



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 202/2008

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de junio de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución formulada por el Área de Cultura y Patrimonio Histórico y Museo del Cabildo Insular de Tenerife, por la que se acuerda la tercera modificación del contrato de ejecución de las obras de construcción del Instituto Óscar Domínguez de Arte y Cultura Contemporánea (EXP. 192/2008 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El 28 de abril de 2008 tuvo entrada en el Consejo escrito, fechado cuatro días antes, del Presidente del Cabildo de Tenerife mediante el que solicitaba -de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en los arts. 11.1.D.c), 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)- la emisión por el procedimiento ordinario de preceptivo Dictamen de este Organismo sobre la Propuesta de Resolución formulada por el Área de Cultura y Patrimonio Histórico y Museo del Cabildo Insular de Tenerife, a adoptar en su día de forma definitiva por el Consejo de Gobierno Insular, por la que se acuerda la *tercera modificación* del contrato de referencia.

2.¹

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

II

1. El órgano de contratación, en este caso el Consejo de Gobierno Insular, es el que tiene competencia para modificar el contrato (art. 59.1 TR-LCAP), dando audiencia al contratista y, toda vez que la modificación propuesta, con las anteriores aprobadas, supone un aumento que supera el 20% del precio del contrato adjudicado, requiriéndose previamente la preceptiva intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma [arts. 59.3.b) y 146.1 a 3 TR-LCAP].

Tal modificación no es absolutamente discrecional, sino que se supedita por la Ley, ante todo, al interés público (art. 101 y disposición adicional novena. 4 del TR-LCAP), cuya existencia ha de acreditarse, siendo en realidad el mismo que justifica la realización de las obras y su contratación en la forma y trámites legalmente previstos, con afectación de derechos de terceros, particularmente el de las personas intervinientes en la licitación.

Además, con obvia conexión pero no equivalencia con lo antedicho, se exige que la modificación propuesta se deba a necesidades nuevas surgidas en la ejecución del contrato, o a causas imprevistas al redactarse el proyecto y adjudicarse aquél. Y, en fin, cuando la Dirección facultativa considere necesaria la modificación del proyecto, ha de recabar autorización para tramitarla al órgano de contratación, la cual, pese a ser recabada por aquélla, en este caso no consta producida, como la propia Administración señala; motivo seguramente por el que la Propuesta de Resolución incluye una previsión de convalidación, por el órgano de contratación lógicamente, de las actuaciones tramitadas.

Sin embargo, el acto que fundamentalmente pudiera estar afectado por el vicio en cuestión es la propia Resolución del órgano de contratación cuya Propuesta se analiza, siendo éste el acto cuya convalidación sería requerida, y el vicio producido es la ausencia de autorización para iniciar el procedimiento de modificación que ha de emitir el mismo órgano que la convalidaría. En esta tesitura, lo correcto sería que, previamente a resolver, el órgano de contratación emitiera su autorización, convalidando las actuaciones producidas, aunque pueda entenderse que, al aprobar el expediente y resolver favorablemente la modificación, subsana la ausencia de su autorización previa, con los efectos consiguientes.

Por otro lado y sin perjuicio de lo que luego se dirá al respecto, ha de observarse que no sólo es el órgano de contratación quien habría de pronunciarse sobre los reparos expuestos por el Interventor al procedimiento tramitado, sino que, aunque

algunos de éstos ya han sido subsanados, los que no lo hubieran sido pueden ser ciertamente contestados y superados por dicho órgano, resolviendo sin tenerlos en cuenta en su caso.

2. En cuanto a los requisitos de procedimiento, el art. 101.3 TR-LCAP dispone los siguientes: La "memoria explicativa" de tal necesidad; 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"; la "audiencia del contratista"; y, finalmente y según se apuntó antes, 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 €".

Pues bien, tales exigencias se han tratado de cumplimentar en el presente caso, aunque se significa que, sin perjuicio del escrito del Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, de 29 de mayo de 2008, al que luego haremos mención, la Propuesta no contiene ampliación del plazo de ejecución del contrato -que finalizó, el 15 de mayo de 2008-, siendo así que el gasto plurianual con cargo al que se va a financiar la ampliación se extiende durante los ejercicios de 2008 y 2009. Lo que, según la Intervención, no se ajusta a lo preceptuado en el art. 14.2 y 3 TR-LCAP, en relación con el art. 174 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

3. El 22 de diciembre de 2005 se presentó la solicitud de autorización del modificado nº 3; desde esa fecha, han pasado dos años hasta llegar al momento de la aprobación del mismo por el órgano de contratación. Es más, no fue hasta el 20 de octubre de 2006 tras la presentación por la contrata de la solicitud de modificación, cuando éste se pone en marcha, con dificultades, obligando a la rectificación del proyecto presentado previa emisión de informes de conformidad condicionada a resultas de su adaptación a la legalidad vigente. Por tanto, esta dilación, producida por las razones indicadas, de casi un año se ha extendido por el tiempo que restaba para la ejecución del contrato tras su segundo modificado, de modo que, casi vencida la fecha de la misma, es cuando se concluye el procedimiento y se interesa de este Consejo la emisión del preceptivo Dictamen.

Con fecha 29 de mayo de 2008, se recibió escrito del Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, complementando el expediente remitido junto con la solicitud de Dictamen, por el que se adjunta el Acuerdo adoptado por el Consejo de

Gobierno Insular, en sesión celebrada el 5 de mayo de 2008, “por el que se concedió una prórroga en el plazo de ejecución del citado contrato hasta el día 15 de septiembre de 2008”.

III

1. En relación con la adecuación jurídica de la Propuesta analizada, en primer lugar ha de observarse, en relación con lo antes expresado sobre el informe del Interventor, que la previsión de que el abono de las obras se haga con cargo a créditos plurianuales exige que, de acuerdo con las previsiones legales aplicables (arts. 14 TR-LCAP y 174 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales), dicho abono sea coherente con la ejecución de las mismas, estando por demás expresamente prohibido su pago aplazado; circunstancia que, en el presente caso, no se produce vista la fecha de finalización de las obras, incluso con su última prórroga, en relación con el avanzado estado de las mismas y el plazo adicional que, justificadamente, sea necesario para ejecutar el modificado propuesto.

2. Por lo que respecta a las causas que motivan la necesidad de la modificación que se ha tramitado, se recuerda que la misma obedecía a varios factores.

Así, se alega que la entrada en vigor del nuevo Reglamento electrotécnico de baja tensión e instrucciones técnicas complementarias obligó a “un replanteo general de los capítulos de baja tensión, iluminación y emergencia, parte eléctrica de la climatización, línea de media tensión y centro de transformación y grupo electrógeno”. El citado Reglamento se aprobó por Real Decreto de 2 de agosto de 2002, mientras que la adjudicación del contrato para la redacción del proyecto fue efectuada el 20 de diciembre de 1999 y, con base ciertamente en ese proyecto, el contrato de ejecución de las obras fue adjudicado el 14 de octubre de 2002, realizándose con posterioridad su formalización y la comprobación del replanteo.

El resto de las modificaciones han sido debidas a circunstancias que de una u otra forma han surgido por nuevas necesidades derivadas de la actualización y modernización de medios y técnicas, comprensible dado el enorme lapsus de tiempo transcurrido desde la adjudicación del contrato (cinco años y medio).

Así, la “actualización del cableado estructurado y electrónica de red” vino exigida por la necesidad de hacerla “compatible con las redes actualmente existentes en las sedes el Cabildo Insular”, consecuencia de “la innovación tecnológica y los avances de la domótica y la gestión de edificios inteligentes en los últimos años”.

En esta línea, se ha considerado pertinente sustituir el carácter singular de determinadas prestaciones por un "sistema de gestión de seguridad", del que dependerá el "control de accesos, la gestión de alarmas, la detección de intrusos, las imágenes de vídeo y distintivos, la partición de una base de datos y un sistema de base de datos externos compartiendo toda la información del personal".

Por último, también se alega que la variación en la "concepción lumínica en el campo exterior y en el ámbito de la biblioteca, así como la actualización de referencias en materiales lumínicos" se encuentra en la base de nuevas partidas.

3. En otro orden de cosas, de conformidad con los arts. 146 TR-LCAP y 160 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1.098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), existen dos supuestos de modificaciones contractuales.

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. Se trataría en este caso de 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.

Cuando se trata de unidades no previstas, que es lo que acontece en el presente caso, los precios habrán de ser fijados contradictoriamente y, cuando lo sean, se "considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto" (art. 158.2 RLCAP), constando que el contratista ha prestado expresa conformidad a los mencionados precios, por lo que nada hay que objetar al respecto.

4. Por último, siendo su relevancia primordial, como inicial exigencia legal de interés público en el modificado, ha de advertirse, en relación con el sentido y consecuencias de esta exigencia expuesta anteriormente en este Dictamen, que tal interés ha de quedar suficientemente justificado en el expediente, de modo que se acredite objetivamente que no procede una nueva licitación respecto a las obras a realizar a consecuencia de la modificación propuesta.

En este sentido, el Informe de la Sección Técnica de Patrimonio Histórico, de fecha 7 de abril de 2008, al que se remite de conformidad la Asesoría Jurídica de la Corporación, es favorable a la modificación del contrato, señalando que "Visto los antecedentes, la marcha de los trabajos, la realidad de la obra, se justifica técnicamente dicho Modificado nº 3", añadiendo, un tanto escuetamente que "por

operatividad y razones de economía procedimental en la contratación de la obra, no es aconsejable proceder a una nueva licitación". En este aspecto, este Organismo considera que debieran desarrollarse las anteriores razones justificativas relacionadas con el interés público tal y como demanda el art. 101.3.b) TR-LACP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho. No obstante, se efectúan determinadas observaciones en el Fundamento III.