



ANTECEDENTES

PRIMERO.- En virtud de la Orden de 16 de julio de 1998, la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas procedió a licitar las obras de "Desdoblamiento de la carretera Lorca-Águilas, Tramo I, 2^a Fase", con un presupuesto de licitación de 2.789.989.213 ptas., al amparo de la autorización otorgada por el Acuerdo de Consejo de Gobierno de la misma fecha. De la citada licitación resultó adjudicataria con fecha 7 de octubre de 1998 la entonces mercantil O., S. A., con un presupuesto de adjudicación de 1.614.287.759 ptas., procediéndose, con fecha 16 del mismo mes, a la firma del contrato entre la Administración y la adjudicataria, O. H., S.A., nueva denominación adoptada por la misma en el mes de septiembre de ese año.

SEGUNDO.- En el mes de marzo de 1999 el Ingeniero Director de las obras solicita autorización para la redacción de un proyecto de modificación del inicialmente adjudicado, la cual le es concedida en el siguiente mes. El proyecto de modificación, que no suponía incremento del presupuesto, fue sometido a informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, recibiéndolo favorablemente en el mes de junio de 1999, siendo aprobado por Orden del Consejero de 8 de julio de 1999 (doc. 15 del expediente). La modificación aprobada contemplaba, entre otros aspectos, el cambio del firme inicialmente previsto.

TERCERO.- Con fecha 1 de marzo de 2001 se procede a realizar el Acta de recepción de las citadas obras, acto en el que el representante de la Intervención General pone de manifiesto que, en virtud de la Orden de 8 de julio de 1999, se había procedido a modificar el contrato de las obras sin haber sometido a fiscalización previa dicho expediente, por lo que entendía que debían practicarse las actuaciones previstas 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 (RCI). Asimismo, ponía de manifiesto una posible vulneración de la Cláusula 60 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (PCAG), circunstancia que le había sido indicada por el asistente del Delegado de la Intervención en un informe fechado el 27 de noviembre de 2000, en relación a la formación del precio de "tm mezcla bituminosa para base de alto módulo, incluso betún 10/20, extendida y compactada".

CUARTO.- Con fecha 2 de febrero de 2001 el Interventor Delegado estima que debe emitir informe en cumplimiento del citado artículo 33 RCI, en el que pone de manifiesto la ya citada omisión de fiscalización, la posible vulneración de la Cláusula 60 PCAG, la no constancia de la formalización de la modificación del contrato, del informe del Servicio Jurídico, de la suspensión temporal parcial o total de las obras durante su tramitación y de la comprobación del replanteo. El informe del Interventor Delegado concluye planteando la conveniencia de proceder a la revisión de la referida Orden, a la vista del citado informe de su asistente. Este último informe fue contestado por otro del Ingeniero Director de las obras, de 6 de febrero de 2001, en el que mantiene que se cumplió la Cláusula 60.

QUINTO.- En el mes de julio de 2002 el Interventor Delegado pone de manifiesto al Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes su intención de dirigirse a la Intervención General para que solicite de la Junta Regional de Contratación

Administrativa (JRCA) un Dictamen en relación al cumplimiento o no de la citada Cláusula 60, y ello debido a que en el Plan Anual de Control Financiero del ejercicio 2001 había sido objeto de examen el citado contrato de obras, en el que constaban dos informes contradictorios entre sí.

SEXTO.- Con fecha 13 de diciembre de 2002 la JRCA emite Dictamen en el que concluye lo siguiente:

- "1. Que en la formación del precio de la unidad de obra- "tm. mezcla bituminosa para base de alto módulo, incluso betún 10/20, extendida y compactada" se ha cumplido lo previsto en la cláusula 60 del Pliego de Cláusulas Generales para la Contratación de las Obras del Estado.*
- 2. Que, aún reconociendo las facultades atribuidas al Director de las obras, no se encuentra una clara justificación para apartarse de los criterios de medición y abono del Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para Obras de Carreteras y Puentes (PG-3) aplicables a las mezclas bituminosas en caliente. Cuestión que en el presente caso ha dado motivo para que, con idéntica solución técnica, sea objeto de discusión el saldo abonado al contratista.*
- 3. Que ha de recomendar a los órganos de contratación que la aprobación de cambios de la sección de firme en las obras ya contratadas, como condición previa a la estimación de las necesidades nuevas o causas imprevistas, debería exigir los requisitos de ser totalmente excepcional, estar debidamente justificada y reportar alguna ventaja para la Administración, lo que no se aprecia en el expediente sometido a consulta.*

También, se recuerda a los redactores de los proyectos que deben extremar el rigor en el estudio y definición de las soluciones técnicas para las secciones de firme que se adopten en los proyectos que van a licitarse, teniendo en cuenta la forma de ejecución de la obra y los condicionantes que pueden incidir en su desarrollo, a fin de eliminar imprecisiones que puedan dar lugar a eventuales modificaciones".

SÉPTIMO.- Con fecha 15 de abril de 2003 el Interventor Delegado, a la vista de la certificación nº 25, de liquidación de las obras referenciadas, que se le presentaba para su fiscalización, y de que no había sido subsanada la omisión de fiscalización previa a la Orden de 8 de julio de 1999, indica que corresponde impulsar de nuevo el procedimiento previsto en el artículo 33 RCI para subsanar tal defecto y proceder, después, en consecuencia con lo que acordase el Consejo de Gobierno. Dado que tal procedimiento requiere informe de la Intervención Delegada en el que se ponga de manifiesto la posibilidad o conveniencia de revisión de los actos que estime viciados, decide solicitar de la Oficina Supervisora de Proyectos un informe relativo a la valoración de los ahorros y costes que para la Administración y contratista ha tenido la sustitución del firme inicialmente previsto.

OCTAVO.- Con fecha 28 de abril de 2003 la Oficina Supervisora de Proyectos emite el informe solicitado por la Intervención Delegada, del que se destaca lo siguiente:

- a) El precio del firme establecido en el proyecto modificado es 80 ptas. más caro que el del proyecto inicial, lo que supone un incremento del precio de un 3,69%.
- b) Sin embargo, el capítulo de firmes de dicho proyecto se reduce en un importe total del 4,24%, debido a variaciones en las mediciones, destacando el caso de la zahorra artificial, que estaba sobredimensionada en el proyecto inicial.
- c) Coincide con la JRCA en el cumplimiento de la Cláusula 60 PCAG en lo relativo a la formación del precio de la unidad de obra cuestionado en su día.

NOVENO.- Con fecha 2 de mayo de 2003, la Intervención Delegada emite el informe previsto en el artículo 33 RCI. En él, tras citar las deficiencias que ya había señalado en el anterior de 2 de febrero de 2001, excepto las relativas al posible incumplimiento de la Cláusula 60 y de la no constancia del Acta de Comprobación del Replanteo, concluye que no parece conveniente la revisión de la Orden de 8 de julio de 1999 (ni, se entiende, de las certificaciones posteriores que trajeran causa de aquélla).

DÉCIMO.- El 8 de mayo siguiente, el Secretario General de la Consejería emite la memoria justificativa a que se refiere el artículo 33 RCI, indicando que el expediente de modificación contractual no se sometió a previa fiscalización de la Intervención porque el mismo no generaba nuevas obligaciones económicas para la Administración regional, por lo que no concurría el supuesto previsto en el artículo 78 de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia vigente en la fecha de dicha aprobación.

UNDÉCIMO.- El 8 de mayo de 2003, el Consejero competente formula propuesta, a elevar al Consejo de Gobierno, de este tenor:

"Convalidar al amparo del procedimiento regulado en el artículo 33 del Decreto 161/1999, las actuaciones realizadas por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en la tramitación del proyecto de "Modificado Técnico" de las obras de "Desdoblamiento de la carretera Lorca-Águilas, Tramo I, 2ª Fase", proyecto que fue aprobado en virtud de Orden de 8 de julio de 1999 de la entonces Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, sin haber sido objeto de fiscalización".

DUODÉCIMO.- El 15 de mayo de 2003 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Consejero solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente tramitado 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 de reconocimiento de obligaciones fundada en la omisión de la intervención previa de las mismas, concurriendo con ello el supuesto establecido en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones procedimentales.

La propuesta objeto de Dictamen se ha emitido en el seno del procedimiento regulado en el artículo 33 RCI, pues el Interventor Delegado de la Consejería, al examinar, para su fiscalización, la certificación nº 25, de 21 de marzo de 2003, de liquidación de las obras de referencia, estimó que la Orden del Consejero de 8 de julio de 1999, de aprobación del proyecto de modificación del que en su día fue objeto de adjudicación, se dictó omitiendo la previa fiscalización del expediente que, a su juicio, era preceptiva.

Sin perjuicio de analizar en la siguiente Consideración las cuestiones de fondo que se derivan del expediente remitido, es necesario poner de manifiesto lo siguiente:

1º.- El procedimiento regulado en el citado artículo 33 RCI tiene como presupuesto esencial que el órgano gestor presente al interventor, para su fiscalización, una propuesta de reconocimiento de obligaciones o de pago. Así se desprende de lo establecido en su número 1. Ello significa que el informe que, al amparo de dicho artículo, emitió el Interventor Delegado el 2 de febrero de 2001 (doc. 35 exp.), tras levantarse el Acta de recepción de las obras, era proceduralmente inadecuado, pues en ese momento el órgano gestor no había presentado propuesta alguna en el sentido indicado, sin que, obviamente, procediera tal informe (ni seguir la tramitación prevista en el art. 33 RCI) en relación con las certificaciones que ya habían sido fiscalizadas y tramitadas para su pago. Sólo tras la presentación, para su fiscalización, de la certificación nº 25 citada cabía iniciar el procedimiento regulado en el artículo comentado, lo que se ha efectuado después, a virtud del indicado informe de 2 de mayo de 2003 (doc. 43 exp.), y que motiva la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico.

2º.- En relación con el procedimiento en cuestión es de señalar que, junto al indicado informe de la Intervención, pronunciándose sobre los extremos previstos en el número 2 de dicho

artículo 33, consta la memoria explicativa de la omisión, formulada por el órgano gestor, documento exigido en el número 3 de aquél.

3º.- Por lo que se refiere al tenor de la propuesta objeto de Dictamen, ésta nunca puede consistir en la "convalidación" por el Consejo de Gobierno de las actuaciones previamente realizadas pues, como viene señalando este Consejo Jurídico desde su Dictamen 10/1998, de 25 de mayo de 1998, "no compete al Consejo de Gobierno convalidar actuaciones sino ordenar a la Consejería que adopte la resolución que proceda, bien revisar el acto, o bien reconocer la obligación y pagar, pudiendo ir acompañadas tales decisiones con otras accesorias, como instar la apertura de investigaciones o demorar la decisión definitiva solicitando la práctica de informes ampliatorios. Pero, en definitiva, con la previa autorización del Consejo de Gobierno, es la Consejería la que debe adoptar la resolución sustantiva final".

TERCERA.- Sobre la preceptividad de la fiscalización previa de expedientes de modificación de proyectos de obras que no dan lugar a variación del precio del contrato adjudicado.

En la memoria emitida al efecto, el órgano gestor justifica la no remisión a la Intervención del expediente de aprobación del proyecto de modificación del de obras objeto de adjudicación en que de dicho expediente no se derivaba obligación económica adicional a las ya fiscalizadas con motivo de la adjudicación, por lo que no concurría el requisito establecido en el artículo 78 de la entonces vigente Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia. Dicho precepto, al igual que el 90.1 del hoy vigente Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, que aprobó su Texto Refundido, y 2.2, 8.2 y 10 RCI, exigen la fiscalización previa de los actos "de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico", lo que no sucede en casos como el que nos ocupa. Así, en un caso similar, este Consejo Jurídico, en su Dictamen 78/2001, de 6 de agosto de 2001, indicó que "si se tiene en cuenta que la propuesta de modificación del contrato no implica incremento de su presupuesto (en diversos informes se indica que la variación del mismo es del 0%), resulta que no concurría ninguno de los requisitos para la intervención preceptiva del órgano fiscalizador, establecidos, entre otros preceptos, en los artículos 2.2, 8.2 y 10 del Decreto nº 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).

En efecto, en la medida en que la propuesta de modificación del contrato no suponía incremento de los gastos ya fiscalizados y autorizados, no concurría el supuesto previsto en el artículo 10, a) RCI, pues el acto de aprobación de la modificación contractual no reconoce derecho de contenido económico que no estuviese ya fiscalizado y aprobado, ni se propone siquiera una variación en la imputación presupuestaria de los créditos con los que atender las obligaciones económicas generadas por la adjudicación inicial".

Dicha tesis se ve corroborada por el artículo 102 del R.D. 1098/01, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Aun no siendo éste aplicable al expediente de modificación contractual que nos ocupa (por su fecha de entrada en vigor) sí es indicativo al respecto, ya que expresa que los expedientes de modificación contractual se sometan a previa fiscalización del "gasto correspondiente" que conlleven, por lo que, siendo éste en nuestro caso de cero pesetas, aquélla no era preceptiva.

Por ello, no puede aceptarse que se omitiera indebidamente la fiscalización en cuestión, lo que supone que falta el presupuesto esencial para la intervención del Consejo de Gobierno prevista en el artículo 33.2 RCI.

CUARTA.- Sobre la preceptividad de acudir al procedimiento regulado en el artículo 33 RCI en los supuestos de liquidación de obras y de revisión de precios.

Conforme a lo expuesto en la Consideración anterior, el reconocimiento de las obligaciones

económicas, dimanantes de la certificación nº 25 en cuestión, no precisa de la autorización del Consejo de Gobierno por el motivo de la omisión de la fiscalización previa al dictado de la Orden de 8 de julio de 1999.

Sin embargo, hay que analizar si, en razón a otras causas, tal autorización pudiera ser preceptiva, en la medida en que dicha certificación comprende obligaciones económicas en concepto de liquidación del contrato y de revisión de precios, gastos que no fueron objeto de previa fiscalización.

A tal efecto, en nuestro Dictamen 50/1998, de 15 de diciembre de 1998, se analizaban los supuestos de liquidación de los contratos de obras en relación con la procedencia de acudir o no en tales casos al procedimiento regulado en el artículo 32 del Real Decreto 2.188/1995 (aplicable entonces supletoriamente en nuestra Administración regional) y hoy, en el 33 RCI que, como norma regional propia, desplaza a aquél.

En dicho Dictamen el Consejo Jurídico recogía la doctrina expresada en los informes de la Intervención General del Estado de 20 de marzo de 1975 y del Consejo de Estado de 3 de junio de 1971, estableciendo este último que *"hay que acudir al expediente 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"*. A estos efectos, la Cláusula 62 PCAG permite incluir en la liquidación provisional, sin necesidad de tramitar previamente un expediente de modificación del proyecto, el importe de las variaciones en el número de unidades de obra realmente ejecutadas sobre las previstas en aquél cuando dicho importe no exceda del 10% del precio del contrato (norma hoy incorporada al artículo 160 Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre). Siendo en nuestro caso del 6,87% el incremento del presupuesto por tal concepto, según indica el informe de desglose del presupuesto adicional líquido por obra ejecutada obrante en el expediente y que se adjunta a la certificación nº 25, la conclusión es que la tramitación de esta última no requiere, por tal concepto, de su sometimiento a la autorización del Consejo de Gobierno.

Lo mismo cabe predicar en relación con el importe consignado en dicha certificación derivado de la revisión global de precios del contrato (revisión, por cierto, que se ha realizado al final del mismo, sin que consten los motivos excepcionales para que la revisión no se hiciera en el momento de expedir y tramitar cada una de las certificaciones parciales, como exigía entonces el artículo 109 LCAP y hoy el 108 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). En efecto, si, conforme con lo dicho para el supuesto de la liquidación de las obras, no ha de acudirse al Consejo de Gobierno cuando, en virtud a la normativa en vigor, no es preceptiva la tramitación de un expediente de modificación contractual, tampoco habrá de acudirse a dicho Consejo en el caso de las cantidades derivadas de la revisión de precios del contrato, pues tal revisión no tiene carácter de modificación del contrato, como reconoce hoy expresamente el artículo 101 del Real Decreto 1.098/2001 antes citado, con lo que existe plena identidad de razón entre aquél y este caso.

QUINTA.- Consideración adicional: sobre la procedencia de la modificación del proyecto acordada por la Orden de 8 de julio de 1999.

El análisis de las cuestiones que se suscitan en el expediente remitido quedaría incompleto si no se aborda, siquiera someramente, lo relativo a la procedencia de la modificación del proyecto objeto de adjudicación, pues el Dictamen de la Junta Regional de Contratación Administrativa, reseñado en los Antecedentes, pone de manifiesto determinadas circunstancias que deben ser objeto de reflexión por el órgano gestor.

Así, partiendo del hecho de que el artículo 102.1 LCAP (vigente en el momento de la tramitación del expediente de modificación, hoy, el 101.1 R. D. L. 2/2000), permite las modificaciones contractuales siempre que tengan una sólida justificación en razones de interés

público debidamente acreditadas en el expediente, tal requisito es seriamente cuestionado por el referido Dictamen en lo que se refiere a la modificación de la clase de firme.

En este sentido, el Consejo Jurídico estima conveniente apuntar las siguientes consideraciones:

1^a. Las modificaciones de los proyectos de obras adjudicados deben ser aprobadas únicamente cuando se acrediten, en todos los extremos de la modificación, sólidas razones de interés público y cumpliendo los demás requisitos establecidos en el citado artículo 101.1.

2^a. A tales efectos, el hecho de que la modificación no implique variación en el precio global del contrato no puede ser causa que exima del cumplimiento de los indicados requisitos y, por tanto, que minore el rigor de su examen, función esencial de la Oficina de Supervisión de Proyectos. Y ello no sólo porque la ausencia de incremento del precio no justifica "per se" modificación alguna, sino porque puede suceder que, al final, sí se produzca incremento del precio y, como en el caso que nos ocupa, por circunstancias dignas de especial mención.

En efecto, del citado Dictamen de la Junta Regional de Contratación (Consideración 9, primer párrafo, último inciso) y del informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos de fecha 28 de abril de 2003 (página 3) se desprende que la sustitución del firme supuso un incremento de coste para la Administración del 3,69% sobre el precio inicial, que se vió compensado entonces, básicamente, por la minoración en las mediciones previstas en el proyecto, al advertirse que estaban sobredimensionadas (lo que dió lugar a un ahorro para la Administración del 4,24%, según indica el segundo de los informes citados). Esto, mas la inclusión de nuevas unidades de obra, justificó en aquel momento que la modificación no implicase incremento del precio del contrato. Sin embargo, el ahorro derivado de la referida minoración de las mediciones ha resultado luego inefectivo, pues de las mediciones finales adjuntas a la certificación nº 25 se deduce que, en definitiva, se han ejecutado más cubicaciones de las previstas en el proyecto modificado, representando un incremento sobre el precio de adjudicación del 6,87%, equivalente a 666.531,81 euros. Y es de notar que no constan las razones que expliquen por qué si en la aprobación del proyecto modificado se revisaron las mediciones inicialmente previstas, dando lugar a su minoración, en la liquidación final de las obras resulta que aquéllas han experimentado el referido y nada desdeñable incremento.

3^a.- No obstante lo anterior, no procede la revisión de la Orden de aprobación del proyecto modificado ni de la certificación nº 25, pues, en definitiva, las obras efectivamente ejecutadas han de abonarse y, además, conforme a los precios fijados en la modificación del proyecto, pues el precio de la unidad de obra relativa al firme sustituido fue calculado de acuerdo con la normativa aplicable (cláusula 60 PCAG), según reconocen los indicados informes.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede continuar la tramitación del procedimiento presupuestario para el reconocimiento y pago del importe consignado en la certificación nº 25, de 21 de marzo de 2003, sin necesidad de someter el expediente a la consideración del Consejo de Gobierno prevista en el artículo 33 RCI, por las razones indicadas en las Consideraciones Tercera a Quinta de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por lo anterior, la propuesta objeto del presente Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.