

INFORME DE FISCALIZACIÓN

Intervención General ha avocado para su fiscalización el proyecto de Resolución del Director General de Obras Públicas e Infraestructuras por la que se aprueba la actualización del Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en lo relativo al ramal del Ega (excepto la zona de Ega 1) y el reequilibrio nº 4 del contrato de concesión de obras públicas para la Construcción y Explotación de las infraestructuras de Interés General de la Ampliación de la 1ª Fase de la Zona Regable del Canal de Navarra, derivado de la actualización del Anexo X.

A la vista de su contenido deben efectuarse por esta Intervención General las siguientes

CONSIDERACIONES

La lectura de la propuesta de resolución sometida a fiscalización a la que se alude en el encabezamiento conduce a la necesidad de examinar con detalle dos cuestiones: la de la consideración o no como modificaciones contractuales tanto de la alteración de los plazos de ejecución de las obras y puesta en servicio de la infraestructura con su consiguiente explotación como de la exclusión de determinadas superficies incluidas inicialmente en el ámbito de actuación del contrato; y la procedencia o no del reequilibrio con fundamento en las circunstancias anteriormente descritas.

1. Acerca de la naturaleza jurídica de las alteraciones contractuales objeto del presente expediente.

A) La denominada “*actualización del anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en lo relativo al ramal del Ega (excepto en la zona de Ega 1)*” consiste realmente en la modificación de los plazos para la ejecución de las obras y puesta en servicio de la infraestructura con su consiguiente puesta en explotación, como se desprende de la documentación obrante en el expediente. En concreto, en el informe propuesta emitido el 16 de junio de 2020 por el Director del Servicio de Nuevas Infraestructuras se indica lo siguiente:

“En el anexo X del PCAP se establece un calendario de fechas para la redacción de los proyectos constructivos, para la ejecución de las obras y para el inicio de la explotación de cada uno de los sectores y zonas contempladas.

El desarrollo de las obras en los primeros años del contrato ha hecho imposible cumplir el calendario de construcción previsto en el PCAP del contrato recogido en el Anexo X mencionado.

Las fechas previstas para las zonas correspondientes al ramal del Ega, con excepción de Ega 1, se ha visto ampliamente superadas, ya que han pasado dos años desde la fecha en que debían haberse finalizado y ni siquiera han comenzado”.

Debe determinarse, pues, si esa alteración de los plazos de ejecución de las obras y puesta en servicio de la infraestructura debe considerarse o no modificación contractual en el sentido técnico de la expresión.

Empezamos por indicar que el art. 105.1 LFCP 2006 contiene una formulación muy amplia de la idea de modificación contractual: *“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en las prestaciones que lo integran por motivos de interés público, debiendo limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias”.* De ahí se deduce que cualquier alteración en las prestaciones que integran un contrato sometido a la LFCP 2006 constituye una modificación contractual en el sentido técnico de la expresión. No cabe otra interpretación de la expresión *“modificaciones en las prestaciones que lo integran”*. Así pues, a nuestro juicio, no solo son modificaciones aquellas que consistan en variaciones de unidades de obra entendidas como aumento de unidades de obra realmente ejecutadas. Aplicando la vieja máxima *“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”*, no podemos introducir restricciones en el concepto de modificación que se deduce del art. 105.1 LFCP 2006 más allá de lo que resulta del contenido de la ley. Por otro lado, al interpretar la expresión *“modificaciones en las prestaciones”*, no hay que olvidar que tales prestaciones son bilaterales (e incluso sinalagmáticas), de tal modo que son prestaciones las que ambas partes se obligan a efectuar en el seno del contrato, con lo que tan prestación es la que realiza el contratista a favor de la entidad contratante como la recíproca de la entidad contratante a favor del contratista

(generalmente, el pago de la cantidad estipulada). Por tanto, son susceptibles de ser consideradas modificaciones contractuales tanto las que afectan a la obra, servicio, etc., que el contratista se compromete a ejecutar a favor de la Administración como a la contraprestación que ésta se obliga a satisfacer a aquel.

Es más, a idéntica conclusión se llega tras la lectura del art. 203.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que, bajo la rúbrica de *“potestad de modificación del contrato”*, dice lo siguiente: *“Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207”*. Como puede verse, según el criterio sentado en esta norma, la ampliación del plazo de ejecución constituye uno de los supuestos de modificación del contrato, aunque su regulación no se halle ubicada sistemáticamente en la subsección 4ª de la sección 3ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la citada Ley 9/2017, dedicada a la modificación de los contratos. Y frente a este argumento no puede oponerse el hecho de que estemos contemplando normativa estatal, por dos razones: la primera, porque ya el ordenamiento foral considera como modificación contractual la de cualquier prestación, en cuyo seno encaja perfectamente la modificación de las condiciones temporales y, entre ellas, la del plazo de ejecución; y la segunda, porque estamos hablando de una cuestión de concepto (cuál es la extensión del concepto de modificación contractual) que trasciende el contenido de las normas jurídicas que regulan esta institución y cuyo alcance debe ser idéntico independientemente del ordenamiento jurídico que se esté examinando.

Descendiendo ya al terreno práctico del expediente que se somete a nuestra consideración, hemos de señalar que la presente modificación permite al contratista, por un lado, cumplir con su compromiso de ejecución en plazo en un tiempo distinto del inicialmente fijado en el PCAP y, por otro, a la Administración satisfacer la contraprestación correspondiente en un momento modificado de forma correlativa con la alteración del plazo de ejecución, razón por la cual debe considerarse estrictamente como una modificación contractual de las previstas en el art. 105 y ss. y concordantes LFCP 2006, con todas las consecuencias a efectos de su

tramitación y toma en consideración como una modificación más a efectos de lo dispuesto en el art. 105.3 LFCP: *“El importe acumulado de todas las modificaciones no podrá exceder del 20 por 100 del precio de adjudicación del contrato”*.

B) Al abordar lo relativo a la consideración como modificación contractual de la exclusión de determinada superficie incluida inicialmente en el ámbito de actuación del contrato, poco se ha de añadir a lo ya argumentado en el subepígrafe anterior, pues sirve aquí el mismo razonamiento allí.

Lo que sucede en este caso es que se produce una alteración de la prestación inicialmente pactada, pues se reduce la superficie regable, lo que obliga al correspondiente reequilibrio económico con el fin de compensar a la concesionaria por la pérdida de ingresos procedentes de los regantes que ello supone respecto de la situación inicial en la que la concesión se había pactado.

Con arreglo a la argumentación expuesta en el subepígrafe anterior, esta alteración contractual ha de ser considerada como una modificación contractual, con las consecuencias que ya se han señalado con anterioridad.

C) Aunque con lo expuesto hasta aquí, esta primera cuestión ya queda resuelta, merece la pena hacer hincapié en que con esta solución no queda impedida la posibilidad de alterar las condiciones contractuales, sino que simplemente se concluye que la correcta calificación de la operación exige su consideración como modificación contractual y conforme a la misma debería producirse su tramitación. Y es que no es posible impedir tales alteraciones, al estar expresamente previstas en el PCAP, solo que no están radicadas en sede de modificación del contrato, sino otras cláusulas del PCAP. No obstante, ya hemos concluido que la ubicación sistemática de tales alteraciones no impide considerarlas como modificaciones contractuales.

Por otro lado, en nada influye en la solución del caso la falta de culpabilidad de la concesionaria en la demora en la ejecución de la obra o en la reducción de la superficie correspondiente al ámbito de actuación, pues la primera de las circunstancias legitima el otorgamiento a la concesionaria de la correspondiente prórroga para la ejecución de la obra y, en ambos casos, obliga a proceder al reequilibrio económico. Sin embargo, esa falta de culpabilidad y la correlativa imputación de la misma a la Administración no le eximen a esta

última de calificar las alteraciones contractuales contempladas como auténticas modificaciones contractuales.

2. Pasemos, a continuación, a determinar la procedencia o no del reequilibrio en este momento con fundamento en las circunstancias anteriormente descritas.

Partimos de la base de que, conceptualmente hablando, el reequilibrio económico del contrato resulta procedente, dado que las dos circunstancias objeto de análisis en la consideración anterior están expresamente previstas en el PCAP como fundamentadoras del reequilibrio.

La cuestión es, más bien, otra: ¿procede el reequilibrio fundado en estas dos circunstancias en este momento o ha de quedar demorado hasta la emisión de los PFROIs?

En anterior informe de fiscalización emitido por la Intervención General el 1 de abril de 2020 a propósito del examen del expediente correspondiente al reequilibrio nº 3 del Contrato de concesión de obras públicas para la Construcción y Explotación de las Infraestructuras de Interés General de la Ampliación de la 1ª Fase de la Zona Regable del Canal de Navarra derivado de la modificación del mismo aprobada por la Resolución 451/2019, de 26 de abril, del Director General de Desarrollo Rural, Agricultura y Ganadería ya se dijo que *“en opinión de esta Intervención General el hecho de que las circunstancias justificativas del presente reequilibrio no estén expresamente contempladas en el número 2 de la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, no justifica la utilización de un procedimiento de reequilibrio distinto del previsto en el pliego con carácter general, dado que el pliego constituye la ley del contrato, según tiene dicho la jurisprudencia con reiteración (entre otras muchas sentencias, STS de 27 de mayo de 2009, recurso de casación núm. 4580/2006). Y así, de lo previsto en las cláusulas 15.14 y 19.4 se desprende que mientras no se haya aprobado el correspondiente PFROI de cada sector o zona de riego no es posible iniciar el procedimiento de reequilibrio.*

A mayor abundamiento se estima que el procedimiento diseñado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el reequilibrio parte de la lógica de que todo reequilibrio debe estar fundado en un PFROI, pues no es razonable pensar que para un tramo, sector o zona de riego puedan ser posibles reequilibrios provisionales fundados en previsiones

o presupuestos incorporados a los actos administrativos aprobatorios de las modificaciones contractuales, lo que obligaría a posteriores rectificaciones (y, por tanto, a nuevos reequilibrios) en función del importe real de las obras constatado tras su ejecución”.

Sin embargo, las dos circunstancias que son objeto de examen con motivo de la presente fiscalización difieren notablemente de las analizadas en aquel momento, pues en este caso el reequilibrio no viene motivado por la adición de nuevas unidades de obra o por sustitución de unas por otras con motivo de cambios en el trazado, sino por razones totalmente ajenas a las obras consideradas desde el punto de vista material: la alteración de los plazos de ejecución de las obras y puesta en servicio de la infraestructura con su consiguiente explotación y la exclusión de determinadas superficies incluidas inicialmente en el ámbito de actuación del contrato.

La demora en el reequilibrio hasta el momento de formalización de los PFROIs tiene sentido cuando dicho reequilibrio viene motivado, como se ha señalado anteriormente, por una adición de unidades de obra respecto de las que no se cuenta más con un presupuesto o previsión, lo que exige, para que el reequilibrio se produzca con exactitud, que la obra se haya ejecutado por completo y se conozca el verdadero coste de la misma. En nuestro caso, por el contrario, se conoce desde el momento de la modificación cuál es el impacto de la misma sobre los parámetros económico-financieros de la concesión, razón por la cual se estima no hay necesidad de esperar a la formalización de los PFROIs para efectuar el reequilibrio fundado en las dos circunstancias que son objeto de análisis en el presente informe.

Ahora bien, como se ha señalado en la consideración que la formulación del reequilibrio queda pospuesta y condicionada a que las alteraciones contractuales a las que se viene haciendo alusión se califiquen y tramiten como auténticas modificaciones contractuales.

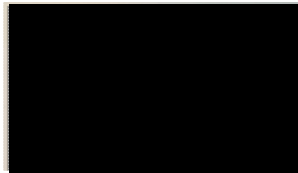
CONCLUSIÓN

A la vista, pues, de cuantas consideraciones se han efectuado hasta aquí, se observan en el expediente deficiencias susceptibles de ser incardinadas en lo dispuesto en el artículo 101.2.d) de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra, por no haberse tramitado las alteraciones contractuales objeto del expediente como auténticas modificaciones, en el sentido legal del término, lo que impide proceder al reequilibrio

económico de la concesión hasta el momento en que se regularice el defecto de tramitación observado. Por tanto, al formularse un reparo de las características descritas, procede decretar la suspensión de la tramitación del expediente frente al que el órgano gestor podrá actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 102.2 de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra.

Pamplona, 29 de junio de 2020.

EL INTERVENTOR GENERAL,



Javier Marticorena Chapa