



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 8 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de noviembre de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias en relación con la *modificación del contrato administrativo de servicios suscrito entre el Ente Público Radiotelevisión Canaria y la compañía (...), S.A., el pasado día 28 de agosto de 2013, de distribución y difusión de señales de TDT, de distribución y difusión de radio FM y transporte permanente de señales audiovisuales (EXP. 397/2014 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía, Hacienda y Seguridad, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de modificación del contrato administrativo de servicios suscrito entre el ente público Radiotelevisión Canaria (RTVC) y la compañía (...), S.A. el pasado 28 de agosto de 2013 y cuyo objeto es la prestación de los servicios de distribución y difusión de señales de televisión digital terrestre (TDT), de distribución y difusión de radio por frecuencia modulada (FM) y transporte permanente de señales audiovisuales.

2. El contrato que se pretende modificar fue adjudicado el 7 de agosto de 2013, bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), por lo que este texto normativo es la ley que lo rige.

3. El plazo de duración del contrato es de cuatro años contados a partir del 1 de septiembre de 2013 y su precio primitivo o de adjudicación ascendía a trece millones treinta y seis mil cuatrocientos setenta y nueve euros con cuarenta y ocho céntimos

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

más el importe a repercutir del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC), que asciende novecientos doce mil quinientos cincuenta y tres euros con cincuenta y seis céntimos.

El art. 87 TRLCSP establece la regulación general del precio de los contratos. Éste, según el art. 87.1 TRLCSP, es la retribución del contratista, que podrá consistir tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la ley así lo prevé. Precio del contrato es por tanto el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. Dentro de este importe se incluye el del IGIC que el contratista, por imposición legal, repercute al ente público con el que ha contratado, el cual es quien en definitiva soporta el IGIC. El art. 87.2 TRLCSP en relación con la disposición adicional decimotercera TRLCSP establece que en todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del IGIC, porque no es un coste real de la prestación objeto del contrato, sino un gravamen sobre la citada prestación, lo que supone un coste indirecto. El hecho de que en esta regulación general del precio del contrato del art. 87 TRLCSP se incluya el importe del IGIC que deba soportar la Administración corrobora que éste forma parte del precio. Por consiguiente, el precio inicial del presente contrato era el resultado de la suma de ambos conceptos, trece millones novecientos cuarenta y nueve mil treinta y tres euros con cuatro céntimos (13.949.033,04 euros).

En virtud de la modificación del contrato suscrita el 13 de junio de 2014, a los efectos de incluir en el objeto del contrato la prestación del servicio de red y de gestión de la distribución del múltiple autonómico TDT a las islas no capitalinas y red de datos asociada, el precio inicial del contrato se incrementó aproximadamente en un 12,81%, con lo que el precio del contrato quedó fijado en catorce millones setecientos seis mil doscientos siete con cuarenta y ocho (14.706.207,48) euros, al que hay que sumar el importe del IGIC a repercutir que asciende a un millón veintinueve mil cuatrocientos treinta y cuatro con cincuenta y dos (1.029.434,52) euros; con lo que el precio total actual es de quince millones setecientos treinta y cinco mil seiscientos cuarenta y dos (15.735.642) euros.

La modificación propuesta significa incrementar esa cifra en 318.806,50 euros, cantidad que resulta de sumar a los 297.950 euros de la retribución del contratista por las nuevas prestaciones los 20.856,50 euros de la cantidad del IGIC a repercutir que grava a estas operaciones con un tipo del 7%. Esta cantidad sumada al incremento en el precio de 1.786.608,96 euros, que supuso la primera modificación, representa un incremento total de 2.105.475,46 euros sobre el precio original del

contrato, cifra que es superior al diez por ciento de éste. Puesto que el precio de primitivo del contrato era superior a los seis millones de euros y el resultado de la suma del precio de la modificación contractual perseguida con el de la anterior supera el diez por ciento de ese precio de adjudicación, es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo, según el art. 11.1.D, c) de la Ley del Consejo Consultivo en relación con el art. 211.3.b) TRLCSP. Del art. 12.3 de la misma Ley resulta la legitimación del Excmo. Sr. Consejero para solicitarlo.

4. Obran en el expediente:

El informe, de 29 de septiembre de 2014, del Departamento de Ingeniería y Sistemas de RTVC que expone y justifica las razones por las que es necesario modificar el contrato a los efectos de adaptar las prestaciones de la contratista al Plan Técnico de la Televisión Digital Terrestre (TDT) y del Dividendo Digital aprobado por el Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre.

La Resolución, de 10 de octubre de 2014, del Director General de RTVC por la que se inicia el procedimiento de modificación del contrato condicionando su efectividad a la existencia de crédito suficiente y adecuado para atender el gasto derivado del incremento del precio, así como por la que se declara la tramitación urgente en el presente expediente de modificación contractual.

Esta declaración de tramitación urgente del expediente administrativo no justifica la solicitud de emisión de este Dictamen por vía de urgencia dado que el Consejo Consultivo de Canarias no es un órgano administrativo sino un órgano consultivo que dictamina sobre la adecuación a la normativa vigente del expediente administrativo. Pero pese a ello y en aras a la colaboración interinstitucional se emite el presente dictamen en el plazo solicitado.

El escrito, de 10 de octubre de 2014, presentado por la contratista en cumplimiento del preceptivo trámite de audiencia, por el que acepta la modificación propuesta.

El informe, de 7 de octubre de 2014, del Departamento Económico de RTVC, que expresa que la aprobación de la modificación está condicionada en todo caso a la existencia de crédito suficiente y adecuado para atender el gasto derivado de la misma.

El informe, de 22 de octubre de 2014, de la Dirección General del Servicio Jurídico que concluye señalando lo siguiente:

“No obstante se advierte que tanto el borrador de Resolución por la que se acuerda modificar el contrato de referencia como el borrador de addenda remitidos no especifican la fecha de la Resolución de concesión de la subvención concedida al ente público RTVC por el Ministerio de Energía, Industria y Turismo al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 677/2014, de 1 de agosto, de la que se hace depender la existencia de crédito adecuado y suficiente para atender el incremento del precio derivado de la modificación del contrato, circunstancia ésta que deberá constar debidamente acreditada en el expediente a fin de evitar una eventual nulidad de la modificación contractual prevista conforme a lo dispuesto en el artículo 32.c) del TRLCSP.”

Se han cumplido, por tanto, los trámites procedimentales.

II

1. El art. 210 TRLCSP en relación con el art. 219 del mismo permite que el órgano de contratación modifique los contratos por razones de interés público en los casos previstos en los arts. 105 a 108 TRLCSP. El art. 106 TRLCSP establece:

“Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

2. La cláusula 28.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato contempla expresamente la posibilidad de modificación del contrato en tres supuestos, pero condicionándolas a que sus cuantías no superen en cómputo global el veinte por ciento del precio primitivo del contrato. Más atrás se constató que el resultado de la suma de las cuantías de la primera modificación y de esta que

ahora se pretende asciende a 2.105.475, 46 euros, cifra que es inferior a la de 2.789.806 euros que es la que representa el 20% del precio inicial que era de 13.949.033,04 euros. Por consiguiente, la presente modificación respeta el límite cuantitativo de la cláusula 28.1 PCAP.

3. El tercer supuesto que según la cláusula 28.1 PCAP habilita la modificación del contrato estriba en la *“adecuación, modificación y continuidad de servicio de acuerdo con las modificaciones del Plan nacional de TDT y dividendo digital que se operen a consecuencia de eventuales cambios normativos en la materia que incidan en los servicios objeto del contrato durante el período de vigencia y cualquiera de sus prórrogas”*.

Esta cláusula para la determinación del alcance y condiciones de la modificación se remite a la cláusula 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) cuyo apartado 3 dice así:

“A fecha de licitación del procedimiento de contratación se prevén posibles modificaciones sin definir actualmente, que son ajenas al ente público RTVC pues su fijación compete al órgano competente en materia de telecomunicaciones de la Administración General del Estado. Dichas cuestiones son relevantes pues afectan a la prestación de los servicios objeto de la presente contratación y se concretan entre otros en: Reubicación de Canales según las directrices del Dividendo Digital. Asignación de Nuevos Múltiples o Programas Adicionales. Periodos de Simulcast debido a directrices del plan Nacional de la TDT”.

Esta cláusula precisa que *“en caso de que dichos cambios tuvieran lugar, se deberá acometer la modificación del contrato para adecuarlo a las nuevas condiciones que legalmente se establezcan en los términos y con los requisitos y límites señalados en la cláusula 28 del Pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Por Resolución de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de fecha 14 de julio de 2014 se modificaron los canales de emisión de estaciones de televisión digital terrestres correspondientes al múltiple digital de cobertura autonómica de Canarias, por razones de compatibilidad radioeléctrica y coordinación internacional.

Por Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, se aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se reguló determinados aspectos para la liberación del dividendo digital.

Estas modificaciones técnicas y normativas determinan la modificación de las prestaciones de la contratista en el siguiente sentido: Reubicación de Canales según las directrices del Dividendo Digital. Periodos de emisión simultánea y transitoria (Simulcast) debido a las directrices del Plan Nacional de la TDT.

El informe, de 29 de septiembre de 2014, del Departamento de Ingeniería y Sistemas de RTVC, describe y justifica técnicamente las modificaciones de las prestaciones de la contratista a fin de adaptarlas al Plan Técnico de la Televisión Digital Terrestre (TDT) y a la regulación del dividendo digital y los cambios en los canales de emisión de estaciones de televisión digital terrestres correspondientes al múltiple digital de cobertura autonómica.

Desde el punto de vista sustantivo, se aprecia pues que la modificación propuesta se ajusta a las previsiones de las cláusulas 28 PCPC y 9 PTT y, por consiguiente, al art. 106 TRLCSP.

4. Los arts. 210 y 249.1.b) TRLCSP exigen que para el ejercicio del *ius variandi* de la Administración concurren, siempre y en todo caso, razones debidamente justificadas de interés público, incluso en el supuesto de que, de conformidad con el art. 106 del mismo, las modificaciones contractuales estén previstas en sus pliegos.

En el presente caso la modificación de las prestaciones del contratista y de la correlativa contraprestación de RTVC viene impuesta normativamente. Una modificación contractual obligada por normas del poder público responde por definición al interés público, puesto que éste se halla definido y concretado por las normas que la imponen. Por consiguiente, la modificación que se persigue cumple también con el mencionado requisito que exigen los arts. 210 y 249.1.b) TRLCSP.

5. El Real Decreto 677/2014, de 1 de agosto, "por el que se regula la concesión directa de subvenciones a prestadores del servicio público de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal y autonómico, destinadas a compensar los costes derivados de la emisión simultánea y transitoria de sus canales de televisión durante el proceso de liberación de la banda de frecuencias 790-862 MHz.", establece en su art. 7 el importe máximo (443.750 euros) de la subvención a conceder a RTVC los costes derivados de la emisión simultánea y transitoria de sus canales de televisión. Esta subvención se concede por el Ministerio de Energía,

Industria y Turismo tras la instrucción del correspondiente procedimiento iniciado a solicitud del beneficiario. En el expediente obra la solicitud de dicha subvención por el ente público RTVC, pero no consta la Resolución del mencionado Ministerio concediéndola.

Al respecto, el informe, de 7 de octubre de 2014, del Departamento Económico de RTVC, expresa lo siguiente:

“A fecha de emisión del presente informe se encuentra pendiente de resolución por parte del Ministerio de Industria, Energía y Turismo el expediente de concesión de la subvención directa de referencia, cuyo importe va destinado a financiar el coste de la citada modificación contractual, previa tramitación así mismo, cuando se produzca la notificación de concesión de la subvención directa, del expediente de generación de crédito en el capítulo II del presupuesto de gasto de RTVC por el importe de referencia”.

Es decir, sólo después de la concesión de la subvención se creará el correspondiente crédito en el presupuesto de gasto de RTVC. Por esta razón, dicho informe señala que la aprobación de la modificación está condicionada en todo caso a la existencia de crédito suficiente y adecuado para atender el gasto derivado de la misma.

6. El art. 32.c) TRLCSP establece como causa de nulidad de los contratos administrativos “La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.”

Según el art. 113 TRLCSP, los supuestos de emergencia los constituyen acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o de necesidades de la defensa nacional. A ninguno de estos supuestos es reconducible la adaptación de las emisiones de RTVC al nuevo Plan Nacional de TDT.

El art. 32.c) TRLCSP remite al art. 48 de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de Canarias (LHPC) que reza así:

“Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que incumplan

esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título X de esta Ley.”

Los gastos que genera la modificación contractual que se pretende corresponden al presente ejercicio presupuestario, como acredita el citado informe económico. No se está ante una tramitación anticipada de un expediente de un gasto a ejecutar en el siguiente ejercicio presupuestario, por lo que no encuentra amparo en el art. 51 LHPC.

La aprobación de una modificación contractual que carezca total o parcialmente de cobertura presupuestaria es nula de pleno Derecho según el art. 32.c) TRLCSP en relación con el art. 48 LHPC.

En nuestro Dictamen 22/2012, de 13 de enero, consideramos que era nulo de pleno Derecho un acto administrativo municipal de aprobación del abono de una certificación de obra por infringir el art. 32.c) TRLCSP en relación con el art. 173 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) que contiene una norma idéntica al art. 48 LHPC. Por la misma razón, la aprobación de esta modificación contractual sin cobertura presupuestaria incurriría en nulidad de pleno Derecho.

No es posible la aprobación de esta modificación contractual incluyendo cláusulas suspensivas o resolutorias que condicionen su eficacia al hecho futuro de que se genere o se incorpore el crédito necesario para afrontar las obligaciones de pago que de ella dimanen. Estas cláusulas serían una modificación del contrato que no encuentra encaje en la cláusula 28 PCAP en relación con el art. 106 TRLCSP. Tampoco sería subsumible en ninguna de las causas de modificaciones no previstas que tipifica el art. 107 TRLCSP. Fuera de los casos contemplados en dichos preceptos, no es posible la modificación del contrato según el art. 105 TRLCSP.

Pero la razón decisiva que impide aprobar la modificación condicionándola a que en el futuro se amplíe el crédito para atenderla estriba en que la validez y la eficacia se mueven en dos planos distintos. La validez de un contrato y de sus modificaciones depende de que se ajuste a las normas que lo regulan y predeterminan su contenido. La eficacia es una consecuencia de la validez y consiste en su capacidad para producir efectos jurídicos y que se resume en la obligación de su cumplimiento y la sanción a la infracción de esa obligación. Esta eficacia, cuando no se trata de obligaciones contractuales de tracto único, se va desplegando a lo largo del tiempo. El propio contrato puede aplazar la producción de sus efectos jurídicos. Pero su validez no depende de que produzca efectos jurídicos inmediatos o sucesivos o

aplazados en el tiempo, sino de que sea conforme a las normas imperativas que lo regulan. En nuestro ordenamiento un contrato que genera gastos que se han de imputar al ejercicio presupuestario en vigor tiene como condición de validez, so pena de incurrir en nulidad de pleno Derecho, que exista crédito suficiente para atender las obligaciones de pago que genere. Por ello es imposible salvar la validez de una modificación contractual condicionando su eficacia a que en el futuro se genere el crédito para atender esas obligaciones de pago.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho según lo manifestado en el Fundamento II de este Dictamen.