



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 21 de diciembre de 2007 la Consejería de Agricultura y Agua adjudica la realización del "contrato de obras para la construcción de edificio de servicios múltiples con funciones de demostración de la calidad ambiental y de la contaminación, ubicado en Torre Pacheco" a la empresa "--, S.A.", comprometiéndose el gasto plurianual por el importe de la adjudicación que ascendía a 1.436.897,67 euros, con cargo a la partida 16.05.442G.621.00 de los ejercicios 2007 y 2008. El 27 de diciembre de 2007 se firma el contrato, cuyo plazo de ejecución es de ocho meses.

SEGUNDO.- El Acta de comprobación del replanteo se firma el 27 de diciembre de 2007, determinando el inicio de las obras, que en consecuencia habían de terminar el 27 de agosto de 2008.

TERCERO.- El contratista solicita una prórroga de cuatro meses para la ejecución del contrato, motivada en los retrasos producidos *"por la presencia de dos tuberías de hormigón de diámetro 1000 y 250 mm respectivamente propiedad de la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena previstas en proyecto, pero cuya protección siguiendo especificaciones de los técnicos de la comunidad de regantes, ha obligado a modificar los planos parcelarios y la realización de obras de protección de dichas tuberías"*, autorizándosele por Orden del Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua, de 4 de agosto de 2008, que señala como nueva fecha de finalización del contrato el 26 de diciembre de 2008.

CUARTO.- El 19 de diciembre de 2008 se levanta un acta de suspensión temporal de las obras firmada por el contratista, el Director Facultativo de aquéllas y el funcionario representante del órgano de contratación, justificada en que el órgano promotor de las obras (Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental) ha previsto nuevos usos para el edificio, que afectan al conjunto de las instalaciones eléctricas, de climatización, telecomunicaciones y otros. La suspensión durará mientras se redacte y tramite el correspondiente proyecto modificado, que recoja tales variaciones.

El 22 de diciembre, el titular de la indicada Dirección General propone al órgano de contratación que se declare la suspensión temporal total de las obras, si bien no consta en el expediente la orden declarativa de la suspensión propuesta.

QUINTO.- Por Orden de 13 de enero de 2009, y con fundamento en el escrito de 9 de enero del Director de la obra y el informe del Jefe de Servicio de Vigilancia e Inspección Ambiental, el Secretario General (por Delegación del Consejero) autoriza que se inicie expediente de redacción del Proyecto modificado de la obra, a propuesta del Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental, ante una serie de circunstancias imprevistas que afectan al conjunto de las instalaciones eléctricas, de climatización y telecomunicaciones.

SEXTO.- El 13 de febrero, una consultora (x., Ingenieros, Consultores y Arquitectos) emite informe de supervisión favorable al proyecto modificado, fruto del encargo de asistencia técnica efectuado a tal fin por la Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental.

SÉPTIMO.- Por Orden de 18 de febrero se aprueba técnicamente el proyecto modificado, con un presupuesto adicional, sobre el original, de 202.417,90 euros.

OCTAVO.- El 30 de junio se procede a poner fin a la suspensión temporal de las obras, mediante la suscripción de un acta por las mismas personas que firmaron la de suspensión, no constando que exista resolución del órgano de contratación que disponga la reanudación de los trabajos.

NOVENO.- Con fecha 23 de septiembre se remite a la Intervención Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua propuesta de la Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental al Consejero de adscripción, para que se autorice y disponga el gasto por importe de 363.228,53 euros, a favor de la adjudicataria del contrato --, S.A. y con cargo a la partida presupuestaria 17.09.442G.621.00 n° de proyecto de inversión 34601, como pago de la medición general de las obras.

Junto con la mencionada propuesta se acompañan los siguientes documentos:

- Documento titulado "Proyecto de construcción de edificio de usos múltiples con funciones de la calidad ambiental y de la contaminación ubicado en Torre-Pacheco. Estado final de las obras", fechado en julio de 2009 y del que únicamente se aporta, en el expediente remitido al Consejo Jurídico, portada del documento y planos.
- Certificación de obra, de 21 de julio de 2009, relativa a la medición general de las obras por importe de 400.154,05 euros, a la que se acompaña la correspondiente relación valorada.
- Factura expedida por la empresa adjudicataria el 29 de julio de 2009, referida a la "certificación final correspondiente medición general de la obra" (sic), por importe de 400.154,05 euros.
- Documento contable preliminar "AD" 75722, por importe de 363.228,53 euros con cargo a la partida 17.09.442G.62100, n° de proyecto de inversión 34601.
- Orden de imputación al ejercicio corriente (2009) del compromiso de gasto debidamente adquirido correspondiente al ejercicio 2008, por importe de 36.925,52 euros, con cargo a la partida 17.09.442G.62100 proyecto 34601.
- Documento contable "AD" 26869, como consecuencia de la orden de imputación anterior, por importe de 36.925,52 euros.

DÉCIMO.- El 19 de octubre de 2009, la Intervención Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua emite informe relativo a la medición general de las obras del contrato de constante referencia, al amparo del artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCI), es decir, como previo al reconocimiento de obligaciones generadas con omisión de la preceptiva fiscalización del compromiso del gasto. Considera la Intervención que el gasto cuya autorización y disposición se pretende, por importe de 363.228,53 euros, resultado de la medición general de las obras, pone de manifiesto que éstas *"no se han ejecutado conforme al Proyecto inicialmente aprobado, sino que se han ejecutado unidades de obra nuevas y excesos sobre las previstas, que presumiblemente responden al proyecto modificado que se comenzó a tramitar pero cuyo expediente no se llegó a aprobar por el órgano de contratación, ni a comprometer el gasto necesario para hacer frente al mismo"*. No obstante, advierte también que el importe que se pretende aprobar, que supone un 25,28% de gasto adicional sobre el precio del contrato adjudicado, no coincide con el exceso que suponía el proyecto modificado (202.417,90 euros), existiendo una diferencia entre ambos valores de 160.810,81 euros.

La Intervención advierte en el expediente las siguientes irregularidades:

- La suspensión de las obras y su reanudación carecen de acuerdo del órgano de contratación decretándolas. Además, al acta de suspensión debió unirse como anexo la medición de la obra ejecutada hasta ese momento y los materiales acopiados a pie de obra utilizables exclusivamente en ella.

- El proyecto modificado no llega a ser aprobado por el órgano de contratación, por lo que tampoco se ha autorizado el gasto correspondiente al mismo.
- Se ha omitido la preceptiva fiscalización previa del gasto.
- No se califica en el expediente la naturaleza de los 160.810,81 euros, correspondientes a la diferencia entre el presupuesto del proyecto modificado (202.417,90 euros) y el gasto cuya autorización y disposición se pretende (363.228,71 euros) (sic).

No obstante, considera acreditadas las prestaciones realizadas por el contratista y la conformidad a las mismas por la Administración contratante, que existe crédito adecuado y suficiente y que no sería conveniente instar la revisión de los actos por razones de economía procesal, ya que el importe de la indemnización correspondiente no sería inferior al del gasto propuesto y dado que la empresa, siguiendo órdenes de la Administración, habría realizado de conformidad la prestación del servicio.

UNDÉCIMO.- El 27 de octubre de 2009, el representante del órgano de contratación (Director Técnico) elabora una memoria explicativa de la omisión de la preceptiva fiscalización previa, efectuando observaciones acerca del contenido del informe de la Intervención.

En relación con la ausencia en el expediente de los correspondientes actos administrativos del órgano de contratación acordando la suspensión y posterior reanudación de las obras, así como la falta de la medición de obra ejecutada y del acopio de materiales que resultaban preceptivos con ocasión de la suspensión, se afirma que se debió a errores.

Respecto a la no culminación del expediente del proyecto modificado y las consiguientes ausencia de autorización del gasto y omisión de fiscalización previa, se informa que la entrada en vigor de determinadas normas sectoriales (que no se detallan) exigía disponer de las instalaciones objeto del Proyecto a la mayor brevedad posible, lo que motivó que se superpusieran la tramitación del proyecto modificado y la ejecución de las obras en él contemplado. No obstante, *"el trámite de autorización del proyecto modificado se interrumpe cuando no se estima como debidamente justificado el que la necesidad de las obras objeto del modificado pueda considerarse como sobrevenidas"*.

En cuanto a la naturaleza de los 160.810,81 euros cuya autorización y disposición se pretende, se afirma que corresponden a la diferencia entre la certificación final y la valoración del Proyecto modificado. Dicha cantidad respondería a un 9,81% del valor resultante de sumar el importe de adjudicación (1.436.897,67) más el del modificado inicial (202.417,90).

DUODÉCIMO.- Con fecha 9 de noviembre, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe que se limita a describir la documentación obrante en el expediente y que, antes de someter al Consejo de Gobierno la propuesta de "autorización del reconocimiento de obligación y propuesta de pago", ha de solicitarse Dictamen del Consejo Jurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados al procedimiento los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de noviembre de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta a elevar al Consejo de Gobierno para que reconozca una obligación económica de la Administración regional contraída con omisión de la intervención previa de la misma, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 33 RCI.

SEGUNDA.- Procedimiento y configuración del expediente.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se han seguido esencialmente los trámites establecidos en el artículo 33 RCI. Así, remitida a la Intervención Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua, para su fiscalización, una propuesta de Orden que el Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental eleva al Consejero de adscripción para que se autorice y disponga el gasto de 363.228, 53 euros, correspondiente a la medición general de las obras y acompañada de la correspondiente certificación, en la que se identifica el indicado importe como "exceso de las obras ejecutadas", la Intervención estimó -correctamente- que no procedía la fiscalización de tal propuesta, sino emitir el informe al que se refiere el citado artículo 33 RCI. En él, el órgano de control no se opone al reconocimiento de la referida obligación económica, que dimana de la efectiva ejecución de las obras, previo Dictamen de este Consejo Jurídico anterior a la autorización de dicho reconocimiento, a recabar del Consejo de Gobierno.

Asimismo, consta en el expediente la memoria explicativa de la omisión de fiscalización, a que se refiere el artículo 33.3, segundo párrafo RCI, en la que el Director Técnico del Proyecto efectúa diversas observaciones al informe interventor.

Sin embargo, entre la documentación remitida a este Consejo Jurídico, no obra la propuesta que el Consejero de Agricultura y Agua ha de elevar al Consejo de Gobierno para que éste le autorice el reconocimiento de la obligación y que, en rigor, debería constituir el objeto de la consulta que da lugar a este Dictamen.

TERCERA.- El reconocimiento de la obligación económica objeto de la propuesta dictaminada: la ejecución de obras en exceso sobre las proyectadas.

I. De conformidad con los Antecedentes expuestos, la Consejería consultante consideró oportuno modificar el proyecto de las obras de referencia, autorizando la redacción del oportuno proyecto modificado, el cual llegó a ser aprobado técnicamente, si bien no se culminó el procedimiento de modificación, pues aquél no fue objeto de aprobación por el órgano de contratación, al advertirse que, en palabras de la memoria explicativa elaborada por el Director Técnico del Proyecto, las necesidades que se pretendían atender con las nuevas obras no podían ser consideradas como sobrevenidas; es decir, no cabía amparar la modificaciones contractuales pretendidas en los motivos tasados que, de conformidad con el artículo 101 TRLCAP la pueden justificar, esto es, que dichas modificaciones sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas.

A pesar de lo expuesto, las obras objeto del nuevo proyecto se ejecutaron de forma simultánea a la tramitación del inconcluso procedimiento de modificación contractual y ello aunque no se acredita en el expediente que se dieran las condiciones que el artículo 146.4 TRLCAP exige para poder ejecutar provisionalmente tales obras. Ello determinó que, dada la ausencia de resolución del órgano de contratación aprobatoria de la modificación contractual, el gasto que implicaba la ejecución de las nuevas obras no se fiscalizara, tal y como exige el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

En cuanto a la realidad de las obras cuyo abono se pretende, debe indicarse que no consta que se haya procedido a su recepción formal, acto que debía anteceder de forma inmediata a la medición general, ni, en sustitución de aquélla, a la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, en los términos del artículo 168 RCAP y desplegar así los efectos previstos 147.6 TRLCAP.

Ello no obstante, la ejecución de las obras se llevó a efecto hasta la total terminación de éstas, como se acredita mediante la certificación correspondiente a la medición general de aquéllas y la propuesta de autorización y disposición del gasto que, para el abono de tales obras, eleva el Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental al Consejero de Agricultura y

Agua.

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos de ejecución de obras no proyectadas y no amparadas por la correspondiente resolución del órgano de contratación acordando la modificación contractual (así, Dictámenes 50/1998, 44/2000, 164/2002 y 190/2006), aun constituyendo ésta una actuación manifiestamente irregular, las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el representante de la Administración y posteriormente recibidas de conformidad, han de serle abonadas al primero, por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla.

Así, señala la STS (Sala 3^a) de 16 de mayo de 1986: *"Este enriquecimiento injusto, por razones de equidad o más bien por auténtica justicia comutativa, sirve de cobertura al encargo efectivamente realizado (...) Se trata, como se ha dicho en ocasiones, de una conversión de actos o negocios jurídicos inexistentes o nulos de pleno derecho en la figura del cuasicontrato romano, subsistente en nuestro Código Civil (Art. 1887) para permitir la adecuada compensación económica y el equilibrio patrimonial de Administración y contratista. El simple hecho del enriquecimiento de aquélla, en detrimento de éste resulta así suficiente para generar la obligación de resarcimiento, nacida directamente de esta situación jurídica como constitutiva o sustitutoria de actos o contratos que no llegaron a nacer o que lo hicieron desprovistos de sus elementos esenciales"*. En tales casos la invalidez de la actuación administrativa genera una obligación de abono de las obras o servicios, pero tal obligación no tiene por título el contrato ni el encargo, sino únicamente evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido el producto de tal encargo irregular (STS, Sala 3^a, sec. 7^a, de 30 de septiembre de 1999). Debe tenerse presente que el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda regional en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen, acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes.

En el supuesto sometido a consulta, aun faltando la recepción formal de las obras y, en consecuencia, la manifestación expresa de la conformidad de la Administración contratante, no puede obviarse que la certificación final de las obras acredita la realidad de éstas, como también apunta la Intervención en su informe, y ello aunque la indicada certificación no especifique, como habría debido hacer, qué partidas corresponden a obras ejecutadas fuera del contrato inicialmente adjudicado, e, incluso, al margen del proyecto modificado aprobado técnicamente, ya que la certificación final excede en mucho (casi un 80%) la valoración de aquel proyecto.

En cualquier caso, al haber sido realizadas las obras de conformidad con órdenes de la Administración, han de ser abonadas a la contratista.

II. La conclusión alcanzada en las consideraciones precedentes sobre la procedencia de continuar el procedimiento hasta el reconocimiento de la obligación, no puede obviar las graves irregularidades advertidas por la Intervención en la ejecución del contrato de obras, en particular al suspender y reanudar las obras sin acuerdo del órgano de contratación que así lo disponga (art. 102 TRLCAP) y sin cumplimentar lo dispuesto en el artículo 103 RCAP, e introducir modificaciones en el contrato sin la previa aprobación del órgano de contratación, con omisión de los trámites previstos en los artículos 59.2, 101 y 146.3 TRLCAP. También se ha omitido la fiscalización previa del gasto y la recepción formal de las obras. Se trata de un cúmulo de incumplimientos impropio del carácter profesional de la Administración, que no puede ser justificado ni amparado por los titulares de los órganos directivos, a quienes compete

salvaguardar el principio de legalidad.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- De las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que en el contrato de obras de referencia se han introducido modificaciones sin haber sido aprobadas previamente por el órgano de contratación y habiéndose omitido el preceptivo trámite de fiscalización previa del gasto que la ejecución de tales obras comportaba, no obstante lo cual se ha generado una obligación económica con el contratista, cuyo reconocimiento puede ser autorizado por el Consejo de Gobierno de conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

