CST que cierra el expediente). Hay que entender que lo que se denomina “borrador” es lo que en la inteligencia del expediente remitido *es la Propuesta de Resolución*, pero el concepto “borrador”, que no existe en la Ley, es una calificación intermedia entre apuntes informales y Anteproyecto de acto. Como tal puede ser

seguido de uno o varios borradores y Anteproyectos hasta que se formule el Proyecto que en puridad debiera ser el objeto del Dictamen de este Consejo.

Y, en efecto, la *Propuesta* que se acompaña, presta conformidad al modificado y ordena el reajuste de la fianza y la retención adicional de crédito a que se refiere la disposición adicional decimocuarta del Texto Refundido, pues de la ampliación de plazo resultante del modificado resulta que la obra está prevista sea acabada el 15 de marzo de 2007, puesto que la citada retención adicional de crédito (que la Propuesta denomina "reserva") se "aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final", según recuerda el Interventor del CST.

Respecto a la preceptividad del informe de la Intervención General, cuando intervenga el Consejo Consultivo [art. 6.2.d) del Decreto 28/1997) es necesario advertir que el CST y su intervención (que no es una intervención delegada de la Intervención General, sino completa) no se encuentran comprendidas en el ámbito de la función interventora regulada en el art. 15 del Decreto 28/1997, que el CST goza de personalidad jurídica plena e independiente de la de sus miembros (art. 4 Estatuto del CST) y que el Interventor del Consorcio (art. 27 de los Estatutos), funcionario de carrera del grupo A de cualquiera de las Administraciones Públicas que integran el Consorcio, "será nombrado por el Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias".

En este sentido el apartado 2º de la Circular 1/2006 de la Dirección General de Planificación y Presupuesto sobre la tramitación de expediente de modificación y otras actuaciones con repercusión presupuestaria en el ámbito del Consorcio de Tenerife, determina: "Las alusiones a la Intervención General o Intervención Delegada (...) se entenderán referidas a la Intervención del Consorcio".

3. El órgano de contratación es el competente para modificar el contrato (art. 59.1 TR-LCAP), por lo que es el Consejo de Administración (art. 8.1.j) Estatutos, "delegable de conformidad con las cuantías que, a tal efecto, acuerde el propio Consejo de Administración). Este Consejo, en sesión celebrada el 4 de mayo de 2006, delegó, entre otras cuestiones atinentes a la contratación, en la Presidencia "la competencia para modificar el contrato por un importe máximo de licitación de 17.240.010 euros", que, en efecto, es el importe al que asciende el modificado.

El mencionado Acuerdo del Consejo de Administración reunido en sesión extraordinaria fue adoptado constanding en el Acta la reserva de su ratificación a la aprobación definitiva.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento tramitado para la Modificación del contrato de obras del Proyecto del Edificio de Actividades Ambulatorias del Consorcio Sanitario de Tenerife, se considera ajustado al marco jurídico que le es de aplicación, si bien se realizan determinadas observaciones en el Fundamento III.