



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 347/2008

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de septiembre de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la modificación nº 3 del contrato de ejecución de la obra del denominado "Centro Insular de Atletismo de Alto Rendimiento en Tíncer", en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife (EXP. 345/2008 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 28 de julio de 2008, el Presidente del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife interesó, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 59.3 y 101.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), preceptivo Dictamen por el procedimiento de urgencia, de conformidad con el art. 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con la Propuesta de Resolución, con forma de informe-propuesta del Servicio Administrativo de Deportes, a adoptar en su día de forma definitiva por la Comisión Insular de Gobierno, del procedimiento relativo a la tercera modificación del contrato de ejecución de la obra del denominado Centro Insular de Atletismo de Alto Rendimiento en Tíncer.

2. La solicitud de Dictamen, como se ha expresado, ha sido cursada por el procedimiento de urgencia. Dicha urgencia no ha sido justificada en debida forma.

Este Consejo ha reiterado en otras ocasiones, que su Ley dispone para la tramitación del procedimiento de urgencia que deben existir razones objetivas y contrastadas, expuestas por la autoridad solicitante del Dictamen. Justamente, en

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

cuanto norma excepcional, que modula la regla general, debe ser de interpretación restrictiva en aras a la integridad de la función consultiva. Por tanto, no basta una simple cita apodíctica del precepto legal (art. 20.3 de la Ley 5/2002) para fundamentar la urgencia, sino que esta urgencia debe basarse en razones de índole objetiva o temporal, de forma que de las mismas se desprenda que la tramitación por el procedimiento ordinario conllevaría un perjuicio para el interés público, al que este Consejo también debe servir.

Nada de ello se desprende del expediente remitido, al menos formalmente considerado, aunque desde luego del mismo se deriva un notable interés en que el contrato sea ejecutado y terminado a la mayor brevedad posible, dado el lapsus temporal transcurrido desde la adjudicación del mismo. Pero la conveniencia de la urgencia no debe ser confundida con las razones materiales que fundamentan una petición formal de que el procedimiento se tramite por el procedimiento de urgencia, porque en tal caso se traslada a este Consejo las consecuencias materiales del retraso en la ejecución contractual, pudiendo afectar a que este Consejo realice su función con las debidas garantías. Más todavía en un expediente contractual de la complejidad y tamaño del presente.

No obstante ello, este Consejo cumple con su función y emite el Dictamen solicitado en el tiempo requerido, siendo por lo demás consciente de que el interés público no puede sufrir mayor retraso por la posible diversa interpretación de las reglas de procedimiento efectuada por los distintos Organismos que hayan tomado razón del procedimiento seguido.

II

Se somete a la consideración del Consejo *la tercera modificación* del contrato de referencia, cuyas incidencias más significativas de procedimiento son las siguientes:

1. El 16 de julio de 2002, se suscribió un Convenio Administrativo de colaboración entre el Cabildo Insular y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, para la ejecución de la obra del "Centro Insular de Atletismo de Alto Rendimiento de Tíncer", en el que se establecen las obligaciones y aportaciones de las partes; el Cabildo se obligaba a aprobar el proyecto de obra, contratar y ejecutar la misma, aportar 5.057.449,15 euros y el 75% del importe de los posibles modificados; por su parte, el Ayuntamiento se obligaba a poner a disposición del Cabildo los terrenos, contratar la redacción y dirección del proyecto de obra, aportar un estudio

geotécnico de los terrenos, así como 1.685.816,39 euros y el 25 % del importe de los posibles modificados.

2. El 20 de enero de 2003, la Comisión Insular de Gobierno de la Corporación Insular adjudicó el contrato de referencia a la empresa D.O.P., S.A. por un importe de 8.181.959,22 € y un plazo de ejecución de 20 meses a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, que se efectuó el 24 de marzo de 2003.

3. El 9 de junio de 2.004, la Arquitecta de la Corporación Insular informa de la procedencia de la redacción de un primer proyecto modificado, que respondía a la realidad del terreno, pues realizado el correspondiente informe geotécnico, se descubren en el subsuelo de la parcela escorias volcánicas, canales e incluso cuevas “que obligan a cambiar totalmente el concepto de la estructura” El día 5 de julio de 2004, se toma razón de la existencia de una “canalización subterránea del barranco denominado Los Pescadores en el solar donde se están ejecutando las obras”, acordándose, desde el punto de vista técnico, el 14 de septiembre siguiente, la paralización de la obra en esa zona, ya que encima de la misma se sitúan “el muro de escollera, (...) la estructura de hormigón armado que configura la entrada-salida de maratonianos y (...) la estación transformadora”.

4. El 14 de marzo de 2005, se aprobó una primera modificación del contrato, por un importe de 1.628.398,64 euros, lo que equivale al 19.90% del original, quedando establecido el precio total en 9.810.357,66 €, y fijándose como fecha de término de ejecución del contrato la de 31 de enero de 2006.

5. El 17 de julio de 2.006 se formula informe-Propuesta de Resolución en el que se recoge que, previos los informes correspondientes, se tramite un segundo proyecto modificado de la obra de referencia. La necesidad de este *segundo modificado*, que fue dictaminado por este Consejo Consultivo, se debió a la aparición de necesidades nuevas o causas imprevistas que afectaban a la instalación eléctrica, los servicios de megafonía y de circuito cerrado de televisión, el servicio de prevención de incendios, los aparcamientos, las dependencias e infraestructuras anexas de servicio al estadio, al espacio *indoor*, al salón de actos, a las cabinas de *video finish* y prensa, al pavimento de la pista, y a la adecuación urbana de la plaza y puertas de acceso.

El importe de este modificado fue de 5.989.937,96 euros, lo que supuso más del 20 por ciento del precio de adjudicación inicial, ascendiendo el presupuesto total de

ejecución del contrato a 15.800.295,61 €, ampliándose el plazo de ejecución de la obra hasta el 5 de marzo de 2007.

6. En el mes de diciembre de 2006, tres meses después del segundo modificado, la contrata manifestó la necesidad, también apreciada por la Dirección Facultativa, de un *tercer modificado*. En agosto de 2007 se llegó a un acuerdo sobre su alcance, "no obstante lo cual se han ido ejecutando una serie de unidades bajo la supervisión de la Dirección Facultativa".

(...) ¹

III

1. En relación con el cumplimiento de los requisitos establecidos para la válida tramitación de la modificación contractual en el Texto Refundido, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por el R.D. 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), se señala lo siguiente.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.2.g), 59, 101 y disposición adicional novena.4 del citado Texto Refundido, el órgano de contratación podrá modificar los contratos sólo "por interés público", que se concreta en la aparición de "necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente".

La modificación debe seguir un procedimiento determinado, cuyos trámites son: "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 (modificaciones), aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 €", cuantías que se han superado por la *modificación* que se tramita.

2. En relación con el cumplimiento de los requisitos anteriores, se señala que en el expediente remitido a este Consejo Consultivo constan el informe favorable de la Dirección Facultativa y el informe-Propuesta redactado por el Servicio Administrativo de Deportes. Asimismo, se han realizado los informes de la Intervención General,

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

desfavorable, y de la Asesoría Jurídica. Igualmente, consta el Dictamen favorable de la Comisión Especial de Cuentas y la conformidad de la contrata a los precios de las nuevas unidades de obra y al nuevo plazo de ejecución de la obra, conformidad cuestionada por la Intervención por cuanto el firmante no acreditó su poder de representación.

Con carácter general, pues, se han cumplido los requisitos formales que la Ley exige para la tramitación de un modificado contractual, aunque esta afirmación es matizable en los términos que se verán seguidamente.

3. En efecto, de conformidad con el art. 101.1 TRLCAP, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándose en el expediente.

Se admiten, por tanto, excepciones a la regla general de la inalterabilidad de los contratos, siempre que existan "razones de interés público", que esas alteraciones sean debidas a "necesidades nuevas o causas imprevistas" y aparezcan "justificadas en el expediente".

Y ello, porque una aplicación indebida de la causa generadora de la modificación contractual lesionaría los derechos o las legítimas expectativas de los demás licitadores. Lo anterior obliga a que deba precisarse que estamos ante necesidades nuevas o causas imprevistas y no ante una imprevisión o error del proyecto, cuyas consecuencias, en su caso, no deben tener solución automática dentro del modificado contractual.

Es de tener en cuenta, además, que existen varios supuestos de modificación contractual (art. 160 RLCAP), cuyos regímenes jurídicos son distintos en cada caso.

Cuando se trata del aumento de unidades de obras o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea una de las previstas en el proyecto, la modificación es obligada para el contratista (art. 146.1 TRLCAP).

En el caso de que existan unidades no comprendidas en el proyecto, los precios habrán de ser fijados contradictoriamente, y, mediando conformidad, se "considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto" (art. 158.2 RLCAP).

4. A la vista de lo expuesto anteriormente, son diversas las *objeciones* que se pueden hacer desde el punto de vista jurídico a la tramitación del presente procedimiento de modificación.

A. La primera objeción, de carácter general, es respecto de la existencia o no en este *modificado de razones de interés público, debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas*. En efecto, estamos ante el tercer modificado del contrato, de los que este Consejo dictaminó el segundo, no así el primero porque *su importe alcanzó el 19.90% del original*, lo que hacía que su intervención no fuera preceptiva. El segundo modificado -dictaminado por este Consejo- ya implicó un aumento del precio del 61.05%, siendo la nueva fecha de terminación el 5 de marzo de 2007. Con este tercer modificado, la obra ha duplicado largamente su precio, lo que podría deberse a posibles imprevisiones en la proyección o defectos en la ejecución, incompatibles con los principios básicos de la contratación administrativa, entre ellos el de igualdad de los licitadores.

Se resalta que el tercer considerando de la Propuesta dice que "a la vista del contenido de los informes de la Dirección Facultativa y del informe del Técnico Gestor de esta Corporación, de fecha 13 diciembre de 2007, se advierte que es necesario acometer una serie de unidades de obras como resultado de defectos o imprevisiones del proyecto", sin que en ninguno de los citados informes se manifieste que las mismas se deben a "necesidades nuevas o causas imprevistas". Y debe añadirse, sin que se justifiquen de forma expresa las razones de interés público.

El Consejo de Estado, en Dictamen de 10 de enero de 1991, considera que en la modificación del contrato administrativo se exige la concurrencia de la razón de interés público, que debe ser afirmada, de modo principal, por el propio órgano de contratación.

Asimismo, el Consejo de Estado, en Dictamen de 8 de junio de 1990, señala que el poder de modificación contractual, en cuanto potestad exorbitante por su carácter unilateral y excepción al principio de concurrencia, *tiene límites que sólo excepcionalmente cabe superar, cuando se acrediten previamente las causas que lo justifican, en los términos legalmente exigidos*.

Por lo demás, con la justificación expresa del interés público de la modificación contractual, se acredita la procedencia de la continuación del contrato y que no se opta por la resolución contractual potestativa.

B. En lo que atañe a las “las necesidades nuevas o causas imprevistas” justificadoras de la tramitación del modificado, no quedan absolutamente explicitadas en el expediente. De hecho, hubo varias peticiones de informes en ese sentido *-entre otros, a la Dirección Facultativa, que no contestó-*, así como respecto de “la variación de medición de unidades de obra existentes [(...) las] nuevas unidades de obra que se incorporan [(...) y] las unidades de obra que se han suprimido”. Esta justificación procede para la determinación de la naturaleza del modificado tramitado y su adecuación a las distintas previsiones de la legislación de aplicación.

Es de tener en cuenta que en la misma Propuesta de Resolución, inmediatamente antes de la parte resolutive, se manifiesta que “a la vista de lo expuesto y teniendo en cuenta que, por un lado, *en ninguno de los informes técnicos que obran en el expediente se aducen las necesidades nuevas o causas imprevistas que conforme a lo contemplado en el art. 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas deberían de justificar la modificación del contrato*, pero que, por otro, de los citados informes se deduce que nos encontramos ante una serie de unidades de ejecución obligada para la correcta finalización del Centro Insular, SE PROPONE (...) 1º Aprobar el Proyecto Modificado nº 3 (...)”.

En este contexto, se significa que en el escrito de 13 de junio de 2008, del Servicio Administrativo de Deportes a la Asesoría Jurídica, se manifiesta que aunque no se hayan explicitado las causas nuevas o imprevistas que justificarían el modificado tramitado, “lo que sí se infiere de los distintos informes técnicos que obran en el expediente *es que se trata de unidades de obra que necesariamente deben ejecutarse para que la instalación, tras la finalización de las obras, pueda gestionarse de forma satisfactoria*”. Es decir, que parece que se trata de unidades de obra convenientes para maximizar la instalación. De los diferentes informes que apoyan la necesidad del modificado, se desprende que las diferentes unidades de obra que se contemplan responden a la naturaleza de obra complementaria destinada a mejorar las prestaciones; y al observar las causas que motivan la modificación, en el apartado relativo a las instalaciones, se observa que la mayoría de las mismas se refieren a “*mejoras*” del proyecto inicialmente contratado. En este sentido, cabe entender que, en cierta medida, se trata de actuaciones que no conciernen a la obra en sí misma considerada, sino al funcionamiento del servicio público que se pretende prestar con las instalaciones a construir.

Además de justificarse que las modificaciones son debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, conforme al mencionado art. 101 TRLCAP, en su apartado 3.b) y último punto, también habrá de justificarse la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación.

Por otro lado, tampoco cabe considerar que las obras correspondientes al tercer modificado, que ahora se propone, pueden ser calificadas de complementarias, de acuerdo con lo previsto en el art. 141.d) TRLCAP y a los fines allí establecidos.

C. De hecho, fue el 18 de abril de 2007 *-es decir, con el plazo de ejecución ya vencido-* cuando la Dirección Facultativa informó sobre la necesidad de un nuevo modificado pues en "la puesta en marcha del estadio de atletismo de Tíncer han surgido nuevas unidades de obra complementarias", lo que se asumió de forma inmediata por el Consejo de Gobierno Insular en sesión de 19 de abril de 2007, al autorizar la redacción del modificado por un "valor *aproximado* de 6.7 meuros" *-lo que es indicativo de que el precio del modificado no estaba definitivamente cerrado-* así como ampliar el plazo de ejecución de las obras "hasta el 15 de octubre de 2007, con efectos desde el 5 de marzo de 2007". *Es decir, una ampliación del plazo de ejecución de carácter retroactivo.*

Del expediente resulta que las obras e instalaciones incluidas en el proyecto de modificado nº 3 ya han sido prácticamente realizadas, salvo las del aparcamiento exterior en las que se amplía el plazo de ejecución hasta el día 15 de octubre de 2008, por exigirlo la realidad de la obra. Por tanto, dichas obras e instalaciones se han realizado antes de aprobarse la modificación contractual y de formalizarse conforme lo dispuesto en el art. 54 TRLCAP. El apartado 4 de dicho art. 54 establece que no se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, excepto en los casos de urgencia o emergencia (arts. 71 y 72 TRLCAP). A los efectos de las excepciones previstas para el comienzo de la ejecución sin formalización, recogidas en los arts. 71.c) y 146.4 TRLCAP, se señala que no se ha constituido la garantía definitiva correspondiente y que el importe máximo previsto supera el 20 por ciento del precio primitivo del contrato.

D. El 7 de julio de 2008, la Intervención General emite informe negativo sobre la modificación propuesta, en base, entre otras razones, a que por la fecha de terminación de las obras que lleva la Propuesta lo que procede no es la modificación del contrato, sino "acudir a la figura admitida por la Jurisprudencia en torno al enriquecimiento injusto".

Al respecto se señala que la doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero y 16 de octubre del año 2000, considera que la inalterabilidad de los contratos, salvo que proceda la modificación, cede ante el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa. De esta forma, si la Administración ha experimentado un enriquecimiento como consecuencia de las obras realizadas por el contratista fuera de contrato y éste ha sufrido un empobrecimiento correlativo al haber sufragado el importe de tales obras, la Administración debe satisfacer su coste, pues de otro modo se enriquecería injustamente con dichas obras, que pasan a integrarse en su patrimonio, siempre que el contratista no hubiese actuado unilateralmente, sino siguiendo las órdenes de la Administración o del Director de la obra, que, en este punto representa a la Administración contratante, aunque tuviesen vicios de forma.

E. El Resuelvo de la Propuesta, *por un lado acuerda la modificación proyectada*, con reajuste de la garantía y por otro *requiere a la contrata* para que ejecute las unidades no realizadas o con falta de remate, lo que en puridad es un incidente de distinta naturaleza *que no debiera tener constancia en la Propuesta de modificación contractual*. En este sentido, en dicha Propuesta se contienen expresiones como “se resuelven (...) remates” o “se incorporan (...) remates” que, por lo expresado, en principio no debieran figurar en la misma.

Debiera, pues, eliminarse de la Propuesta las referencias al capítulo de remates - que a estas alturas debe tener su propio trámite, ordinario o con cargo a la garantía prestada- y limitar la Propuesta de Resolución al modificado propiamente dicho.

5. En definitiva, la Propuesta de modificación contractual analizada no puede considerarse jurídicamente adecuada en su presente formulación en cuanto en ella no se acredita explícitamente, en relación con el vigente proyecto, el interés público de su realización, ni las necesidades nuevas o causas imprevistas que justifican las alteraciones a efectuar, la improcedencia de una nueva licitación o la pertinencia de realización de las correspondientes obras antes de su aprobación.

Todo ello, sin perjuicio de la resolución potestativa del contrato, efectuándose las actuaciones de liquidación del mismo con abono al contratista de las cantidades que corresponda por las obras realizadas para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, al existir diversas objeciones de carácter jurídico expuestas en el Fundamento III, sin perjuicio de lo explicitado en el punto 5 del mismo.