



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de abril de 2001 se adjudicó a A. P., O. y C., S.A., el contrato de *"Redacción de Proyecto Básico y de Ejecución de las obras de Construcción del Conservatorio Profesional de Música de Murcia"*, que se formalizó el 9 de mayo de 2001, por un importe de 259.724.193 ptas. (1.560.0973,84 α), de los cuales 9.821.700 ptas. (59.029,61 α) correspondían a redacción del proyecto y 249.902.493 ptas. (1.501.944,23 α) a la ejecución de las obras.

SEGUNDO.- La recepción de las obras se realizó el 1 de septiembre de 2003, y con fecha 30 del mismo mes se expidió la certificación número trece (denominada de *"liquidación"* por el Director Facultativo) por un montante de 169.434,98 α . En dicha certificación consta como fecha de finalización de la ejecución de las obras el 13 de noviembre de 2002, y a la misma se acompaña factura núm. 207-107/13.005 de la empresa contratista, debidamente conformada, expedida el 30 de septiembre de 2003, por la misma cantidad.

TERCERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2003 la Secretaría General de la Consejería formuló propuesta de aprobación de la mencionada certificación número trece y, con fecha 10 de diciembre de 2003, la Intervención Delegada formuló reparo suspensivo a su aprobación, por no considerar conforme la verificación del apartado Segundo .3 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de junio de 1999, por el que se acuerda la fiscalización limitada previa. Dicho reparo se fundó, entre otras consideraciones, en que la citada certificación comportaba un gasto previamente no autorizado ni fiscalizado favorablemente, toda vez que incluía el importe por un exceso de obra ejecutada sobre las cubicaciones previstas en el proyecto, por importe de 155.819,87 α , lo que suponía un incremento del 10,37% sobre el precio del contrato adjudicado correspondiente a ejecución de obra (1.501.944,23 α), excediendo, pues, del 10% autorizado a tal efecto (exención de previo expediente de modificación contractual) en la Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado. Por ello, concluía que se había contraído una obligación económica omitiéndose la previa y preceptiva fiscalización, debiendo acudirse al procedimiento regulado en el 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 (DRCI).

CUARTO.- Con fecha 17 de diciembre de 2003 la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura formuló discrepancia con el reparo de la Intervención Delegada, fundamentada en que la citada Cláusula se refiere al *"precio del contrato"* como algo global, por lo que el porcentaje del exceso de medición de obra ejecutada sobre la prevista en el proyecto adjudicado era del 9,982%, ya que el incremento de obra y su correspondiente importe debe calcularse sobre el precio total del contrato, incluyendo, pues, la cantidad correspondiente al precio por la redacción del Proyecto.

QUINTO.- Previa solicitud de la Intervención General a la Junta Regional de Contratación Administrativa, ésta, en informe 1/2004, de 23 de febrero, en respuesta a la consulta planteada, concluyó en los siguientes términos: "...en los contratos tramitados al amparo del artículo 125

del TRLCAP, el cálculo del 10% en concepto de variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el proyecto, debe efectuarse sobre la parte del presupuesto correspondiente a la ejecución de las obras".

SEXTO.- La Intervención General, en informe de fecha 26 de febrero de 2004, resuelve que no procede levantar el reparo de la Intervención Delegada, por lo que, de conformidad con el artículo 97.1, b) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, y el artículo 17.3 DRCI, consideró que, de mantenerse la discrepancia por el órgano gestor, correspondería al Consejo de Gobierno su resolución, previo informe preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SÉPTIMO.- Con fecha 11 de marzo de 2004, el Servicio de Contratación de la Secretaría General remitió el expediente a la Intervención Delegada para que emitiera el informe a que se refiere el artículo 33 del citado Decreto, regulador del procedimiento a seguir en los supuestos de propuestas de reconocimiento de obligaciones contraídas sin la previa y preceptiva fiscalización de la Intervención.

OCTAVO.- El 29 de abril de 2004 el Interventor Delegado emite el informe interesado, pronunciándose sobre los aspectos indicados en el citado artículo 33, es decir, sobre los incumplimientos normativos advertidos, las prestaciones realizadas a la Administración regional, la existencia de crédito presupuestario y la posibilidad y conveniencia de revisar el acto por el que se contrajo la obligación viciada por la omisión de la previa y preceptiva fiscalización, concluyendo que no procede tal revisión al haberse certificado la conformidad del órgano gestor con las prestaciones realizadas y porque la eventual anulación de dichos actos comportaría una indemnización al contratista no inferior al importe de las obras en cuestión.

NOVENO.- El 14 de mayo de 2004 la Secretaría General de la Consejería consultante formula la preceptiva memoria explicativa de la omisión de fiscalización denunciada, en la que se limita a resumir los antecedentes expresados, concluyendo en la procedencia de que el Consejero formule propuesta de Acuerdo a elevar al Consejo de Gobierno para que le autorice a reconocer la obligación indebidamente contraída, que cifra en 5.624,15 α , por ser éste el importe del exceso de obra ejecutada superior al 10% permitido a estos efectos.

DÉCIMO.-

El 19 de mayo de 2004, el Consejero consultante formula propuesta de Acuerdo a elevar al Consejo de Gobierno, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Autorizar a la Consejería de Educación y Cultura para reconocer la obligación con A., P., O. Y C., S.A, CIF: X, correspondiente a la modificación de la contratación de "REDACCIÓN DE PROYECTO BÁSICO Y DE EJECUCIÓN Y OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DEL CONSERVATORIO PROFESIONAL DE MÚSICA DE MURCIA", por un importe adicional de CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (5.624,95 α), que se financiará con cargo a la partida 15.01.00.421^a.62100 del Presupuesto vigente de esta Comunidad Autónoma".

UNDÉCIMO.- El 18 de junio de 2004 tiene entrada en este Consejo jurídico un escrito del referido Consejero solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

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 que se pretende elevar al Consejo de Gobierno para que autorice a la Consejería de Educación y Cultura a reconocer una obligación económica, fundamentada aquélla en la omisión de la

intervención previa del gasto. Concurre, pues, 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.

SEGUNDA.- Cuestiones formales.

Constan en el expediente remitido los trámites que, para este específico procedimiento, establece el artículo 33 DRCI, si bien la memoria explicativa de la omisión de la fiscalización tiene un contenido meramente formal, de simple resumen de los antecedentes expuestos, cuando, como más adelante se desarrollará, en casos como el presente tal memoria debía haberse hecho eco de las causas de la desviación en más de un 10% de las cubicaciones de la obra contratada, a partir del informe que, a tal efecto, debía haberse solicitado a su Director Facultativo.

Por otra parte, y frente a lo manifestado en la Consideración Primera del citado informe de la Intervención, en el presente caso, y a diferencia de otros supuestos en que el órgano gestor se constituye indebidamente en promotor de este especial procedimiento (pues tal función le corresponde al órgano de fiscalización, según indicamos en nuestro Dictamen 44/2000), fue el Interventor Delegado, en su informe de fiscalización con reparos de 10 de diciembre de 2003, el que indicó la procedencia de acudir a tal procedimiento. Así, cuando el órgano gestor le remite el expediente para la emisión del informe previsto en el artículo 33 DRCI, sólo está aviniéndose a lo indicado inicialmente por aquél, eliminando con ello la discrepancia que a tal efecto se produjo en un momento anterior.

TERCERA.- Aspectos sustantivos de la cuestión planteada: la procedencia de reconocer la obligación contraída con el contratista por la ejecución de las obras a las que se refiere la propuesta objeto de Dictamen.

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en Dictámenes sobre supuestos análogos al presente (vgr. 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros), las obras efectivamente realizadas por el contratista, y ordenadas u aceptadas expresa o tácitamente por el facultativo representante de la Administración, han de ser abonadas a aquél por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de la primera. Así, en el presente caso, la recepción de la totalidad de las obras ejecutadas y la expedición de la certificación nº 13 (que cabe conceptualizar como la certificación "final" a que se refiere el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP), acreditan la referida conformidad administrativa con las obras realizadas.

CUARTA.- Aspectos formales. La subsanación de la omisión de los trámites de la previa y preceptiva fiscalización y aprobación del gasto: la autorización del Consejo de Gobierno.

Como dijimos en el citado Dictamen 50/1998 "*la cuantía que debe incluirse en la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno es, exclusivamente, la del importe de las obras que debieron ser objeto de una previa y formal autorización de gasto, lo que excluye aquellas que, según la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3.854/1970, de 31 de diciembre, pueden introducirse como "reajustes" sin necesidad de un previo expediente de modificación contractual.*

En efecto, como se sabe, dicha cláusula permite incluir en la liquidación provisional, (hoy, según el artículo 147 TRLCAP, en la certificación final) sin necesidad de tramitar previamente el correspondiente expediente de modificación, las variaciones en el número de unidades de obra realmente previstas sobre las cubicaciones del proyecto, siempre que su importe no supere el 10 % del precio del contrato. Se trata del supuesto en que se produzca una alteración del número de unidades de obra debidas normalmente a la corrección de las mediciones finales de lo ejecutado. Son lo que se conoce habitualmente como "reajustes" normales de la liquidación. Y, sin perjuicio de que el gasto añadido que pudieran ocasionar haya de ser autorizado

previamente a la aprobación de dicha liquidación, el hecho de que se prevea como una excepción a la regla general del previo expediente modificativo, permite sostener que los actos que dieron lugar a tal exceso no han de considerarse comprendidos en el supuesto previsto en el artículo 32 del Real Decreto 2.88/1995, debiendo entenderse excluidos del procedimiento "convalidatorio" allí regulado. De otro modo, todo reajuste de liquidación que supusiera un incremento de gasto, por mínimo que fuera, habría de seguir este especial procedimiento, lo que no responde a la finalidad de la citada norma. Así se desprende, además, del informe de 20 de marzo de 1975 de la Intervención General del Estado y del Dictamen de 3 de junio de 1971 del Consejo de Estado, que estableció que "hay que acudir al expediente convalidatorio por el Consejo de Ministros cuando un adicional de liquidación de obras excede de lo que constituye el normal ajuste entre la obra efectuada y el presupuesto en vigor", es decir al Decreto de 3 de marzo de 1925, antecedente del hoy vigente de 1995".

Tales consideraciones han de mantenerse hoy (sustituyendo la referencia a los Decretos allí consignados por el vigente y aplicable DRCI, y la Cláusula 62 citada, por el artículo 160 del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, aprobatorio del Reglamento de desarrollo de la Ley) e implican la necesidad de determinar la naturaleza de las obras de modificación y el porcentaje de variación sobre el precio del contrato formalmente adjudicado.

En el presente caso, de los Antecedentes reseñados resulta que, tal y como señalaron la Intervención Delegada y la Junta Regional de Contratación Administrativa, el precio *"primitivo del contrato"* sobre el que ha de calcularse el 10 % a que se refiere el indicado artículo 160 es el del contrato de ejecución de obras de construcción del Conservatorio, pues la finalidad de tal precepto es agilizar la tramitación y pago de las cantidades resultantes de la medición de la obra realmente ejecutada sobre la adjudicada, considerando como normal o aceptable a tales efectos un reajuste de mediciones de hasta el 10% del total del precio originario, sin que quepa traer a colación, pues, el importe de un contrato distinto, cual es el de redacción del proyecto de las obras, por más que éste se haya adjudicado conjuntamente con el de la ejecución misma y configuren un contrato mixto.

Así pues, conforme con lo indicado en el transcrita Dictamen, el exceso de obra sobre el citado porcentaje, que es sobre lo que imprescindiblemente debe recabarse la autorización del Consejo de Gobierno, comporta un incremento del gasto en 5.624,95 euros, por lo que no hay obstáculo alguno que oponer a la propuesta objeto de Dictamen.

Además, debe concluirse, con el informe de la Intervención, en la improcedencia de formular una propuesta de liquidación del contrato antes de que finalice el plazo de garantía del mismo, sin que con la vigente normativa de contratación administrativa quepa ya hablar de liquidación provisional de las obras, sino proceder a la aprobación y abono de la indicada certificación final a la vista de la relación valorada final exigida por el artículo 166.7 del citado Real Decreto (a cuyo efecto sirve, obviamente, la incluida en la citada propuesta de liquidación), previa autorización, en este caso, del Consejo de Gobierno para el gasto de que se trata; y, en su día, proceder a la liquidación del contrato, tras el transcurso del plazo de garantía.

QUINTA.- Consideración adicional.

Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente realizar algunas consideraciones que se revelan de especial utilidad a la vista de expedientes como el que nos ocupa.

Así, de la documentación remitida se desprende que la necesidad de acudir al procedimiento que aquí nos ocupa deriva de una errónea consideración jurídica del facultativo director de las obras sobre lo que había de considerarse precio del contrato a los efectos de la Cláusula 62 y artículo 160 antes citados, pues incluyó en éste el importe del contrato de redacción del proyecto de las obras. De haber sido correcta tal inclusión, el exceso de obra ejecutada hubiera supuesto el 9,982% sobre el total (según el proyecto de liquidación obrante al folio 92 del

expediente), con lo que la obligación económica inherente a tal incremento del gasto hubiera podido ser reconocida directamente por el Consejero y fiscalizada previamente de conformidad por la Intervención, al amparo de los referidos preceptos.

Esta ajustadísima limitación al reseñado tope del 10% suscita inevitablemente las mismas prevenciones que, en relación con el del 20% relativo a las modificaciones contractuales susceptibles de resolución del contrato y preceptivo Dictamen, han generado en el Consejo de Estado y en la doctrina que se ha ocupado de estos supuestos.

Así, ha de partirse del hecho de que la legislación de contratos ha venido y viene exigiendo que las certificaciones mensuales se expidan previa medición parcial y, consiguientemente, recojan la obra realmente ejecutada correspondiente a cada mes, procediendo su abono al contratista (arts. 99 TRLCAP y 147 y 148 del Real Decreto citado). Además, en el caso de verificarse en tales mediciones parciales excesos de obra sobre las cubicaciones previstas en el proyecto adjudicado, tales excesos (hasta el citado límite del 10%) han de incluirse en la correspondiente certificación mensual y abonarse sin necesidad de formalizar previamente una modificación del contrato. Así lo venía sustentando la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 14/1988, de 17 de octubre, y se contempla hoy expresamente en el citado artículo 160.

Siendo ello así, resulta cuando menos sorprendente que los errores de medición detectados a la hora de expedir la certificación final, o los excesos de obra ejecutada en el último mes (que también habrían de ser incluidos en dicha certificación) se traduzcan precisamente en un porcentaje tan ajustado, por defecto, al 10% de que se trata. Ello permite cuestionar, de un lado, el rigor con el que se efectúan las mediciones mensuales (o, al menos, su plasmación en la correspondiente certificación) y, de otro, plantearse si el hecho de que la normativa de contratos presuma como normales o aceptables errores de medición e incrementos de obra de hasta el 10% no lleva a la habitual consideración de que tal margen es un factor con el que maniobrar en la efectiva ejecución de las obras. Esto último ha de rechazarse con firmeza, pues el que ese exceso porcentual pueda considerarse admisible (no se olvide, a los principales efectos de procurar una especial agilidad en el pago del importe de ese exceso de obra) no significa que tal desviación deba ser lo habitual, al menos en tan ajustados límites. Por todo ello, el Consejo Jurídico considera que tanto los Directores Facultativos como los facultativos asistentes de la Intervención en la recepción de las obras, a instancia del órgano fiscalizador, deben extremar el rigor en la motivación y justificación de las causas que dan lugar a estos singulares incrementos del gasto que no han de seguir el formal procedimiento de modificación contractual ni, por tanto, estar sujetos a previa fiscalización y aprobación. A este respecto, lo consignado en el proyecto de liquidación remitido resulta insuficiente, máxime cuando ese deber de justificación es más intenso en supuestos como el presente, en que la redacción del proyecto de obras fue objeto de adjudicación a la misma empresa que luego ejecutó las obras, sin perjuicio de que el porcentaje de desviación del gasto no alcance el 20% que pudiera dar lugar a indemnización a la Administración, al amparo de lo establecido en el artículo 218 TRLCAP.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta objeto del presente Dictamen.
No obstante, V.E. resolverá.