

En Logroño, a 25 de noviembre de 2002, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, actuando como ponente D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

64/02

Correspondiente a la consulta elevada al Consejo Consultivo de La Rioja a instancia del Excmo. Ayuntamiento de Logroño (La Rioja), por mediación del Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas del Gobierno de La Rioja, ***sobre el expediente promovido para la modificación del contrato de ejecución de las obras del Palacio de Deportes de La Rioja.***

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Logroño de 30 de noviembre de 2000, se aprobó el expediente de contratación de las obras comprendidas en el Proyecto de Palacio de Deportes de La Rioja. Asimismo, quedó aprobado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la apertura del procedimiento de adjudicación mediante concurso abierto y tramitación ordinaria. En el mismo Acuerdo municipal se declaró la plurianualidad del gasto con cargo a los ejercicios presupuestarios de los años 2000 a 2003, ambos inclusive.

Segundo

La licitación fue enviada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas para su anuncio en el DOCE, y del mismo modo se procedió para su publicación en el BOE y en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Fue publicado: en el DOCE, el 14 de diciembre; en el BOE, el 15 de diciembre de 2000; y, en el B.O.R, el 9 de enero de 2001, por un presupuesto de 1.769.853.580 pesetas.

La publicidad formal del expediente de contratación también se garantizó mediante su publicación en uno de los Diarios de mayor circulación de la provincia y así obra en el periódico "La Rioja" del domingo 14 de enero de 2001.

Tercero

El 1 de febrero de 2001, se constituyó la Mesa de Contratación para el análisis de la documentación administrativa y la correspondiente apertura de las proposiciones económicas de los licitadores, apreciándose varias bajas temerarias que fueron debidamente notificadas a las empresas incursas en la mencionada temeridad, con concesión de un plazo de audiencia de diez días naturales.

Todas ellas dieron debido cumplimiento de este trámite, evacuando sus respectivos escritos de alegaciones obrantes en el expediente de contratación administrativa.

Cuarto

El 13 de marzo de 2001, a la vista de las alegaciones formuladas, el Arquitecto Jefe del Servicio de Arquitectura y Urbanizaciones informó cada una de las

proposiciones económicas presentadas, teniendo en consideración la legislación contractual administrativa y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Quinto

El 14 de marzo de 2001, reunida la Mesa de Contratación, elevó la propuesta de adjudicación al órgano de contratación a favor de la unión temporal de empresas ***D.O P., SA e I.O P., SA.***

Sexto

El 16 de marzo de 2001, el Pleno del Ayuntamiento de Logroño, como órgano de contratación, acordó la adjudicación definitiva de las obras comprendidas en el Proyecto de construcción del Palacio de Deportes, a la U.T.E. ***D.OP., SA e I.O P., SA.***, y nombró a dos Arquitectos municipales como Directores de las obras.

La adjudicación fue notificada a todos los licitadores, a la Sección de Intervención, a la de Deportes y a la de Arquitectura, de la mencionada Corporación Local.

Séptimo

El 24 de abril de 2001, el Presidente de la Corporación Municipal y el representante de la U.T.E. ***D.O P., SA e I.O P., SA*** formalizaron el contrato administrativo para la “Construcción del Palacio de los Deportes” con un precio de 1.541.645.740 pesetas (9.265.477,504 euros).

En cuanto al inicio del contrato, a contar desde la comprobación del replanteo, la cláusula tercera del contrato dispuso que: ***“ El plazo de ejecución de las obras es de diecinueve meses, contados desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo. La comprobación del replanteo tendrá lugar dentro del plazo de 15 días***

contados desde la fecha de formalización del presente contrato. El plazo de garantía de las obras es de tres años desde la recepción de las obras”.

Octavo

El 9 de mayo de 2001, se acordó por ambas partes la posposición del acta de comprobación del replanteo de las obras, dado que la documentación del proyecto se mostraba incompleta, concediendo el plazo de una semana para la subsanación de dichas deficiencias.

El acta de replanteo de comprobación de las obras y la autorización de su inicio fue firmada por la dirección técnica de la obra y por el contratista el 23 de mayo de 2001.

Noveno

El 23 de julio de 2002, por el Arquitecto Jefe del Servicio de Arquitectura y Urbanizaciones y por la Arquitecto de dicho Servicio de la Corporación local, se redactó un informe relativo a la solicitud de redacción del proyecto reformado nº 1 de las obras del Palacio de los Deportes.

En este informe se motivaron debidamente los siguientes extremos: primero, la necesidad del modificado contractual; segundo, los elementos a los que afectaba; y, por último, la valoración económica del reformado.

En él mismo se concretaron, por capítulos separados, las carencias, los incrementos de medición y las modificaciones y, dentro de cada uno de ellos, las especificidades y motivaciones de las reformas. Así se distinguen:

“Capítulo I. Movimiento de tierras.

Capítulo II. Cimentación.

Capítulo III. Saneamiento.

Capítulo IV. Estructura de hormigón.

Capítulo V. Estructura metálica.

Capítulo VI. Cubiertas.

Capítulo VII. Albañilería.

Capítulo VIII. Revestimientos.

Capítulo IX. Solados y alicatados.

Capítulo X. Carpintería de madera.

Capítulo XI. Carpintería metálica.

Capítulo XII. Cerrajería de taller.

Capítulo XIII. Pintura.

Capítulo XIV. Vidrio y aislamientos.

Capítulo XV y XVI. Fontanería.

Capítulo XVIII. Instalación contra incendios.

Capítulo XIX y XX. Climatización.

Capítulo XXI y XXII. Instalación eléctrica.

Capítulo XXIII. Instalaciones varias”.

Posteriormente, se complementó este informe con otro, de 29 de julio, en el que se aclararon las cifras definidoras de la cuantía económica a la que podía ascender el Proyecto Reformado nº 1 del Palacio de Deportes y Casa de Federaciones de La Rioja.

Décimo

El 29 de julio de 2002, a instancia del Servicio de Contratación y Patrimonio del Excmo. Ayuntamiento de Logroño, se redactó la solicitud de autorización para la elaboración del Proyecto Modificado nº 1 de las Obras de construcción del Palacio de los Deportes y para la continuación provisional de las mismas, apreciando en su

conjunto las necesidades de interés general impulsoras de la necesaria modificación del contenido contractual originario.

Undécimo

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Logroño, en su sesión celebrada el 31 de julio de 2002, autorizó la redacción del Proyecto modificado nº 1 de las Obras de construcción del Palacio de Deportes, dando también traslado del expediente de modificación a la Comunidad Autónoma de La Rioja, Administración que fue la contratante del proyecto, a los efectos previstos en los artículos 218 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Duodécimo

El acuerdo de la Comisión de Gobierno por el que se autorizó el modificado fue traslado a la U.T.E. adjudicataria de las obras. La U.T.E. formuló sus alegaciones obrantes en el expediente, mostrando su conformidad con el Proyecto Modificado nº 1, si bien poniendo en conocimiento el incremento del presupuesto en un 22,65 % respecto al proyecto original y dando igualmente su conformidad en relación con la continuación de las obras a fin de garantizar la buena ejecución del futuro Palacio de Deportes y Casa de Federaciones de La Rioja.

Decimotercero

El 23 de agosto de 2002, el Arquitecto Jefe del Servicio de Arquitectura y Urbanizaciones del Ayuntamiento de Logroño evacuó un nuevo informe, complementario del de 23 de julio, en el que, una vez evaluadas todas las partidas correspondientes al proyecto reformado nº 1, se singulariza el incremento del gasto.

Decimocuarto

El 11 de septiembre de 2002, teniendo en consideración la memoria justificativa del proyecto de modificado (en la que se describen, por capítulos, las partidas que han experimentado variación, distinguiéndose entre las que obedecen a incrementos y

reducciones de unidades de obra comprendidas en el proyecto primitivo y aquéllas otras no incluidas en el mismo, ya sea por carencias de tipo técnico o adopción de soluciones más idóneas, y se toma en cuenta el resultado económico del modificado, que se traduce en un incremento del precio del contrato en 2.098.630,65 euros IVA incluido, esto es, un 22,65 % del precio de adjudicación), el Secretario General Técnico del Ayuntamiento de Logroño lo informó favorablemente.

En este informe se subrayó la necesidad de dar traslado del Proyecto de Modificado nº 1, autorizado por la Comisión de Gobierno, a los Servicios de Intervención, para la emisión de su informe previo y preceptivo, y al Consejo Consultivo de La Rioja, dado que el importe de la modificación implica un incremento superior al 20 % del precio primitivo del contrato.

El mismo día 11 de septiembre, la Adjunta a la Jefatura y Responsable de la Contratación de Obras y Consultorías, informó favorablemente el Proyecto de Modificado nº 1.

Decimoquinto

El 13 de septiembre de 2002, la Intervención emitió su informe, observando que el importe del modificado nº 1 se imputará a la partida presupuestaria del ejercicio 2002, funcional 452.00, Deportes; económica 622.99, Inversión nueva en edificios y otras construcciones y, dentro de la misma, el Proyecto de Gasto, “Construcción del Palacio de los Deportes, Modificado nº 1”. Si bien interesa destacar de las observaciones emitidas en la fiscalización previa del gasto que, a la fecha en la que se evacuó el informe por la Intervención, no existía crédito para hacer frente al gasto.

Decimosexto

El Pleno del Ayuntamiento de Logroño, en la Sesión celebrada el 18 de septiembre de 2002, acordó recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de La Rioja para la aprobación del Proyecto modificado nº 1 de las obras del Palacio de los Deportes y Casa de Federaciones de La Rioja.

La remisión del expediente al Órgano Consultivo ha sido notificada a la Sección de Arquitectura y Urbanizaciones, a la U.T.E. D.O P. SA e I.O P., SA y a la Intervención municipal, en su Sección de Gastos

Decimoséptimo

La aprobación definitiva del proyecto de Modificado nº 1 de las Obras del Palacio de los Deportes de La Rioja y Casa de Federaciones, obrante en los folios 566 y 567 del expediente, queda supeditada al presente Dictamen y, en su caso, a la aprobación por el Pleno de la Corporación Municipal en su cualidad de órgano de contratación.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 15 de octubre de 2002, registrado de entrada en este Consejo el 21 del mismo mes y año, el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente, y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 21 de octubre, registrado de salida el día 28, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo, procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

Son varios los preceptos de nuestro Ordenamiento Jurídico en que apoyar la preceptividad del informe de los Órganos Consultivos, y así hemos de traer a colación los siguientes:

- El artículo 59.3º del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante , TR de la LCAP), dispone la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: “***b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 pesetas (6.010.121,04 euros)***”.
- El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, impone el deber de elevar consulta, en los siguientes asuntos: “***i) Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones, cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos en que así lo dispongan las normas aplicables***”.
- El artículo 12 del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo de La Rioja, la misma preceptividad impone para estos supuestos, y así se colige de lo expuesto en su letra i).

Por lo tanto, en el caso sometido a nuestra consideración, nos hallamos ante un supuesto legal en el que es preceptivo el Dictamen. Así lo ha entendido este Consejo Consultivo en Dictámenes anteriores, como el 20/2000, *ad exemplum*.

Segundo

Análisis del procedimiento administrativo para adoptar el Proyecto de Modificado nº 1 de las Obras del Palacio de Deportes y Casa de las Federaciones de La Rioja.

Entre las prerrogativas que ostenta la Administración en materia de contratación administrativa, el artículo 59 del actual TR de la LCAP, le concede al órgano de contratación el poder de modificación de los contratos por razones de interés público, el denominado “*ius variandi*”. En efecto, frente a la regla general de inmutabilidad e invariabilidad del contenido contractual que rige en el Derecho Privado, en el Derecho Administrativo y, concretamente en la normativa contractual de las Administraciones Públicas, recogiendo lo que ya disponía la derogada *Ley de Contratos del Estado de 1965*, se autoriza a una de las partes contratantes, a la Administración, para modificar el contenido contractual, siendo tal modificación obligatoria para el contratista, siempre que se produzca dentro de los límites y con arreglo a los requisitos y garantías actualmente contenidos en el TR de la LCAP y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Esta prerrogativa ha de encauzarse, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, dentro del ejercicio de una potestad reglada, pues sólo podrá ser utilizada por el órgano de contratación cuando concurren los presupuestos establecidos por la Ley, y así tuvo por bien declararlo en Sentencias, como la de 11 de abril de 1984 (Ar. 1920), cuyo tenor no puede ser más expresivo: “(...) ***el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los artículos 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas***

antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese “ius variandi”, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos regidos por el principio “ne varietur”.

A la luz de esta corriente jurisprudencial significativa de los límites del poder de variación (puesto que la modificación del contrato no puede ser arbitraria, en cuanto que no se trata de una potestad legal atribuida con carácter absoluto, sino que se ve encauzada, no sólo por límites formales, como la necesidad de un expediente contradictorio, en el que se conceda audiencia al contratista, sino también otros de orden sustantivo, como lo es la motivación de los hechos en los que se detecta la nueva necesidad o la causa imprevista), hemos de analizar el expediente del Proyecto de Modificado nº 1 de las Obras del Palacio de Deportes de La Rioja.

No olvidemos que todo ello ha de ser presidido por razones de interés público que, en definitiva, motivan la modificación; porque, en otro caso, aquélla no sería conforme a Derecho. De esta forma, la solución que haya de dar el órgano de contratación, -el Excmo. Ayuntamiento de Logroño-, ha de ser adecuada y proporcionada a la necesidad, a la que pretende hacer frente, estando obligado, además, en su acuerdo a conceder una puntual motivación en los términos del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), tanto de la concurrencia del presupuesto, como la proporcionalidad de la solución adoptada.

Encauzada así la prerrogativa administrativa que ostenta el órgano de contratación, hemos de analizar, en primer lugar, la concurrencia en el expediente elevado por el Excmo. Ayuntamiento de Logroño, a través de la Consejería de Administraciones Públicas y Desarrollo Autonómico del Gobierno de La Rioja, de los presupuestos procedimentales o formales en que la misma ha de encauzar su ejercicio reglado.

En la actualidad y tal y como se observa en el expediente que se informa tramitado por el Excmo. Ayuntamiento de Logroño, los cauces procedimentales para el ejercicio de la potestad de modificación unilateral de los contratos se encuentran

regulados, con carácter general, para todo tipo de contratos administrativos, en los artículos 59 y 101 del TR de la LCAP y, en particular, para el contrato de ejecución de obras públicas, en el artículo 146 el TR de la LCAP, amén de lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento de desarrollo de la LCAP, en vigor desde el 26 de abril de 2002. A la luz de este marco normativo, hemos de analizar la corrección en la tramitación del expediente que se informa.

Del mismo modo, hemos de estar a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, “*lex contractus*”, y, sin más, la Cláusula 23ª, en lo que respecta a las modificaciones del contrato, se remite a lo dispuesto en el artículo 146 del TR de la LCAP.

Brevemente hemos de detenernos, *prima facie*, en el contenido de la norma a la que nos remite dicha Cláusula 23ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y ello porque el artículo 146 del TR de la LCAP contempla dos procedimientos distintos, atendiendo en esencia al importe económico que suponga el modificado, con los consiguientes efectos, la suspensión o no de las obras. De esta forma, observamos en el expediente elevado a consulta una gran confusión entre lo dispuesto en el párrafo 3º y 4º del artículo 146 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, regulando supuestos completamente distintos, y no pudiendo ser aplicados indistintamente, tal y como lo hace la Administración municipal.

El artículo 146.3º del TR de la LCAP se refiere al supuesto general, esto es, a la tramitación de un expediente de contratación que implique un aumento del 20 % del precio primitivo del contrato, lo cual conlleva la suspensión automática de las obras, como regla general, a salvo que por razones debidamente justificadas y motivadas de interés público, apreciadas por el Órgano de Contratación, resultase necesario la continuación de las obras; mientras que el párrafo 4º del artículo 146 del texto legal reseñado, que posibilita la continuación provisional de las obras, resulta de aplicación a los supuestos en que el importe máximo del modificado no supere el 20 % del precio primitivo del contrato.

Realizada esta precisión, hemos de advertir dos irregularidades procedimentales en torno a la aplicación del artículo 146 del TR de la LCAP:

1ª La aplicación indistinta de los párrafos 3º y 4º de esta norma, cuando son distintos los supuestos de hecho que hacen elegir entre uno u otro procedimiento.

2ª La improcedencia de la continuación en la ejecución de las obras, primero, por su carácter excepcional "*provisionalmente*"; segundo, porque la cuantía del modificado supera el 20 % del precio primitivo del contrato; y, tercero, porque no aparece en el expediente un acuerdo motivado que justifique la existencia de razones de interés público que hagan aconsejable la continuación de las mismas.

Advertidos estos defectos, comencemos con el estudio de cada uno de los trámites que integran el expediente de modificación.

A) *Iniciación.* Como se deduce de lo dispuesto en el artículo 59 del TR de la LCAP, la competencia para iniciar el expediente de modificación unilateral de los contratos, recae en el órgano de contratación, en los términos indicados en el artículo 12 del mismo cuerpo legal.

En particular, para este tipo contractual, el de ejecución de obras públicas, el artículo 146.3º del TR de la LCAP dispone que el acto de trámite de iniciación del expediente viene impulsado por la existencia de una propuesta técnica motivada efectuada por el Director facultativo de la obra, quien recabará del órgano de contratación la autorización para iniciar el correspondiente expediente.

Dando satisfacción a este acto de trámite de iniciación del expediente contradictorio, obra en la documentación elevada al conocimiento de este Órgano Consultivo, la existencia de un informe técnico suscrito por los Directores Técnicos de las Obras relativo a la solicitud de redacción del Proyecto de Modificado nº 1 de las Obras del Palacio de los Deportes. En este informe, de fecha de 23 de julio de 2002, complementado con otro posterior de 29 de julio, quedan suficientemente motivadas las necesidades de proponer la redacción del primer reformado de las obras. De esta forma, el primer reformado se justifica en los siguientes extremos:

“1. Existiendo en el presente proyecto incoherencias, más allá de lo normal, concretamente entre los distintos documentos que integran el proyecto de ejecución y que sirven de objeto al contrato de ejecución de las obras, pudiéndose destacar las contradicciones, tanto gráficas, en mediciones y en las características de los materiales valorados en los presupuestos, resaltándose sobre manera la escasa e incluso llegándose a carecer de medición en partidas esenciales (acero, hormigón, fábrica de ladrillo, lucernarios etc.).

2. La dirección facultativa junto con la empresa adjudicataria, desde el inicio de las obras ha detectado la existencia de distintas carencias de gran importancia para poder ejecutar con la suficiente calidad y fiabilidad las obras proyectadas, esto es debido principalmente:

- ***La falta de documentación informática que en un proyecto de esta envergadura y características es imprescindible, para poder ejecutar con la suficiente garantía las obras previstas, llegándose a dar el caso de carecer de documentación para el replanteo del edificio, falta de definición de cálculos y detalles de las estructuras (cubierta, estructura de hormigón, estructura auxiliar de fábricas de fachada, etc.), carencia de documentación técnica a nivel de cálculos y sistemas constructivos en las diversas instalaciones tanto en algunos casos a nivel total como parcial, de forma que se nos hace inevitable nuevos cálculos y adecuaciones constructivas al edificio pretendido, para hacer factible el uso y funcionamiento idóneo de las instalaciones a todos los niveles necesarias.***
- ***Necesidad de algunos cambios en las alternativas en cuanto a acabados de diversos materiales a fin de conseguir una mejor homogeneización, teniendo en cuenta la funcionalidad, durabilidad, facilidad de mantenimiento de cara al futuro, etc. Cambios en orden a ubicación de elementos básicos generadores de las instalaciones en general, entrañando modificaciones imprescindibles de cara a la seguridad, disposición en el espacio, y ubicación concreta en el inmueble, mantenimiento, normativas específicas, etc.***
- ***Por otro lado es ineludible el cambio de la cubierta del conjunto principal, tanto a nivel estructural como de cubrición atendiendo a su aislamiento, impermeabilización e insonorización, en evitación especialmente de inevitables goteras en caso de llevar a cabo la solución precisa en el proyecto original, dado***

que el sistema tradicional previsto en el proyecto no es idóneo para una bóveda de la naturaleza que se proyecta”.

Posteriormente, en este mismo informe técnico, se van concretando, por capítulos separados que ya fueron relacionados en el expositivo noveno del presente Dictamen, cada uno de los elementos de las obras que precisan de modificación, todo ello, atendiendo a razones de interés público. A este informe se le ha de sumar otro complementario, de 23 de agosto de 2002, en el que se valoran los incrementos de gastos que implican cada uno de los elementos del contrato insertos en el Proyecto de Modificado nº 1 .

Obra en el expediente el acuerdo de iniciación del expediente de modificado nº 1 autorizado por la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Logroño, que, pese a que no es el Órgano de Contratación, tiene delegada esta competencia en virtud del acuerdo del Pleno de 4 de febrero de 1999, -remitido como documentación complementaria al expediente que se informa-. Del tenor literal del acuerdo de delegación se desprende que es la Comisión de Gobierno la competente, cuando el órgano de contratación sea el Pleno, para autorizar al director facultativo de obras la redacción de las modificaciones de proyectos, en los términos del artículo 146.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con todo ello, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146.3º del TR de la LCAP, ha quedado bien iniciado el expediente y en el momento contractual oportuno, esto es, una vez perfeccionado el contrato (artículo 101 del TR de la LCAP) y con anterioridad a la finalización de la eficacia del mismo (S. TS de 20 de noviembre 1998, Ar.255).

B) Tramitación: Son varias las actuaciones que complementan esta fase de comprobación, conocimiento y determinación de los hechos en virtud de los cuales, el Órgano de Contratación ha de autorizar y aprobar el Proyecto de Modificado. Al abrigo de lo previsto en los artículos 59.4º, 101 y 146.3 del TR de la LCAP y del artículo 102 del Reglamento de desarrollo, en el cuerpo de la instrucción de este expediente se han de presenciar: las alegaciones del contratista, el informe de la Asesoría Jurídica, el Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, la

fiscalización del gasto correspondiente por los Servicios de la Intervención y el informe de contenido presupuestario emitido por la Comisión Especial de Cuentas, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Novena. 4 del TR de la LCAP.

Del voluminoso expediente remitido a este Órgano Consultivo, hemos de entresacar las actuaciones que conforman su instrucción, alabando en primer término, la corrección y diligencia en su tramitación.

B. 1) Audiencia al Contratista. Una vez iniciado el expediente de oficio, donde se subraya la importancia del informe técnico de los Directores de la obra, en el que queda motivado la necesidad del Proyecto de Modificado, se ha de conferir traslado de toda esta documentación al contratista, en trámite de audiencia , según establece el artículo 59.1 en el tercero de sus párrafos, “***En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista***”.

Este trámite que, de acuerdo con la normativa general del procedimiento administrativo contenida en la LRJ-PAC, es previo al informe del Servicio Jurídico y al Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, no constituye sino una aplicación particular al procedimiento de contratación del mandato establecido con carácter general en el artículo 105, c) de la Carta Magna, por ende, nos hallamos ante una audiencia, en el caso que se informa, que goza del calificativo de preceptividad.

Obra en el expediente remitido el cumplimiento del trámite de audiencia, en virtud del cual la adjudicataria de las obras, la UTE ***Palacio de La Rioja, D.O P. e Iza***, formularon sus alegaciones, mostrando su conformidad con el mencionado Proyecto de Modificado nº 1 en los términos informados por los Directores Técnicos de las obras, nombrados en el acuerdo de adjudicación. En sus alegaciones la UTE referida, calculó la presupuestación económica de las modificaciones propuestas en un 22,65 % en relación con el precio de adjudicación y dando igualmente su aquiescencia con la continuación de las obras, a fin de facilitar su buena marcha y ejecución del futuro Palacio de Deportes y Casa de Federaciones de La Rioja.

B.2) Informe Jurídico. El 11 de septiembre de 2002, el Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Logroño, emitió el informe jurídico favorable al Proyecto de Modificado nº 1 de las Obras de Construcción del Palacio de Deportes, en el que reiteró el incremento sobre lo contratado de un 22,65 %, así como la justificación de la modificación. Del mismo modo puso de manifiesto la necesaria emisión de otros informes, como el de la Intervención y el presente, del Consejo Consultivo de La Rioja, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.3, b) del TR de la LCAP.

B.3) Fiscalización de la Intervención. Con fecha de 13 de septiembre de 2002, la Intervención de la Corporación Municipal emitió su informe de fiscalización previa del expediente de gasto, a imputar a la partida presupuestaria del ejercicio 2.002: funcional 452.00 Deportes; económica 622.99 Inversión nueva en Edificios y Otras Construcciones, y dentro de la misma el Proyecto de Gasto: “Construcción del Palacio de los Deportes. Modificado nº 1”.

Llegados a esta actuación, se solapa este expediente contradictorio con otro procedimiento de corte presupuestario, dentro del cual se ha de subrayar, por su trascendencia sobre el acto que ponga fin a la aprobación definitiva del Proyecto de Modificado nº 1, las observaciones que se formulan en el informe de la Intervención municipal:

“A la fecha de la emisión del presente informe se ha de señalar respecto al crédito:

a) El Ayuntamiento Pleno en su sesión de fecha de 31 de julio de 2002 aprobó inicialmente el expediente de Modificación Presupuestaria por Suplementos de Crédito nº 10/2002, en el que se recogía el importe de 714.948,85 euros, para hacer frente a la aportación municipal al Modificado. Este expediente no es ejecutivo.

b) No consta la aprobación o el ingreso del mayor importe de la subvención para hacer frente al Modificado de la Construcción del Palacio de los Deportes de La Rioja y Casa de las Federaciones que la Comunidad Autónoma de La Rioja habrá de aportar.

c) La cifra debiera ascender, al menos, a 1.383.681,77 euros. Por tanto, ha de manifestarse la NO EXISTENCIA DE CREDITO para hacer frente al gasto en el momento de la emisión del informe”.

Teniendo en cuenta las observaciones de la Intervención, se ha de precisar que, en todo caso, la aprobación del Proyecto de Modificado nº 1 por el órgano de contratación, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Logroño, queda condicionada a la existencia de crédito, tanto por la aprobación del expediente de modificación presupuestaria por suplementos de crédito, como por la transferencia de las cantidades subvencionadas a cargo de la Comunidad Autónoma de La Rioja; todo ello so pena de nulidad de pleno Derecho “ex” artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por el Real Decreto Legislativo de 23 de septiembre de 1988 y artículo 62 letra c) del TR de la LCAP, por carencia o insuficiencia de crédito presupuestario.

No obstante, se ha de advertir que, a requerimiento de este Consejo Consultivo, y con fecha de 11 de noviembre del presente, el Ayuntamiento de Logroño complementó el expediente remitiendo el de gestión presupuestaria, en el que consta el informe favorable de la Intervención Municipal en el expediente de Modificación de Créditos, por Suplementos de Crédito nº 10/2002 por un importe de 714.948,85 euros.

No obstante, hemos de advertir todavía la insuficiencia de crédito, pues ha de notarse que el importe del modificado asciende a 2.098.634,64 euros IVA incluido , y no consta en el expediente de gestión presupuestaria remitido a requerimiento de este Consejo Consultivo ni su fraccionamiento por ejercicios presupuestarios, al ser un contrato con gasto plurianual, ni la certificación del compromiso de cantidades subvencionadas con cargo a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

B.4) Dictamen del Órgano Consultivo. El artículo 59.3 del TR de la LCAP exige el dictamen preceptivo (calificándolo expresamente de tal) del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de “***interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista***”, y en los de “***modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas***”.

Este trámite queda debidamente cumplimentado mediante la emisión del presente Dictamen, si bien se ha de precisar que no ha de anticiparse la resolución final del expediente al contenido del presente informe jurídico, llegando sin más a la llamada “**política de hechos consumados**”, por dos razones: la primera, porque se están vaciando las funciones consultivas, cuando ya en los folios 566 y 567 del expediente, queda redactada la Resolución final del expediente de modificado nº 1, dando por supuesto que el informe del Consejo Consultivo va a ser favorable, convirtiendo a éste en un acto de puro trámite; y segunda, porque ¿qué finalidad tiene una función consultiva, cuando ya incluso han concluido las obras propias del modificado?

B.5) Otros informes que no obran en el expediente. A tenor de lo dispuesto en el artículo 101.3º del TR de la LCAP, y para que el expediente de modificación se haya tramitado correctamente y se encuentre completo, se han de recabar dos informes que, desde luego, de la documentación remitida a este Órgano Consultivo, no se presencian los mismos. Estos son:

a) El informe de contenido presupuestario emitido en este supuesto, por tratarse de una Administración Local, por la Comisión Especial de Cuentas, a tenor de lo preceptuado por la Disposición Adicional Novena.4 del TR de la LCAP. Este órgano fiscalizador es de existencia preceptiva, tal y como lo dispone el artículo 116 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local y en el mismo sentido, el artículo 127 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

b) La justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación, al amparo del artículo 101.3, b) del TR de la LCAP. Tampoco aparece en la documentación del expediente, esta justificación, pues no olvidemos que la potestad de modificación unilateral de los contratos, es reglada, y por ende, para dar satisfacción a los principios de concurrencia, objetividad y publicidad que presiden la contratación administrativa, y ante la importancia no sólo técnica sino también económico-presupuestaria de la modificación propuesta, -recordemos que asciende a 2.098.630,64 euros IVA incluido-, debía de haberse motivado junto con el inicio del expediente de modificado acordado por delegación por la Comisión de Gobierno del Excmo Ayuntamiento de Logroño, la

innecesariedad de una nueva convocatoria pública por concurso de las unidades que han sido propuestas en el modificado.

C) Terminación: La resolución de este procedimiento contradictorio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 59 del TR de la LCAP es competencia del órgano de contratación, poniendo fin a la vía administrativa, siendo inmediatamente ejecutiva y directamente impugnabile ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

La aprobación del Proyecto que se informa, de Modificado nº 1 de las Obras de Construcción del Palacio de los Deportes de La Rioja, ha de ser acordada por el órgano de contratación, esto es, por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Logroño, a cuyo acuerdo ha de unir la oportuna certificación de la existencia de crédito.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto es que la Administración Local no ha respetado todos los trámites procedimentales en virtud de los cuales se ha de dictar la resolución que proceda, la cual, dicho sea de paso, ya está redactada y obrante en el expediente en los folios 566 y 567.

Tercero

Sobre la modificación del contrato

Analizados los aspectos rituarios del expediente, hemos de entrar en la valoración de la existencia sustantiva de causas de modificación contractual, dentro de los límites materiales preceptuados, con carácter general, en el artículo 101 del TR de la LCAP y que, para el contrato administrativo de obras, se relacionan en el artículo 146 del mismo texto legal.

Tratándose de una potestad reglada, la Administración ha de motivar suficientemente la existencia de una nueva necesidad o de una causa imprevista que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de elaboración del proyecto inicial de las obras, cuya ejecución ya ha comenzado.

De esta forma lo dispone el artículo 101.1 del TR de la LCAP: ***“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, justificándolo debidamente en el expediente”.***

Por ello, al tratarse de una potestad excepcional, es decir, de una auténtica prerrogativa, configuradora, por lo tanto, de una potestad reglada, significa que sólo podrá ser utilizada por el órgano de contratación cuando se den los presupuestos establecidos por la Ley; en primer lugar, ha de existir un interés público en la modificación, y, en segundo lugar, las modificaciones han de ser debidas a “necesidades nuevas” o “a causas imprevistas”, debiendo justificar todo ello debidamente en el expediente incoado para la modificación unilateral.

La motivación de las razones de interés público que aconsejan la modificación de alguno de los elementos del contrato adjudicado a la U.T.E. referida anteriormente, fundada en la existencia de “necesidades nuevas o causas imprevistas” en el proyecto originario de las obras para la construcción del Palacio de los Deportes, se encuentra suficientemente justificada en el primer informe técnico emitido por los Directores de las Obras el 23 de julio de 2.002. La existencia de estas razones de interés público se encuentran ratificadas en otro informe obrante en el expediente administrativo de fecha de 11 de septiembre de 2002, emitido por la Adjunta a la Jefatura y Responsable de la Contratación de Obras y Consultorías, en él y al amparo como se precisó anteriormente, de las normas que rigen esta potestad reglada, los artículos 101 y 146 del TR de la LCAP, se expresa cuanto sigue, cuyo tenor literal se transcribe por su significado en relación con la procedencia del Modificado nº 1:

“La tramitación del Proyecto modificado referenciado se lleva a cabo de acuerdo con el contenido de los artículos 101 y 146 del TR de la LCAP y se justifica, según su Memoria, en los siguientes motivos de interés público, debidos a necesidades nuevas o causas imprevistas:

- ***La existencia de incoherencias en el Proyecto entre los distintos documentos que lo integran, la falta de documentación informática y técnica, así como la necesidad de algunos cambios en las alternativas en cuanto a acabados de diversos materiales para conseguir una mejor homogeneización, teniendo en cuenta la funcionalidad, durabilidad, facilidad de manejo, etc.***
- ***La necesidad de cambio de la cubierta del conjunto principal, para un mejor aislamiento, impermeabilización e insonorización.***
- ***La propuesta de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de una nueva distribución de la casa de Federaciones.***
- ***Cambios constructivos y espaciales ineludibles para enriquecer la ampliación sustancial de ciertos espacios que se han llevada a cabo durante el curso de las obras”.***

Del conjunto de los informes, tanto técnicos como jurídicos obrantes en el expediente, se extrae que esta exigencia de motivación del ejercicio de la potestad de modificación unilateral de los elementos del contrato se halla debidamente satisfecha, siendo presidida por razones de interés público, a los que, en definitiva, ha de servir con objetividad la Administración (artículo 103.1º C.E.).

Por último, hemos de precisar que la potestad de modificación unilateral de alguno de los elementos del contrato administrativo, además de su necesaria motivación que se encuentra perfectamente cubierta en el supuesto que se informa, tiene como límite la inalterabilidad, no sólo del contenido del contrato, esto es, el objeto contractual, sino también del tenor del clausulado expuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (S.T.S. de 21 de enero de 2000, Ar. 1230).

Por ello, hemos de tener en cuenta que las modificaciones propuestas en la solicitud del Proyecto de Modificado nº 1 por los Directores Técnicos de las Obras son consustanciales a las inicialmente proyectadas y no vulneran el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares obrante en el expediente que rigió tanto el procedimiento de contratación como ahora, la vida y eficacia jurídica del contrato. En definitiva, el Ayuntamiento de Logroño ha hecho uso del “ius variandi” conforme a Derecho, sin alterar sustancialmente los términos del contrato ni vulnerar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que no ha infringido los principios de publicidad y

concurrencia establecidos por la legislación contractual de las Administraciones Públicas, que hubieran exigido la convocatoria de un nuevo concurso solamente si se hubiesen modificado en sus términos esenciales las condiciones que dieron lugar a la adjudicación del celebrado. En efecto, se encuentra justificado que las modificaciones acordadas obedecen a una razón de interés público, debidamente acreditada, por la concurrencia de nuevas necesidades debidamente motivadas y relatadas en el informe emitido el 23 de julio de 2002.

Finalmente, aunque la modificación del contrato excede del 20 % del precio de adjudicación inicial por el cual resultó adjudicataria, la U.T.E ***D.O P., SA e I.O P., SA***, tanto la Administración Local al iniciar el expediente de modificación, como el contratista, al consentirlo expresamente en el trámite de audiencia, han renunciado a considerar esa circunstancia como causa de resolución del contrato “ex” artículo 149, e) del TR de la LCAP.

CONCLUSIONES

Primera

Habiendo concluido las obras que, según se ha razonado en el cuerpo de este dictamen, debían de haberse suspendido, carece de sentido la intervención consultiva de este Consejo, máxime cuando la tramitación del expediente denota irregularidades cuya advertencia en este momento carecería de la eficacia garantizadora que la Ley le atribuye.

Segunda

No obstante, se advierte que en el expediente se aprecian los defectos e irregularidades que hemos señalado en el Fundamento de Derecho 2º de este Dictamen, destacando la defectuosa redacción del proyecto inicial de las obras.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.