



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de diciembre de 2000 se formalizó contrato de obras de ejecución del proyecto básico y de ejecución del Colegio Público "Sagrado Corazón", de Molina de Segura (Murcia). El plazo de ejecución, según se desprende de la cláusula quinta del citado contrato y del acta de comprobación de replanteo suscrita con fecha 28 de diciembre de 2000, era de nueve meses desde dicha fecha.

SEGUNDO.- El 21 de septiembre de 2001, la empresa adjudicataria solicita de la Administración una ampliación del plazo de ejecución de la obra hasta el 15 de diciembre del 2001. Con esa misma fecha, el arquitecto director de la obra informa favorablemente la concesión del plazo, argumentando que "... se considera procedente la mencionada solicitud dado que se han modificado aspectos sustanciales del proyecto original, no siendo imputable al contratista el retraso que motiva la solicitud". Con fecha 24 de septiembre, la Secretaría General de la Consejería de Educación y Universidades dicta Orden autorizando la ampliación del plazo solicitado.

TERCERO.- Con fecha 21 de noviembre de 2001 el arquitecto director de las obras redacta memoria de "proyecto modificado de obras de ejecución del proyecto básico y de ejecución del Colegio Público "Sagrado Corazón" de Molina de Segura (Murcia)", en la que se hace constar, entre otros aspectos, los siguientes:

"... se debe adecuar la cimentación, perfiles y cotas del terreno a las nuevas realidades del solar, adaptar el proyecto y realizar correas de cimentación de hormigón armado, todo ello con respecto a las cotas de accesos de vías circundantes" (...) "... el proyecto original no ha desarrollado suficientemente los cálculos de las instalaciones, y ofrece una carente adaptación a la legislación en vigor"; y continúa: "... se presenta el consiguiente documento modificado, que analiza y adapta las instalaciones con proyectos técnicos, suscritos por técnicos competentes y por un control realizado por A. E.".

CUARTO.- El 27 de noviembre se emite informe técnico de supervisión del "Proyecto Modificado nº 1 de las obras de ejecución del proyecto básico y de ejecución del Colegio Público "Sagrado Corazón" de Molina de Segura (Murcia)", y con esa misma fecha la empresa adjudicataria presta su aceptación a la modificación contractual.

QUINTO.- El 28 de noviembre de 2001, se formula acta de replanteo previo en relación con el expediente de modificación y, el mismo día la Secretaría General de la Consejería de Educación y Universidades dicta Orden por la que aprueba dicho proyecto modificado.

SEXTO.- El 29 de noviembre, el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación y Universidades emite informe preceptivo favorable en relación con el expediente de modificación y, con esa misma fecha, se redacta propuesta de la Vicesecretaría para que la Secretaría General de la Consejería de Educación y Universidades dicte Orden aprobando el expediente y autorizando la modificación.

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de noviembre se recibe el expediente en la Intervención Delegada de la Consejería y, a la vista del mismo, el 5 de diciembre solicita de la Intervención General que, si lo estima conveniente, designe representante, asistido por asesor técnico, para realizar la

comprobación material de la inversión del expediente de referencia, en virtud del artículo 29.5 del Decreto 161/1999, de 30 de noviembre, 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), a efectos de dilucidar convenientemente si dicho modificado ha sido ejecutado con carácter previo a su tramitación. Asimismo, se da traslado al centro gestor de esta circunstancia, al objeto de suspender el plazo estipulado en el artículo 14 DRCI.

OCTAVO.- El 21 de diciembre, se recibe en la Intervención Delegada el acuerdo de la Intervención General por el que se designa representante y asistente para la comprobación material de la inversión, según la solicitud efectuada, y se da traslado del Proyecto Modificado al técnico asistente de la Intervención para que proceda a su estudio.

NOVENO.- Con fecha 27 de diciembre, se levanta acta de la comprobación material de la inversión en la que se hace constar:

"De la inspección de la inversión, se observa que las obras que se corresponden con el proyecto modificado se encuentran prácticamente ejecutadas, a excepción de lo detallado en el apartado de observaciones. No obstante, la conformidad de las mismas por la Administración contratante, deberá acordarse con posterioridad, en acto de recepción celebrado al efecto".

DÉCIMO.- A la vista del acta anterior, la Intervención Delegada considera que se está ante un supuesto de los prescritos en el artículo 33 DRCI, emitiendo el 28 de diciembre de 2001 el informe allí previsto, en razón a que, como se señala en el mismo:

"Si bien nos encontramos con una propuesta de autorización de modificado de obras y no de reconocimiento de obligaciones, de conformidad con lo dictaminado por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en la consideración tercera de su dictamen nº 50/1998:

«si se tiene en cuenta que cuando el representante de la Administración en la obra, mediante el dictado de instrucciones, expresa o tácitamente, posibilita la realización de obra no incluida en el contrato, está generando una obligación de pago con el contratista, sus actos operan a todos los efectos como actos administrativos que requieren, salvo remisión (SIC) de oficio, de la "convalidación" del procedimiento de autorización del gasto que indebidamente se omitió, como requisito previo para proceder al formal reconocimiento de dicha obligación», se ha de proceder según lo estipulado en el citado artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, porque como también apunta el Consejo Jurídico en el dictamen antes citado:

«el concepto de acto que allí se da incluye no sólo aquellos supuestos en que se procedió a dictar un formal acto administrativo con autorización del gasto y sin la previa fiscalización, sino también el supuesto que nos ocupa, en que existe una actuación administrativa que ha generado la referida obligación económica y que ha adolecido de la preceptiva fiscalización previa porque, a su vez, se omitió la previa autorización del gasto por quien tenía la competencia para dictarla».

A estos efectos, la Intervención se pronuncia en dicho informe sobre los extremos a que obliga el citado artículo, destacando lo siguiente:

"Segundo: Incumplimientos normativos.

Con carácter previo a la ejecución de las modificaciones del contrato, se han omitido los trámites que se establecen en los artículos 59, 101 y 146 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDL 2/2000, de 16 de junio).

No se ha realizado la autorización del gasto para la ejecución del Proyecto Modificado a que se refiere el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (DL 1/1999, de 2 de diciembre).

Se ha omitido el trámite preceptivo de fiscalización previa al que se refieren los artículos 90.1, 92.1 y 93.1 del Decreto Legislativo nº 1/1999, de 2 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

Inobservancia de los principios contables de registro y devengo, por la omisión de las anotaciones contables pertinentes a las que se refiere el artículo 90.1 del Decreto Legislativo nº 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia y la Orden de la antigua Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 26 de julio de 1994, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública de la Región de Murcia.

Por consiguiente, salvo que se incorporen documentos que demuestren lo contrario, el representante de la Administración en la obra ha posibilitado, expresa o tácitamente, la realización de obra no incluida en el contrato, lo que incumple lo preceptuado sobre competencia en materia de gestión de gastos, en el artículo 49 del Decreto Legislativo nº 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, y constituye un acto administrativo constitutivo de infracción según preceptúa el artículo 110. C), del citado Texto Refundido, siendo de aplicación lo estipulado en los artículos 111 y 112 del mismo.

Tercero: Prestaciones realizadas a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia: No se acredita documentalmente, por el órgano gestor, las prestaciones realizadas ni la conformidad a las mismas por parte de la Administración contratante. Por tanto, en este momento procedural, ésta Intervención Delegada no puede pronunciarse sobre el apartado 2.b del artículo 33 del Decreto nº 161/1999, de 30 de diciembre.

Cuarto: Existencia de crédito presupuestario:

Se acompaña documento contable de retención de crédito por importe de 35.133.169 pesetas, de referencia 76844.1/2001, para el ejercicio 2001, con cargo a la partida presupuestaria 15.01.42 1^a.621, expedido con fecha 28 de noviembre de 2001.

Quinto: Posibilidad y conveniencia de la revisión de los actos.

Según los criterios recogidos en la Circular 1/1998, de 10 de julio, de la Intervención General, sobre tramitación y contenido de los informes a emitir cuando se observe la omisión de fiscalización o intervención previa, no parece conveniente instar la revisión de los actos por razones de economía procesal, ya que el importe de la indemnización correspondiente no sería inferior al importe que se propone en el Proyecto Modificado, siempre y cuando por el órgano gestor quede acreditado documentalmente, mediante la certificación de obra correspondiente, que las prestaciones que se recogen en el mismo han sido completamente ejecutadas y de conformidad para la Administración contratante, todo ello sin perjuicio de la certificación final y liquidación del contrato que posteriormente correspondan, una vez efectuada positivamente la recepción formal de la inversión, al amparo de lo estipulado en los artículos 110 y 147 del mencionado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio".

DECIMOPRIMERO.- El 19 de febrero de 2002 se expide documento contable "R", de reserva de crédito, por un importe de 211.154,60 euros para atender, en su momento, el pago del importe de las obras del modificado, si bien no consta su validación (al menos de forma manual, mediante la oportuna rúbrica).

DECIMOSEGUNDO.- El 22 de febrero de 2002, la Secretaría General de la Consejería formula la memoria explicativa de la omisión de la fiscalización a la que se refiere el citado artículo 33 del DRCI, en la que viene a justificar la realización anticipada de las obras de modificación por la necesidad de su entrega al uso público al inicio del curso académico 2001-2002.

DECIMOTERCERO.- El 29 de abril de 2002, el director de las obras certifica la extensión y el valor de las obras correspondientes al modificado realmente ejecutadas, cifrando su importe en 209.025,54 euros.

DECIMOCUARTO.- El último documento del expediente remitido es un borrador de propuesta del Consejero, sin firmar, para su elevación al Consejo de Gobierno a los efectos de que éste

acuerde "autorizar a la Consejería de Educación y Cultura para reconocer la obligación con U., S.A., correspondiente a la modificación del contrato de obras de ejecución del proyecto básico y de ejecución del Colegio Público Sagrado Corazón de Molina de Segura, por un importe adicional de doscientos once mil ciento cincuenta y cuatro euros con sesenta céntimos (211.154,60 euros) con cargo a la partida 15.01.00.421.62100 del presupuesto vigente de esta Comunidad Autónoma".

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, propuesta fundamentada 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.

La propuesta objeto de Dictamen no viene rubricada por el Consejero consultante, si bien ha de entenderse que éste la asume al remitirla dentro del expediente. No obstante, en lo sucesivo tal propuesta deberá rubricarse, sin perjuicio de que, en su caso, posteriormente formule otra si procediera modificar sus términos.

TERCERA.- Procedencia de reconocer la obligación contraída con el contratista por la ejecución de las obras de modificación del proyecto originario.

Como se desprende del Antecedente Décimo de este Dictamen, la Intervención Delegada de la Consejería, al examinar el expediente en el trámite de fiscalización previo a la aprobación del expediente de modificación del contrato en cuestión, estimó que, al estar ejecutadas las obras objeto del mismo, no procedía la aprobación de dicho expediente, sino tramitar el procedimiento establecido en el artículo 33 DRCI para autorizar el reconocimiento de la obligación ya contraída, previa certificación de las concretas prestaciones realizadas y la conformidad de la Administración con las mismas.

El supuesto planteado es similar al que dió lugar a nuestro Dictamen 50/1998 (parcialmente transrito en el citado informe de la Intervención), lo que justifica que nos remitamos al mismo para fundamentar la viabilidad de acudir al procedimiento regulado en el artículo 33 del DRCI en casos como el presente, en que consta la realización de obras que, aun fuera del proyecto objeto de la adjudicación, han sido contratadas "de facto" por la Administración a través de su representante en la dirección facultativa. Ello supone una modificación contractual que, aun siendo irregular y estar incursa en causas de invalidez (por la carencia en dicho director de competencia para contratar o acordar formalmente modificaciones contractuales en uso del "ius variandi", por la ausencia de autorización del gasto adicional y, por ende, de su previa y preceptiva fiscalización), al haberse ejecutado las obras en cuestión, genera una obligación económica a favor del contratista, como en casos similares ha reiterado la jurisprudencia.

CUARTA.- Sobre la procedencia de elevar la propuesta al Consejo de Gobierno y, en su caso, el importe que debe consignarse en la misma.

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, 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) 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. Ello hace conveniente que, a los efectos de este singular procedimiento, se requiera del director facultativo que informe sobre estos concretos extremos, sin obligar a los órganos informantes (Intervención y este Consejo Jurídico) a realizar un examen detallado del proyecto y de la certificación de las obras de modificación realizadas, dado el carácter eminentemente técnico de tal operación.

Aun cuando tal informe no se ha requerido, el hecho de que el porcentaje total de incremento del precio sea del 19,72 sobre el de adjudicación, supone que, incluso en la hipótesis de que existiera efectivamente hasta un 10% de exceso sobre las cubicaciones del proyecto originario que pudiera incluirse directamente en la certificación final, restaría un 9,72 de incremento del precio que, en todo caso, tendría que someterse a la autorización del Consejo de Gobierno para reconocer su débito y, en consecuencia, proceder a su pago.

Tal circunstancia justifica, en aras a la celeridad procedural, que no sea necesario en este caso requerir el informe antes señalado, pues no se aprecia inconveniente en que, ante la necesidad de acudir al Consejo de Gobierno, se incluya en la propuesta el importe total de las obras de modificación, aun cuando, por lo ya dicho, hubiera una cantidad que no necesitara de su autorización.

Por otra parte, y en la línea de lo señalado en el Dictamen 50/1998, no se estima necesario proceder a la anulación de la novación contractual de la que trae causa la obligación económica a que se ha dado lugar, pues el importe de la indemnización que se generaría por la anulación sería, al menos, el mismo que el importe de las obras ejecutadas al amparo de la modificación contractual irregular.

Por ello, procede elevar la propuesta al Consejo, si bien ha de corregirse la cantidad allí consignada (211.154,60) por la de 209.025,54 euros, ya que aquélla es el importe objeto de retención presupuestaria (Antecedente Decimoprimer), y ésta última es el de las obras

efectivamente ejecutadas, según la certificación expedida al efecto (Antecedente Decimotercero).

Todo ello sin perjuicio de advertir, como ya se dijo en el Dictamen 50/1998, *"la irregularidad que supone la realización de este tipo de prácticas, que deben ser evitadas: en primer lugar, mediante una mejor verificación de la corrección de los proyectos de obras, exigiendo, en su caso, las responsabilidades contractuales o disciplinarias oportunas; y, en segundo lugar, para el supuesto de que se den las circunstancias que allí se prevén, utilizando los procedimientos de urgencia o el específico para las modificaciones contractuales previstos respectivamente en los artículos 72 y 146.4º de la citada Ley 13/1995, conforme a la redacción dada a este último por la Ley 11/1996, de 27 de diciembre de 1996"* (hoy artículo 146.4º RDL 2/2000, de 16 de junio).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA- Procede elevar al Consejo de Gobierno la propuesta objeto de Dictamen, si bien deberá corregirse la cantidad a consignar en la misma, que debe ser 209.025,54 euros, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta, penúltimo párrafo.

No obstante, V.E. resolverá.

