



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 / 2 0 0 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de marzo del 2003.

Dictamen solicitado por la Il. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *modificación del contrato de obra "Terminación del Estadio de Gran Canaria" (EXP. 27/2003 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se emite el presente Dictamen a solicitud de la Il. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Gran Canaria, que lo requiere con carácter preceptivo en base a lo dispuesto en el artículo 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 (TRLCAP). Tiene por objeto la propuesta de aprobación por la Junta Rectora del Instituto Insular de Deportes, organismo autónomo de dicho Cabildo Insular, del modificado nº 1 del proyecto de terminación del Estadio de Gran Canaria, modificación que implica un aumento del precio del contrato superior al veinte por ciento del presupuesto de adjudicación que ascendía a 33.506.815 euros.

2. La legitimación de la Autoridad requirente para recabar el Dictamen, el carácter preceptivo del mismo y la competencia del Órgano consultivo para emitirlo resultan de los arts. 12.3 y 11.1.D, c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación este último precepto con el señalado art. 59.3, b) del TRLCAP.

3. Consta haberse dado cumplimiento a los siguientes trámites legalmente requeridos: la audiencia y conformidad del contratista a la modificación propuesta

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

(arts. 59.1 y 146.2 TRLCAP); la justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades de obra constitutivas de la modificación y la memoria del director facultativo justificadora de la modificación (arts. 101.3 TRLCAP); el informe jurídico que preceptúa el art. 59.2 TRLCAP en relación con el art. 113.4 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL); y la certificación de la existencia de crédito presupuestario (art. 146 TRLCAP).

4. En este procedimiento de modificación contractual recayó el Dictamen 16/2003 de 4 de febrero de 2003 del Consejo Consultivo de Canarias (Sección 2ª), en el cual se expresó que el expediente estaba incompleto porque no constaba:

a) El informe de fiscalización previa de la Intervención (art. 101.3 TRLCAP en relación con el art. 11.2,g) de la misma).

b) El informe de contenido presupuestario de la Comisión Especial de Cuentas de la Entidad Local (art. 101.3 TRLCAP en relación con la Disposición Adicional 9ª.4 de la misma).

Además, el Dictamen señalaba que la Memoria del director facultativo de la obra no se ceñía a lo dispuesto en el art. 101.3,a) TRLCAP porque no expresaba las circunstancias no previstas en el proyecto original que justifican la desviación que obliga a la modificación.

5. El expediente remitido de nuevo ha sido completado con el informe de fiscalización previa a la Intervención y con una Memoria complementaria de la dirección facultativa que subsana las deficiencias de la anterior Memoria.

Pero no se ha remitido el informe de contenido presupuestario de la Comisión Especial de Cuentas del Cabildo, sino un informe de la Secretaría del Instituto Insular de Deportes en que se concluye que ese informe no es preceptivo porque ese Instituto, organismo autónomo del Cabildo Insular, carece de Comisión Especial de Cuentas.

Al respecto se ha de señalar que la Comisión Especial de Cuentas es un órgano que ha de existir preceptivamente en los Cabildos Insulares [art. 116 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL); art. 193.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL);

art. 127 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF)].

El art. 2 de los Estatutos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria establece que actúa bajo la tutela del Cabildo a la que le corresponde la función directiva y tuitiva, así como la fiscalización y censura de sus actividades. El art. 37 de los Estatutos incluye entre esas facultades tutelares la aprobación definitiva de las cuentas y liquidación del presupuesto, la cual debe ser informada por la Comisión Especial de Cuentas (arts. 193.2 LRHL en relación con el 190.1 de la misma).

Sin embargo, la Ley puede añadir a esas funciones tutelares determinadas por los Estatutos otras, así, le corresponde al Pleno de la Corporación aprobar sus presupuestos (art. 145.1 LRHL) y a la Comisión Especial de Cuentas emitir el informe de contenido presupuestario contemplado en el art. 101.3 TRLCAP (d.a. 9ª.4 TRLCAP).

Ciertamente que el Pleno de la Corporación ha aprobado la consignación presupuestaria de la modificación que se pretende, con el dictamen favorable de la Comisión Informativa de Economía y Hacienda del Cabildo. Pero, salvo que el Reglamento orgánico de la Corporación haya dispuesto que la Comisión Especial de Cuentas actúe como Comisión Informativa Permanente de Economía y Hacienda o que el Pleno haya adoptado un acuerdo en tal sentido, lo cual no consta en el expediente, esa Comisión Informativa no equivale a la Comisión Especial de Cuentas, ni su dictamen favorable equivale al informe presupuestario que exige el art. 101.3 TRLCAP.

Por tanto insiste este Consejo (Sección 2ª) en la consideración de que el mandato contenido en el art. 101.3 TRLCAP, con la particularidad que el apartado 4 de la señalada d. a. 9ª del mismo cuerpo legal previene como norma específica de Régimen Local, de naturaleza básica, se extiende inexcusablemente a los supuestos de modificación de los contratos a que se refiere el repetido art. 101.3, cuando en la "Entidad local" exista la Comisión Especial de Cuentas, lo que acontece -como antes se expresó- en el Cabildo Insular de Gran Canaria.

Por tanto ésta Entidad Local, cuya presidencia recaba el dictamen, es la que está llamada expresamente al cumplimiento de dicho trámite preceptivo legalmente impuesto, aunque sea el Instituto Insular de Deportes quién haya tramitado la

modificación contractual proyectada, dada su naturaleza de Organismo Autónomo local de carácter administrativo, ente instrumental o complejo organizativo adscrito o dependiente de la Entidad local o Administración Pública matriz, a la que -como también se señaló precedentemente- le corresponde la superior función directiva y tuitiva, de fiscalización y censura de las actividades de dicho Instituto.

A tal efecto reiteramos el razonamiento expuesto transcribiendo la consideración que al mismo efecto se consignó en el Dictamen de este Cuerpo Consultivo nº 14/2002, de 4 de febrero:

"Dicho artículo 103.3 TRLCAP fija con precisión que en las modificaciones de los contratos, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones en cuantía igual o superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros)..., será preceptivo, además del informe a que se refiere el apartado 2 del artículo 59 y de la fiscalización previa, en los términos del apartado 2.g) del art. 11, el informe de contenido presupuestario (por parte de la Comisión Especial de Cuentas, en el caso de que ésta, en su caso, exista, debidamente constituida en la Entidad Local consultante, atendiendo a lo especialmente contemplado al efecto en la Disposición Adicional novena, apartado 4 del propio TRLCAP).".

"El mandato sobre el cumplimiento de lo determinado en la referida norma legal se completa con la precisión que también contiene el precepto que analizamos al señalar que lo establecido en este apartado será también de aplicación en las modificaciones consistentes en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas cuyo importe de adjudicación sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas y las modificaciones afecten al 30 por 100 o más del precio primitivo del contrato, independientemente de las repercusiones presupuestarias a que dieran lugar las modificaciones.

En el caso que motiva la emisión de este dictamen, es indudable que se dan los presupuestos que determinan la procedencia de recabar los informes preceptivos señalados, al rebasarse en la modificación pretendida los porcentajes legalmente establecidos para los supuestos contemplados por el precepto legal examinado.

La finalidad garantista que persigue la referenciada norma legal al establecer como preceptivos y relevantes dichos informes, que han de pronunciarse precisamente sobre la procedencia de la modificación a la vista de los documentos

exigidos, que han de incorporarse al expediente, con el contenido prefijado en la propia norma, pone de relieve la necesidad de adecuación del procedimiento al cumplimiento de estos trámites especialmente requeridos, con la eventual consecuencia de invalidez derivable del acto que se dicte, si se prescindiera del cumplimiento de tales trámites, lo que este Consejo se ve en la necesidad de advertir."

En definitiva, se considera que el expediente sigue incompleto por no figurar en él el informe presupuestario de la Comisión Especial de Cuentas que exige el art. 101.3 en relación con la d.a. 9ª.4 del TRLCAP, lo que obliga a que antes de que se adopte la resolución decisoria se dé cumplimiento a dicho trámite preceptivo.

II

En cuanto al fondo del asunto se señala que:

1. El presupuesto de adjudicación de la obra contratada era de 33.506.815 euros y el importe de la primera modificación propuesta asciende a 10.503.496,04 euros, lo que significa un aumento del 31,347 por ciento sobre el presupuesto inicialmente aprobado.

De los 15 capítulos que agrupan las distintas unidades de obra que conforman el Modificado nº 1 del Proyecto, uno, el número 13 corresponde a lo que se cataloga en el propio proyecto como trabajos complementarios, inexistente en el presupuesto del proyecto primitivo adjudicado, ascendiendo este capítulo en el presupuesto modificado a la cantidad de 240.615,26 euros.

Tres capítulos se modifican a la baja. El nº 1 que integra las unidades correspondientes a Acondicionamiento general, que disminuye en 1.813.431,23 €. El nº 7 que corresponde al Edificio sedes oeste, que aminora su importe en 259.791,58 €. Y el nº 14, de Instalaciones, que baja en 1.393.361,44 €.

Los restantes 11 capítulos presentan una diferencia de aumento porcentual en el presupuesto modificado respecto del proyecto inicialmente contratado, compensándose los importes resultantes de estas partidas de incremento con las reducciones señaladas para la obtención del importe total del presupuesto general del Proyecto Modificado nº 1.

2. La memoria complementaria emitida, atendiendo a la consideración contenida en el Dictamen 16/2003 de este Consejo, por el Arquitecto director facultativo de la obra, esquematiza las causas fundamentales motivadoras de la redacción del Proyecto Modificado nº 1 de referencia en la decisión, por razones de interés público, de la Propiedad, de reconvertir la solución inicialmente considerada de disposición de un estadio estándar exclusivamente para uso del deporte del fútbol, sustituyéndola por un estadio de otras dimensiones y características de usos múltiples, que sirva para el deporte espectáculo en su grado máximo, compatible además con otro tipo de espectáculos y actividades no deportivas, formando un complejo multifuncional adecuado para responder a las necesidades de la ocupación del ocio y del deporte de la población de la isla de Gran Canaria.

Bajo este enunciado desglosa dicha Memoria las necesidades nuevas, agrupadas en función de los usos considerados.

Así, para el fútbol profesional de alta competición, se han seguido las recomendaciones que ha de cumplir un estadio de estas características facilitadas por la Federación Internacional de Fútbol, afectando las variaciones a las gradas, al edificio de servicios y al edificio de palcos, según el detalle que se especifica en dicho estudio técnico.

Como necesidades nuevas para el Atletismo de alta competición, también indica la Memoria que se han seguido las condiciones señaladas por la Federación Internacional de Atletismo y sus reglamentos, previéndose la colocación de pavimento sintético homologado sobre el asfalto previsto en el proyecto, la dotación de más elementos para las distintas pruebas de lanzamientos y saltos para permitir fluidez en las grandes competiciones, e infraestructuras de señalización, televisión y cronometraje.

Las modificaciones que la Memoria detalla, englobadas en los subgrupos de los dos apartados anteriormente reseñados, se justifican además por la previsión de las nuevas directrices de gestión para la celebración dentro del estadio de espectáculos diversos, eventos culturales, convenciones, actividades deportivas alternativas, campeonatos escolares, etcétera.

También como necesidades nuevas consideradas para cubrir otras exigencias de uso en actividades de ocio, de carácter deportivo y extradeportivo, la Memoria explica que se ha previsto aumentar la superficie y dejar prevista la construcción que

pueda albergar diversas instalaciones: museo del deporte, medicina deportiva, residencia para deportistas y espacios para la práctica de diversas disciplinas igualmente de carácter deportivo.

Por último y catalogadas como unidades imprevistas en el proyecto contratado, figuran reseñados en este informe técnico complementario una serie de elementos cuya incorporación al proyecto modificado obedecen a necesidades derivadas de no haberse contratado ni acometido las obras de urbanización, objeto de otro proyecto distinto, pero que por la exigencia de entrada en funcionamiento del nuevo estadio, se ha considerado imprescindible introducir dentro de este Modificado nº 1, consistentes en las acometidas eléctricas, saneamiento, agua, telefonía, pavimentación circundante para permitir los accesos, aparcamiento de vehículos, calle de acceso al aparcamiento y edificio de servicios.

3. La prerrogativa de la Administración de modificar los contratos se concreta en una potestad reglada que sólo es ejercitable si concurren en cada caso los presupuestos legalmente establecidos, de modo que una vez perfeccionado el contrato únicamente podrá el órgano de contratación introducir modificaciones en los elementos que lo integran por razón de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

El principio de inalterabilidad del contrato de obras -ne varietur- garantiza que la ejecución de las obras proyectadas y contratadas se ejecuten con arreglo al pliego de cláusulas administrativas y a las previsiones del proyecto que sirve de base al contrato.

Responde a dicha exigencia la determinación contenida en el art. 4 TRLCAP, conforme al que la Administración puede concertar los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al Ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla.

La Ley, pues, permite y articula el ejercicio de la prerrogativa de la Administración pública de modificación de los contratos, como potestad reglada, de modo que el "ius variandi" que confiere siempre ha de ser ejercido con acatamiento

de determinados requisitos y límites materiales, que se concretan congruentemente en la observancia de los principios de subsistencia de la identidad del contrato, debida proporcionalidad de la variación pretendida y adecuación suficiente al cumplimiento del objetivo que impulsó la contratación.

Específicamente la delimitación legal está enmarcada en la concurrencia como presupuesto de una razón de interés público, justificada de modo preciso en el expediente, que cubra la excepción al aludido principio de inalterabilidad del contrato, para amparar que las necesidades nuevas surgidas o las causas imprevistas determinantes de la variación que se proyecte, tengan adecuada cobertura en la habilitación legalmente configurada, al objeto de que la Administración pueda accionar y ejercitar rectamente la potestad de modificación del contrato.

Tales son los condicionantes de legalidad establecidos, en garantía de que la resolución que se adopte ni quebrante ni desnaturalice el principio de concurrencia, de licitación pública, economía del gasto público y buena ejecución de la contrata, consustancial y propio del ámbito de la contratación administrativa, para evitar la alteración improcedente de los términos en que fueron invitados los licitadores a realizar la obra y formular las ofertas económicas.

La potestad de modificación de los contratos no puede ser ejercida para resolver eventuales deficiencias, errores e imprevisiones técnicas del proyecto primitivo, sin que quepa tampoco consecuentemente confundir las imprevisiones del proyecto contratado, debidas a la incompleta o inadecuada redacción del proyecto que sirve de soporte al contrato, con los conceptos de necesidades nuevas o de causas imprevistas.

Así, los términos en que el art. 102 TRLCAP utiliza, "necesidad nueva" o "causa imprevista", eliminada de éste último concepto la referencia contenida en la anterior regulación, restringida a la modalidad del contrato de obras, que conectaba a una razón técnica la causa imprevista al tiempo elaborar el proyecto, deben ser anudados -en una correcta inteligencia de su extensión en la vigente normativa legal de aplicación, a todo tipo de contratos administrativos- a la concurrencia de un hecho, acaecimiento o acontecimiento que determine la exigencia de atención de una necesidad resultante de esa contingencia, si se tratase de una causa nueva; y tratándose de una causa imprevista, cabe englobar en su concepto y cobertura los distintos supuestos de imprevisión o de falta de consideración en las soluciones estudiadas en el proyecto, pero sin extensión inadmisibles a lo catalogable como

subsanción de errores del proyectista o incumplimientos de obligaciones inherentes al contratista.

4. En la regulación del contrato de obras el art. 141 del TRLCAP permite el uso del procedimiento negociado sin publicidad cuando concurren algunas de las circunstancias que se expresan en los supuestos que contempla, entre los que se incluye el apartado d), cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo, o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.

La aplicabilidad de esta previsión legal se subordina a que la concurrencia de dicha circunstancia quede debidamente justificada en el expediente y se cumplan los siguientes requisitos tasados:

- Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración, o que, aunque se puedan separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución.
- Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estén formadas, al menos en un 50 por ciento del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal.
- Y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20 por ciento del precio primitivo del contrato.

Las obras complementarias que no reúnan los señalados requisitos legales exigidos, habrán de ser objeto de contratación independiente.

5. No obstante, con independencia de lo considerado en los precedentes apartados de este Fundamento sobre las obras que constituyen el objeto del Proyecto modificado, este Consejo (Sección 2ª) persiste en reflejar el criterio inalterado que ha tenido ocasión de reflejar en múltiples Dictámenes (16/1987, 8/1988, 16 y 17/1994, 57/1995, entre otros), sobre la necesidad de extremar el cuidado por parte de la Administración contratante de una obra pública respecto a la correcta redacción y supervisión técnica previa de los proyectos, para evitar incurrir en el tratamiento corrector a través de proyectos reformados o de modificación de las

soluciones que deben ser estudiadas con suficiente ponderación en el proceso inicial de formación de la voluntad contractual, criterio concordante con la misma preocupación que con igual insistencia el Consejo de Estado ha expuesto de modo reiterado y contundente al evacuar consultas sobre esta materia, como se resalta, por todos, en el Dictamen emitido el día 5 de diciembre de 2001, en el Expediente 3303/2001.

6. Como se expresó en el Dictamen 16/2003, de 4 de febrero, las modificaciones del proyecto obedecen a diversas causas.

Un grupo de ellas persiguen ampliar la funcionalidad de la obra pues se quiere que el estadio sirva también a la práctica de otros deportes distintos del fútbol y a la celebración de actividades deportivo-culturales.

Otras están determinadas por la necesidad de mejorar la solución proyectada. A ellas pertenecen las modificaciones dirigidas a adaptar las obras a la normativa anti-incendios, de emergencia y espectáculos públicos, mejorar la impermeabilización y el drenaje, ampliar los edificios de servicios, incrementar la longitud del vuelo de la marquesina, eliminación de barreras arquitectónicas, sustitución de materiales por otros más resistentes.

Otro grupo de modificaciones complementan la solución proyectada. En este grupo se comprende la instalación de las butacas que no estaban incluidas en el proyecto de terminación original, la infraestructura para las instalaciones especiales de cronometraje electrónico y voz y datos, las modificaciones de las torres-faro y las obras de saneamiento previstas en el proyecto de urbanización.

7. Las modificaciones que amplían la funcionalidad de la obra satisfacen una necesidad nueva y, en cuanto implican una mayor rentabilidad social, deportiva y económica, obedecen a una razón de interés público; por consiguiente, no son objetables.

Las modificaciones dirigidas a adaptar la obra a las normativas técnicas de seguridad, de espectáculos públicos y de eliminación de barreras arquitectónicas, evitar defectos constructivos y sustituir unidades de obras por otras de superior calidad técnica, responden a causas imprevistas, en cuanto que no consideradas en el proyecto primitivo, que no son lo mismo que imprevisibles, y su finalidad obedece a

intereses públicos obvios: El cumplimiento de normativas y la seguridad y calidad de la obra.

El tercer grupo de modificaciones, también obedece a causas imprevistas y sirven al interés público en cuanto son necesarias para la completa ejecución de la obra y para que ésta cumpla la finalidad a la que está destinada.

8. Una observación puntual debe hacerse respecto a las unidades del Proyecto Modificado que se integran en el capítulo 13, titulado "Trabajos complementarios".

En el presupuesto del proyecto primitivo, según resulta de la Memoria y del Presupuesto del Proyecto Modificado, no estaban contempladas ninguna de las unidades que ahora conforman dicho capítulo, y que han sido agrupadas en este epígrafe, tal y como reza en la Memoria explicativa, como "trabajos que son necesarios realizar para poder desarrollar las ampliaciones y mejoras reflejadas en los diferentes apartados de la (propia) Memoria", de modo que dada su catalogación en esa categoría por el autor del proyecto modificado, se considera que deben ser objeto de tratamiento en consonancia con la regulación legal antes examinada relativa a las obras complementarias que no figuran ni en el proyecto primitivo ni consecuentemente en el contrato. Y al no cumplirse el requisito de que estén formadas al menos, en un 50 por ciento del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal, procede su segregación para que puedan ser objeto de contratación independiente.

El mismo tratamiento debe darse el resto de las unidades de obra que tengan dicha condición de complementarias, aunque no se encuentren insertas en el capítulo 13 del Proyecto Modificado.

9. Se debe advertir que la aprobación de la modificación propuesta conlleva su formalización en documento administrativo (art. 101.2 TRLCAP en relación con los arts. 54 y 11.2, i) de la misma); el reajuste de alza de la garantía para que guarde la debida proporción con el nuevo precio y su constitución dentro de plazo en la cuantía de dicho incremento (art. 42 TRLCAP en relación con el art. 41 de la misma).

Asimismo deberá comunicarse a la Audiencia de Cuentas (arts. 2, b) y 51, d) de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas de Canarias en relación con el art. 57 TRLCAP) y a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del

Ministerio de Hacienda para su comunicación a la Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea (arts. 58, 93 y 118 LCAP en relación con los apartados 5, 7 y 8 del art. 11 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 en relación con el art. 7.3, d) de la misma.

C O N C L U S I O N E S

1.- Es necesario integrar en el expediente el informe de la Comisión Especial de Cuentas, de carácter preceptivo, por las razones que se expresan en el Fundamento I. 5.

2.- Todas las unidades de obra que tengan la condición de complementarias deben ser segregadas del Proyecto Modificado, para que se apliquen las previsiones legales examinadas en el Fundamento II.7.

3.- El resto de la modificación propuesta se considera ajustada a Derecho dictaminándose favorablemente su aprobación.