



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 2 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de mayo de 2009.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote en relación con la *modificación del contrato con la empresa R.A., S.A. para la concesión de obra pública y explotación del Centro de atención a personas mayores (residencia y centro de día) de Tías en Lanzarote (EXP. 159/2009 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de salida, de 3 de abril de 2009, con entrada en este Consejo el 7 de abril, la Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y arts. 59.1 y 149.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Dictamen preceptivo respecto de Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de modificación de la concesión de obra pública reseñada en el encabezado.

La Propuesta de Resolución -a adoptar en su momento con carácter definitivo por el órgano de contratación, competente asimismo para la modificación (art. 59.1 TRLCAP)- concluye un procedimiento en el que se ha pretendido dar cumplimiento a las previsiones de índole formal que al efecto contempla la normativa aplicable, que, como se expondrá, se contiene en el citado Texto Refundido, a la vista de lo dispuesto en la disposición transitoria primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, del Contratos del Sector Público (LCSP), legislación vigente en la actualidad en la

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

materia (Título V, del contrato de concesión de obras públicas, siendo especialmente determinante el art. 240 incluido en el mismo).

2. El análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta resolutoria a incluir en el expediente correspondiente al procedimiento contractual tramitado, que se acompaña a la solicitud de Dictamen recogiendo la documentación de los trámites efectuados del mismo, exigiría de ordinario una previa constatación de los hechos fundamentales relativos a la contratación de que se trata ocurridos desde la adjudicación del contrato.

Sin embargo, por las razones que enseguida se explicitarán, se considera que no es pertinente hacerlo en esta ocasión al no proceder realizar ahora un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, con la exclusiva salvedad de los datos fácticos que, justamente, fundamentan la opinión de este Organismo que se formaliza en el presente Dictamen. Tales datos son:

La modificación se considera que es la tercera a implementar, tras efectuarse dos previstas revisiones de precios del contrato, que se estiman son también modificaciones de éste.

La presente pretensión se apoya en un cambio en el convenio de colaboración entre el Cabildo actuante, y contratante, y la Administración autonómica, formalizado para financiar la implementación de cierto Plan de la Comunidad Autónoma relativo a prestaciones de atención socio-sanitaria en función de plazas de bajos, medios y altos requerimientos, determinándose en él los costos correspondientes.

En orden a la aplicación del convenio y teniéndose en cuenta sus previsiones, el Cabildo decidió, en ejercicio de sus funciones en la materia y con la autonomía que le es propia, realizar las prestaciones a implementar mediante contratación, pero contratando únicamente la realización de las correspondientes a plazas de bajos requerimientos, incluyendo la construcción del Centro habilitado a este exclusivo fin y la concesión de servicio correspondiente a prestar.

Posteriormente, no sólo fueron necesarias las dos revisiones de precios antedichas, sino que, efectuándose o debiéndose efectuar prestaciones propias de plazas de, al menos, medios requerimientos, en vez de las de bajos requerimientos objeto del contrato, se acordó modificar a los efectos oportunos el indicado convenio y, subsiguientemente, se pretende modificar el contrato para ajustarlo a las circunstancias.

Tal pretensión la admite en principio el contratista, pues, en realidad, ya ha efectuado prestaciones de medios requerimientos en el Centro, construido y funcionando aparentemente para las de bajos requerimientos, pero sin constar su adaptación o adecuación a este fin, aunque, por este motivo, solicita que se ajuste el nuevo precio teniendo en cuenta este hecho.

A la vista de ello, sin contestar sin embargo a la solicitud del contratista, se formula informe-Propuesta eventualmente favorable a la modificación en los términos en que estaba planteada inicialmente, que no se alteran, pero considerándose que procede recabar Dictamen por existir oposición del contratista, aunque en la solicitud correspondiente se justifica la preceptividad por tratarse de una modificación a la que es aplicable la normativa contractual al efecto.

II

1. Pues bien, la primera cuestión que ha de dilucidarse en este supuesto es determinar el Derecho aplicable al caso, y, en este contexto, la regulación de aplicación al contrato del que se trata, de acuerdo con lo antes apuntado al respecto en el punto 1 del Fundamento anterior.

Así, la contratación se tramitó y el contrato fue adjudicado al amparo de la legalidad vigente entonces, el TRLCAP y el Reglamento General correspondiente, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001 (RGLCAP), normativa que son aplicable al caso pese a estar vigente en la materia la Ley de Contratos del Sector Público y derogar ésta dicho Texto Refundido, pues, como se dijo, su disposición transitoria primera.² establece que: "los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

Cabría argüir, aun estando clara la finalidad de esta previsión, que no se cita expresamente en la disposición la modificación o la resolución contractual, pero el Libro IV de la Ley (que lleva por rúbrica "efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos") contiene los Capítulos IV y V relativos, respectivamente, a la modificación de los contratos y a su extinción, incluida la resolución. Por tanto, todas las referencias hechas en el procedimiento tramitado a la Ley de Contratos del Sector Público no son correctas (Informe de Intervención, alegaciones del

contratista, Informe que el Consejero de Servicios Sociales eleva a la Presidencia del Cabildo y escrito de ésta solicitando Dictamen).

2. Por otro lado, en el orden de cosas que aquí interesan, ha de observarse que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 59.1 y 101.1 TRLCAP, el órgano de contratación podrá modificar los contratos por razón de interés público y siempre que las modificaciones sean debidas a necesidades nuevas, surgidas inopinadamente tras determinarse el objeto del contrato y adjudicarse éste, o por causas imprevistas al tramitarse y formalizarse el mismo.

En este sentido, habría de entenderse que el órgano de contratación -y por ello competente para la modificación- es el Pleno corporativo, al exceder el contrato de un año de duración y exigirse créditos plurianuales, teniéndose en cuenta al respecto particularmente que la Ley 53/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, entró en vigor después de efectuarse la contratación. Tal competencia se extiende a la aprobación del inicio del expediente y de los pliegos y a la adjudicación y la firma del contrato y sus posteriores incidencias [art. 70.24º y 25º del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF)], aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), aunque puede ser delegada (art. 71.1 ROF).

Al respecto consta en las actuaciones que el Pleno delegó su competencia en la Comisión de Gobierno el 30 de junio de 2003 y que ésta delegó el 7 de mayo de 2008 en el Presidente "*algunas facultades*" en materia de contratación. Sin embargo, no figuran en el expediente los correspondiente Acuerdos de delegación.

En este sentido, ha de observarse que, en el primer caso, ha de procederse como dispone el art. 51.2 y 3 ROF, por remisión del art. 71.2 de éste. Y que, en el segundo, aparte de no estar prevista expresamente tal delegación, sino más bien la contraria eventualmente, resulta discutible que se pueda, sin fundamento al respecto, delegar el ejercicio de una facultad delegada (art. 13.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC), salvo que se mantenga, y así debiera decirse razonada y expresamente, que tras la vigencia de la citada Ley 53/2003 la Comisión sucedió al Pleno en su competencia respecto a las contrataciones efectuadas con anterioridad, como es ésta. Pero, en todo caso, es una delegación limitada, por lo que ha de acreditarse la habilitación al Presidente para que pueda actuar en casos de modificación contractual.

3. En lo concerniente a la preceptiva solicitud de Dictamen, interviniendo este Organismo en el procedimiento tramitado a los fines, exclusivamente, de determinar la adecuación jurídica de su Propuesta resolutoria, formal y materialmente, ha de reseñarse que, por un lado, ésta ha de formularse por el Instructor de dicho procedimiento contractual al culminar precisamente éste y, además, con el contenido determinado, en general, en el art. 89 LRJAP-PAC, mientras que, por el otro, es preciso que la modificación a implementar, aislada o conjuntamente, sea superior al precio primitivo del contrato y éste sea superior a cierta cantidad.

Sin embargo, con estas condiciones, es indiferente para lo que aquí interesa que haya o no oposición por parte del contratista; máxime cuando en puridad no se opone a la modificación, aunque matice su valoración a los únicos fines que se tenga en cuenta por la Administración para fijarla definitivamente.

Pero la solicitud del contratista, precisamente, no ha sido contestada por la Administración expresamente. Así, fue trasladada el 5 de enero de 2009 por el Coordinador de Contratación de Obras y Servicios y Suministros del Cabildo al Consejero de Sanidad y Servicios Sociales de éste a efectos de informe. En este sentido, el 14 de enero de 2009, el Consejero de Servicios Sociales, Sanidad, Empleo y Emigración y la Dirección Técnica de Sanidad del Cabildo de Lanzarote elevan a la consideración de la Presidencia informe conjunto en el que manifiestan que "a la vista de las citadas alegaciones y habida cuenta la oposición [del contratista] en cuanto a los efectos económicos de la modificación, procede requerir Dictamen del máximo órgano consultivo autonómico". Por tanto, no se manifiesta opinión alguna sobre la pertinencia de la solicitud del contratista, ni mucho menos se comunica a éste la misma, aun cabiendo considerar que, en estas circunstancias, la Administración no las admite y sigue adelante con su pretensión modificadora original, o bien, espera el pronunciamiento al respecto de este Organismo para decidir.

Por tanto, ha de advertirse no sólo que la hipotética Propuesta resolutoria del procedimiento no se formula en la forma legalmente exigible, sino que no procede recabar en ningún caso el Dictamen en este momento de tramitación del procedimiento, no ya porque exista oposición del contratista, que no la hay y que, si la hubiere, sería irrelevante en este contexto, sino porque no es función de este Organismo sustituir a la Administración actuante en su decisión sobre los términos

definitivos de la modificación, ni siquiera asesorarle al efecto pronunciándose sobre si la solicitud del contratista es acogible o no.

En otras palabras, sólo tomada una decisión por el Instructor del procedimiento sobre esta cuestión, trasladándola a la Propuesta resolutoria a elevar al órgano decisor y, en su caso y sin perjuicio de lo que enseguida se dirá, para ser sometida a Dictamen, es cuando cabría recabar éste sobre los definitivos y precisos términos de la modificación contractual pretendida.

No obstante, además e incluso lógicamente antes de que ello pueda llevarse a cabo, procede que se comunique al contratista la consideración que tenga la Administración sobre su solicitud, no procediendo seguir con el procedimiento como si se denegara implícitamente sin su conocimiento o esperando la opinión, impertinente, de este Organismo al respecto. Así, no puede olvidarse que, conocida la definitiva pretensión modificadora de la Administración, el contratista, en principio obligado a cumplimentarla, puede eludirlo solicitando la resolución del contrato, cuando fuere legalmente posible (art. 240.2 TRLCAP).

En fin, tras reiterarse que la Propuesta resolutoria debe formularse debidamente antes de ser remitida a este Organismo, conteniendo todas las cuestiones relativas al modificado y tratadas en su tramitación (en particular, la justificación de la misma de conformidad con las causas dispuestas en la Ley y el alcance material y temporal de la modificación), ha de advertirse que, a los fines de recabarse el Dictamen y a cualquier otro, las revisiones de precios, que significativamente se regulan aparte de las modificaciones y que suelen preverse en su posibilidad y términos en las cláusulas contractuales, no constituyen tales modificaciones.

Por eso, las revisiones proceden cuando se den las causas legalmente fijadas al efecto, como al parecer aquí ha sucedido en dos ocasiones, pero sin exigirse que se aleguen y acrediten las que se prevén para los modificados (art. 101.1 TRLCAP). En consecuencia, las dos revisiones efectuadas no pueden utilizarse junto con la real modificación ahora pretendida para determinar, en su conjunto y teniendo en cuenta la valoración de esta última, la preceptividad del Dictamen, en cuanto que, entre todas ellas, superasen el 20% del precio primitivo del contrato, que por lo demás ha de ser siempre superior a 6.010.121,04 euros.

III

1. En definitiva, no procede que ahora se analice la adecuación sustantiva de la modificación contractual propuesta, no cabiendo un pronunciamiento de fondo de

este Organismo sobre ella y, en concreto, sobre la eventual Propuesta resolutoria que se ha remitido, debiendo antes efectuarse las actuaciones anteriormente indicadas y, en especial, formularse una propia Propuesta resolutoria efectivamente culminatoria del procedimiento contractual tramitado, con el contenido pertinente según los criterios expuestos y una vez que, oído finalmente el contratista, se decidan sus términos definitivos.

No obstante, a los efectos oportunos se recuerda que la modificación ha de estar justificada en razón de interés público y cuando se justifique por la acreditada existencia de necesidades nuevas o causas imprevistas. Al respecto, se reseña en el expediente el hecho de que el Centro en funcionamiento, construido para prestaciones de bajos requerimientos, no sirve para la finalidad de prestación del servicio porque se requiere que facilite las prestaciones de medios requerimientos incluidas en aquél pero no en el contrato. A este aparente propósito se indica que, por tal motivo, se añadió una *addenda* al convenio de colaboración para financiar estas prestaciones por el Cabildo entre éste y la Administración autonómica, alterando sus términos al efecto, de modo que al parecer ello implica tener que modificar el contrato en ejecución.

2. Sin embargo, ha de incluirse en el expediente la documentación prevista en el art. 101.3 TRLCAP con carácter general, particularmente la justificación de la improcedencia de convocar nueva licitación por las prestaciones constitutivas de la modificación propuesta, además de los ajustes en el plan económico-financiero de la concesión contemplados específicamente en el art. 240.1 del mismo.

En este sentido, admitiendo la existencia de interés público en que se ajuste el Centro debidamente y se realicen las prestaciones que son necesarias realmente, cabe indicar que, aun cuando en el fondo la alteración del convenio y la eventual del contrato estén materialmente relacionadas en razón de esas necesidades, lo cierto es que no existe conexión jurídico-formal entre uno y otro. Por eso, no podría argumentarse sin más o como causa única e indiscutible al efecto que procede modificar el contrato al reformarse el convenio, pues éste tiene un objeto muy preciso que no es colaborar en la realización de las prestaciones en sí mismas consideradas, sin exigirle o señalarle al Cabildo, competente para efectuarlas, como hacerlo, directamente o mediante contratación, ni como ha de realizarse en su caso ésta, contratándose conjuntamente las prestaciones o únicamente las de bajos

requerimientos, o bien, sólo el servicio o también la construcción del Centro correspondiente.

Por otro lado, se recuerda que las modificaciones del contrato adjudicado y, a mayor abundamiento, en ejecución (art. 240.1 y 2 TRLCAP) no debieran afectar al objeto del contrato, aquí claramente determinado y, además, por voluntad expresa de la Administración entre todas las alternativas posibles; lo que, por cierto, ya prevé expresamente el art. 202.1, segundo párrafo, LCSP. Por eso, las causas imprevistas o necesidades nuevas han de referirse al momento de adjudicación del contrato y, por ende, a su preparación, siendo cuestionable aducirlas cuando tales necesidades tenían una existencia conocida o previsible en ese momento, pero se optó por no atenderlas por el contrato a formalizar, o bien, las causas que generan la reforma podían preverse razonablemente en dicho momento y, por tanto, no hacían imposible su previsión contractual entonces.

3. Finalmente, conviene no olvidar que está en juego tanto el exigible cumplimiento del convenio de colaboración de referencia, incluida su *addenda*, como también la correcta realización de las prestaciones sociosanitarias por parte del Cabildo.

En consecuencia, por un lado procedería comunicar a la Administración autonómica los términos del contrato modificado en orden a la financiación autonómica del coste de las plazas atendidas en el centro en estas nuevas condiciones. Y, por el otro, de constatarse el hecho alegado por el contratista de que en el actual Centro, pese a no estar habilitado para ello, se han efectuado o siguen efectuándose prestaciones para requerimientos de otro tipo que aquéllos para los que contrató su construcción, habría de actuarse al respecto tanto desde una perspectiva contractual, como desde otra sociosanitaria.

CONCLUSIÓN

No se formula un pronunciamiento sobre el fondo, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de que se efectúen los trámites que se expresan en este Dictamen, sin perjuicio de que, efectuados los mismos y, en su caso, culminado el procedimiento de modificación a efectuar, se remita a este Organismo para ser dictaminada su Propuesta de Resolución, formulada con el contenido que asimismo se ha expuesto.