



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2004 se formalizó contrato para la ejecución de las "Obras de ampliación de 14 aulas en el Instituto de Educación Secundaria (I.E.S) "Poeta Julián Andúgar", de Santomera (Murcia)" por importe de 895.102 euros.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de marzo de 2005, el órgano de contratación dispone, a la vista de la solicitud en tal sentido de la Dirección Facultativa, autorizar la redacción de un proyecto modificado de las obras, así como la suspensión temporal parcial de las mismas. En cumplimiento de tal mandato, en julio de 2005 queda redactado el proyecto modificado 1º de las obras de referencia, supervisado por el Servicio de Proyectos y Construcciones con fecha 17 de agosto de 2005, siendo éste el último trámite que consta en el expediente de modificación, por lo que no llegó a ser aprobado por el órgano de contratación, ni se llegó a producir la consiguiente autorización de gasto ni su previa y preceptiva fiscalización.

TERCERO.- A pesar de ello, y conforme a lo señalado en la memoria final del proyecto, "*al estar dada la autorización del Director General de Enseñanzas Escolares para su realización, la dirección facultativa, con fecha 10 de mayo de 2005 comunica a la UTE adjudicataria de las obras la necesidad de introducir una serie de cambios en el Proyecto, en base al informe emitido con anterioridad. Dichos cambios consisten principalmente en la ampliación de la obra proyectada para ejecutar dos nuevas aulas de informática con tres almacenes anexos a dichas aulas, la ejecución de una red informática y la ejecución de acometidas no previstas y necesarias para la puesta en funcionamiento de las instalaciones proyectadas*".

CUARTO.- Con fecha 19 de septiembre de 2005, el Consejero de Educación y Cultura, basándose en razones excepcionales de interés público derivadas de la precaria situación de escolarización del alumnado en el centro, dispone acordar la ocupación efectiva de las obras y su puesta en servicio. Con igual fecha, la Intervención General designa a su representante para la comprobación material de la inversión.

El día 20 de septiembre se levanta acta de ocupación de las instalaciones, en la cual se ponen de manifiesto una serie de desperfectos que se consideran de menor importancia y que, por tanto, no desvirtúan el carácter positivo del acto de comprobación material de la inversión. Con la misma fecha se acuerda por el Consejero la puesta en servicio, para su uso público, de las obras de referencia, "*a la vista de la escasa magnitud de los defectos puestos de manifiesto en el Acta de ocupación y la existencia de necesidades educativas en la zona que sólo podrán paliarse mediante la puesta en servicio del Centro*".

QUINTO.- En abril de 2006 se redacta por el director técnico de las obras una "Memoria final del proyecto de ampliación de 14 aulas en el I.E.S. "Poeta Julián Andúgar de Santomera". De dicha Memoria ha de destacarse su epígrafe 1.1, del que se resume lo siguiente:
"Con fecha 2 de noviembre de 2004, el Director del Centro, D. A. R. B., solicita las siguientes modificaciones del proyecto:

- Adecuación de la cubierta para instalación de placas solares.*
- Colocación de azulejos en los pasillos, que conectan la zona antigua con la nueva.*
- Eliminación del tabique entre dos aulas, para adecuar el espacio resultante a las medidas*

mínimas de un aula de tecnología.

Solicitada autorización por parte de la Dirección Facultativa al Director General de Enseñanzas Escolares, D. J. J. G. M., se autoriza, a través del Subdirector General de Centros, D. J. J. P. M., la colocación de azulejos, así como la eliminación del tabique. Dichas obras se realizan de acuerdo con lo especificado en el art. 160 de R.G.L.C.A.P.

Con fecha 14 de diciembre de 2004, el Director del Centro remite escrito al Director General de Enseñanzas Escolares solicitando las siguientes modificaciones del proyecto:

-Cerrar el espacio correspondiente al porche en planta baja para habilitarlo, en principio, como 4 aulas y que se construya un espacio similar cubierto para guarecerse de la intemperie y, continua, para cumplir con la normativa vigente.

-Con fecha 17 de enero de 2005 por Orden del Consejero de Educación y Cultura se autoriza la ampliación del plazo de ejecución de las obras en 3 meses.

-Con fecha 4 de marzo de 2005 se remite comunicación interior al Servicio de Contratación para iniciar los trámites para la correspondiente autorización de redacción del proyecto modificado, una vez autorizada la mencionada modificación, que no ampliación, por el Subdirector de Enseñanzas Escolares.

Tras solicitud de informe técnico por parte del Servicio de contratación, se envía en fecha 9 de marzo de 2005.

-Con fecha 10 de marzo de 2005 se autoriza la redacción del proyecto modificado, y (la) suspensión temporal parcial de las obras.

Una vez cumplimentado y realizado el proceso de redacción del anteproyecto de modificado de 4 aulas y su adaptación a la obra ejecutada, tras una nueva solicitud del director del centro de realización de otra propuesta distinta, y tras varias propuestas más, se acuerda finalmente la realización de la última, consistente en realizar y encajar dos aulas de mayor tamaño y tres almacenes. Al estar dada la autorización del Director General de Enseñanzas Escolares para su realización, la dirección facultativa, con fecha 10 de mayo de 2005 comunica a la UTE adjudicataria de las obras la necesidad de introducir una serie de cambios en el Proyecto, en base al informe emitido con anterioridad.

Dichos cambios consisten principalmente en la ampliación de la obra proyectada para ejecutar dos nuevas aulas de informática con tres almacenes anexos a dichas aulas, la ejecución de una red informática y la ejecución de acometidas no previstas y necesarias para la puesta en funcionamiento de las instalaciones proyectadas.

Como parte de las partidas de la modificación propuesta coinciden con las existentes en proyecto, esta dirección facultativa introduce dicha variación en la obra, según lo estipulado en el art. 160 del R.G.L.C.A.P para la ejecución de las mismas, y hasta que el número de unidades de obra no representen un gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato.

Con fecha 26 de julio de 2006, y una vez cumplimentado el proceso de adaptación de la obra ejecutada a la nueva solicitud del Director del Centro, se realiza la remisión del proyecto de modificación completo al Órgano de Contratación.

Con fecha 17 de agosto de 2006 se realiza la supervisión y aprobación técnica del proyecto por la arquitecta D. R. C. B..

Se realizan las obras restantes del modificado propuesto".

Incluye también la citada Memoria las mediciones finales de la obra efectivamente realizada y su comparación con las previstas en el proyecto inicial, resultando un incremento sobre lo inicialmente adjudicado de 199.417,40 euros. Habida cuenta que, frente a un importe de adjudicación original de 895.102 euros, en las certificaciones ordinarias se había acreditado 856.819,53 euros, resulta un importe pendiente de certificar de 38.282,47 euros que, sumados a la diferencia entre lo proyectado y lo efectivamente ejecutado, da lugar al importe consignado

en la certificación final expedida por el Director de las Obras el 21 de febrero de 2006, consistente en 237.699,87 euros.

SEXTO.- Con fecha 25 de abril de 2006, el Servicio de Infraestructuras de la Secretaría General de la Consejería consultante emite informe en el que, respecto de la certificación final de la obra expedida el 21 de febrero anterior, hace constar que en los valores numéricos que en ella figuran no se advierten errores aritméticos ni elementos contradictorios, indicando, entre otros extremos, que el incremento del importe final de las obras sobre el precio de adjudicación es de un 22,28%.

SÉPTIMO.- En escrito de 7 de julio de 2006, el Servicio de Contratación de la citada Secretaría General, tras exponer sucintamente los antecedentes de la obra, considera que, según la obra realmente ejecutada, se ha producido una modificación del contrato inicial que ha generado un incremento de 199.417,40 euros sobre el precio de adjudicación, y que el artículo 160 del vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) prevé la posibilidad de introducir variaciones en la obra sin previa aprobación de la modificación del contrato cuando tales variaciones consistan en la alteración del número de unidades de obra realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que tales variaciones no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato. Por este motivo, estima que se ha generado una obligación económica de 109.907,20 euros (resultado de restar un 10% al incremento total antes indicado de 199.417,40), sin que, en su momento, se hubiera realizado la previa y preceptiva fiscalización del expediente de gasto. A partir de ello, y estimando que, conforme al Dictamen 44/2000 de este Consejo Jurídico, dicha infracción de las normas presupuestarias puede ser denunciada por cualquier órgano de la Administración, formula una propuesta para que el expediente sea sometido a la consideración de la Intervención Delegada y emita el especial informe a que se refiere el artículo 33.2 del Decreto regional 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).

OCTAVO.- Remitido el expediente a la citada Intervención Delegada, el 20 de julio de 2006 emite informe en el que expone, en primer lugar, que *"si bien no se acompaña para su fiscalización una propuesta de reconocimiento de la obligación, se entiende que la intervención del centro gestor al instar el procedimiento es eliminar el obstáculo derivado de la no aprobación del proyecto modificado, para posteriormente proceder al pago del mismo. Nos encontramos en este caso con un procedimiento, que frente a lo previsto en su regulación, no se inicia de oficio por el órgano de control, sino a instancias del centro gestor, lo que de conformidad con el dictamen del Consejo Jurídico número 44/2000, produce una distorsión en la tramitación del expediente"*.

No obstante lo anterior, el Interventor entra en el fondo de la cuestión planteada y se muestra de acuerdo con la mencionada propuesta del órgano gestor en el sentido de que, con la ejecución de obras sin la previa aprobación de la modificación del contrato por el órgano de contratación, y habiendo sido aquéllas aceptadas de conformidad por la Administración, se contrajo con el contratista la obligación de su pago, que procede efectuar so pena de provocar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Obligación contraída sin que, previamente, se hubiera solicitado y realizado la preceptiva fiscalización del gasto adicional que comportaban tales obras. Por ello, estima que no procede anular los actos viciados por tal omisión, sino actuar conforme a lo establecido para estos casos en el invocado artículo 33 RCI, es decir, que la Consejería en cuestión recabe del Consejo de Gobierno la preceptiva autorización para reconocer a efectos internos dicha obligación económica, y así poder proceder a la fiscalización de conformidad de la certificación final y posteriormente su abono al contratista. No obstante,

en lo que se refiere a la cantidad cuyo reconocimiento debe ser autorizado por el Consejo de Gobierno, el Interventor recuerda que "en este punto conviene poner de manifiesto que, conforme a la doctrina del Consejo Jurídico en su 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 del 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 3854/1970, de 31 de diciembre, pueden introducirse como "reajustes" sin necesidad de un previo expediente de modificación contractual".

Sigue diciendo el Interventor que "dado que en la antes citada Memoria Final del Proyecto, y como se pone de manifiesto en el Antecedente Sexto de este informe, se recogen conjuntamente las variaciones sobre las mediciones inicialmente previstas en el proyecto y las nuevas partidas introducidas como consecuencia de la ejecución material del proyecto modificado que no se llegó a aprobar, se hace necesario que por el Director de las Obras se desglose separadamente qué cantidades de las adicionalmente previstas corresponden a excesos de medición respecto del proyecto inicialmente aprobado pero sin exceder del 10% que autoriza el artículo 160.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, diferenciándolas de las cantidades ocasionadas por la ejecución del proyecto modificado no aprobado, o que correspondan a mediciones de unidades de obra inicialmente previstas en el proyecto y excedan del citado 10%. Cantidades estas dos últimas que serán, propiamente, a las que se refiera la presente omisión de fiscalización" (es decir, las que deberán incluirse en la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno).

NOVENO.- Mediante oficios de 28 de julio y 15 de septiembre de 2006, la Vicesecretaría de la Consejería requiere del Servicio competente la emisión del informe a que se refiere la Intervención Delegada en el suyo antes citado, sin que conste que haya sido evacuado.

DÉCIMO.- El 28 de septiembre de 2006, el Secretario General de la Consejería emite el informe a que se refiere el número 3 del citado artículo 33 RCI, es decir, la Memoria explicativa de la omisión fiscalizadora padecida en su día y las observaciones que estima oportunas respecto del informe de la Intervención. En dicha Memoria, y tras resumir los antecedentes ya reseñados, reitera la invocación del artículo 160.1 RGLCAP a los efectos de justificar que la cantidad que debe ser sometida a la autorización del Consejo de Gobierno es el total incremento del precio minorado en un 10%, por considerar que la ejecución de dicho porcentaje de gasto (de las unidades de obra que lo generan) podía ser acordado en su día sin necesidad de aprobar previamente la modificación del contrato y, por tanto, sin que para tal cantidad fuese preceptiva la previa fiscalización.

UNDÉCIMO.- El 2 de octubre de 2006, el Consejero de Educación y Cultura formula propuesta de Acuerdo al Consejo de Gobierno, cuya parte dispositiva expresa lo siguiente:

"Autorizar a la Consejería de Educación y Cultura para reconocer la obligación con la U. T. E. formada por S., S.A. I. C. Y S. y E., S.L., CIF: X, correspondiente a la modificación de la contratación de las OBRAS DE AMPLIACIÓN DE 14 AULAS EN EL I.E.S. "POETA JULIÁN ANDÚGAR" DE SANTOMERA (MURCIA), por un importe adicional de 109.907,20 euros, con cargo a la partida 15.04 00 421^a62100, proyecto nº 33177 del Presupuesto vigente para esta Comunidad Autónoma".

DUODÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 27 de octubre de 2006, el citado Consejero solicita de este Consejo Jurídico la omisión de su 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 proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre reconocimiento de obligaciones fundamentada en la omisión de la intervención previa de las mismas, 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.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha cumplido sustancialmente con las prescripciones que para este específico procedimiento se contienen en el ya citado artículo 33 RCI.

No obstante lo anterior, debe insistirse, en línea con lo expresado en el Dictamen 44/2000 (de cita conjunta del órgano gestor y de la Intervención Delegada), que el primero de dichos órganos no ha de formular una solicitud para que el segundo emita el informe a que se refiere el citado artículo 33, pues ello no es la mera "*denuncia*" de una situación irregular (la omisión de la previa fiscalización de un gasto contraído), a que nos referimos en el citado Dictamen, sino una formal incoación de un procedimiento incidental (el regulado en dicho precepto) que sólo puede ser acordada por la Intervención. Aun cuando esta cuestión tenga un predominante carácter formal, ha de insistirse en que el órgano gestor ha de proceder conforme a las reglas ordinarias, esto es, solicitar formalmente de la Intervención la fiscalización de la correspondiente certificación o documento de gasto de que se trate y, en el supuesto de que haya advertido la omisión de fiscalización a que se refiere el artículo 33 RCI, a tal solicitud de fiscalización podrá acompañar un informe (no una solicitud de informe a la Intervención) en el que se limite a "*denunciar*" o poner de manifiesto, con el detalle que estime oportuno, la previa omisión fiscalizadora, para que tal circunstancia pueda ser tenida en cuenta por la Intervención a los efectos que ésta considere (que, en hipótesis, podría estimar procedente la fiscalización de la certificación y no la emisión del informe a que se refiere el tan repetido artículo 33 RCI).

TERCERA.- La procedencia de reconocer la obligación contraída con el contratista por la ejecución de obras no comprendidas en el proyecto objeto del contrato adjudicado.

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos análogos al presente (vgr. 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros), las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el facultativo representante de la Administración, 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, en el presente caso, la recepción de la totalidad de las obras ejecutadas y la expedición de la certificación final a que se refiere el artículo 147 TRLCAP, acreditan la conformidad administrativa con las obras realizadas, sin perjuicio de la subsanación de las deficiencias (menores) que se advirtieron en el momento de la recepción.

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

I. Como dijimos en el citado Dictamen 50/1998 para un caso análogo, "*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 2 188/1995, 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 la del vigente RCI, y la de la Cláusula 62 citada, por la del artículo 160 RGLCAP) y requieren determinar la naturaleza de las obras de modificación o de variación de que en cada caso se trate.

A este fin se dirigía el informe que, correctamente, estimó la Intervención Delegada que debía recabarse del director facultativo de las obras (Antecedente Octavo) y que no fue emitido a pesar de haber sido solicitado por la Vicesecretaría de la Consejería consultante, y ello por entender ésta después, según se dijo, que a estos efectos bastaba con minorar en un 10% la cantidad a que ascendía el incremento global del precio finalmente resultante tras la finalización de las obras.

Sin embargo, tal proceder no resulta admisible, pues no se ha justificado que, del total de la mencionada cantidad, exista al menos un 10% de la misma que se deba a las "variaciones" a que se refiere el artículo 160 RGLCAP, precepto que no ampara, como por el contrario parecen entender el Director facultativo de las obras en la Memoria final del proyecto y el Servicio de Contratación, la ejecución, por cualquier causa de interés público, de un mayor número de unidades de obra sobre las previstas en las mediciones del proyecto adjudicado, siempre que se respete el límite cuantitativo del 10% señalado en el precepto.

Por el contrario, las "variaciones" a que se refiere el precepto reglamentario sólo pueden consistir, salvo que se incurra en una interpretación del mismo contraria a los artículos 101 y 146.3 TRLCAP, en aquellas que se deban a lo que, desde antiguo, la Intervención General del Estado y el Consejo de Estado, en los informes mencionados en el Dictamen antes transcritos, denominan "reajustes" en las mediciones del proyecto inicial, operaciones que, desde luego, no comprenden lo que deban considerarse auténticas modificaciones del objeto inicial del contrato, que sólo son posibles previa aprobación de la modificación del proyecto y del contrato por parte del órgano de contratación, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, incluyendo, pues, la preceptiva fiscalización y aprobación del gasto.

En efecto, de los artículos 101 y 146.3 TRLCAP se desprende que las modificaciones de los contratos administrativos, además de tener que obedecer a motivos de interés público, por

necesidades nuevas o causas imprevistas debidamente justificadas en el expediente, han de ser acordadas por el órgano de contratación, en cuanto es la voluntad de éste la que representa la voluntad de la Administración sobre los términos en que la obra debe ser construida. Dicha atribución competencial sólo puede ser alterada previa la oportuna delegación de facultades en órganos inferiores, y no enervaría la obligación de cumplir con los trámites previstos en el citado artículo 146.3 TRLCAP (sin perjuicio de supuestos excepcionales, como el regulado en el número 4 de dicho artículo).

Quiere decirse con lo anterior que el principio esencial que debe preservarse en todo caso es el de que la obra debe ejecutarse conforme con el proyecto aprobado por el órgano de contratación, con las modificaciones que éste hubiera aprobado posteriormente. A partir de esta prescripción legal, el artículo 160 RGLCAP ha de interpretarse de acuerdo con el conocido criterio o regla que configura al reglamento como un "*complemento indispensable*" para conseguir un fiel cumplimiento de lo establecido en la ley que lo habilita, sin que pueda extralimitarse de tal función ni, por tanto, modificar el recto alcance de los preceptos legales de que se trate.

Esta función vicarial del reglamento respecto de la ley permite situar en sus justos límites el alcance de las obras que pueden considerarse comprendidas en el ámbito objetivo del artículo 160 RLCAP (el cuantitativo no ofrece dudas, pues se cifra en aquéllas cuyo coste no sobrepase el 10% del precio primitivo del contrato, es decir, el de adjudicación). Así, tales obras serán, como supuesto genuino, las que se detecten o adviertan al efectuar las mediciones (mensuales o final) de las obras efectiva o, como dice el precepto, "*realmente*" ejecutadas. Dada la no infrecuente existencia de errores en las mediciones recogidas en los proyectos, una correcta ejecución de los mismos puede haber dado lugar a una mayor cantidad de obra ejecutada; es decir, que lo que, en un sentido estricto, sería un defecto en la medición proyectada, se compensa con un "*exceso*" de medición, es decir, con más obra, que se ha ejecutado para poder llevar a la realidad precisamente la obra proyectada.

A tal supuesto, y con las debidas cautelas, es decir, considerado con carácter restrictivo, puede equipararse el caso en que, previamente a la ejecución de una parte de la obra, el director facultativo advierta errores técnicos en el proyecto para cuya subsanación deba ordenarse al contratista la introducción de la correspondiente variación en el número de unidades de obra a ejecutar. Pero para no desvirtuar el apuntado régimen legal, es necesario limitar esta facultad en el sentido de que: a) el incremento de unidades de obra se dirija a corregir auténticos y acreditados errores técnicos del proyecto que afecten a sus mediciones; b) que la corrección de tales errores requiera necesariamente la ejecución de esa mayor cantidad de unidades de obra; y c) que este incremento en el número de unidades de obra sea técnicamente imprescindible para conseguir la viabilidad de la obra tal y como fue proyectada, no para ampliarla, mejorarla y atender necesidades nuevas o causas imprevistas (fuera de los indicados errores, claro está). Si no se cumplen tales requisitos, se estará ante verdaderas modificaciones (ya no ante una "*variación*" de reajuste), por ser alteraciones que no tendrán su causa en los aludidos errores de proyecto y, por tanto, la oportuna decisión deberá ser adoptada por el órgano de contratación, previa tramitación del procedimiento legalmente establecido; otro proceder implicaría apartarse de la voluntad del órgano de contratación, constituyendo una genuina novación, aun parcial, del objeto del contrato. Con estas premisas, habrá de estarse al caso concreto, dada la casuística inherente a la ejecución de obras.

En análoga línea de razonamiento, en fin, ya se pronunció este Consejo Jurídico en el Dictamen 79/2004, al plantearnos "*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", lo que es especialmente rechazable cuando tales modificaciones son introducidas por órganos o funcionarios que carecen de las facultades del órgano de contratación, y al margen del procedimiento legalmente establecido.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, se advierte que, por propia declaración del director facultativo de las obras en el citado epígrafe 1.1 de la Memoria (Antecedente Quinto), éste, con la autorización de un Subdirector de su centro directivo (no del órgano de contratación) y a petición del director del colegio de referencia, fue introduciendo, entre otras, lo que cabe calificar como auténticas modificaciones del proyecto, pues no se debieron a errores en las mediciones del mismo, sino a la voluntad de ampliar aún más las obras proyectadas (se supone que por necesidades nuevas debidamente amparadas en razones de interés público, lo que, por cierto, no se justifica debidamente en el expediente remitido).

Un buen ejemplo de la diferente naturaleza de una y otra clase de alteraciones en las obras, a los efectos jurídicos que aquí interesan, se contiene en el epígrafe 1.2 ("Justificación de las variaciones de medición") de la citada Memoria final de las obras y que sirve de base para extender la certificación final cuyo pago ahora se tramita. Así, frente a un auténtico caso de reajuste de mediciones como es el recogido en el Capítulo 3 del proyecto ("como consecuencia de un error de medición en el proyecto, la nueva medición teórica real supone un incremento en las partidas 3.2 "hormigón en cimentación", 3.3 "hormigón en losas" y 3.5 "estructura de hormigón"), en el Capítulo 4 ("albañilería") se expresa que "se recoge el exceso de medición en fachadas debido a la generación de dos nuevas aulas en la zona destinada a porche", que es una genuina modificación del proyecto, introducida a solicitud del director del colegio para que, cerrando el porche previsto, se construyeran dichas dos nuevas aulas, eliminando con ello tal porche, como se recoge en el mismo Capítulo 4 (cuarto párrafo).

Por todo lo anterior, debe concluirse que todos los incrementos en el precio final del contrato que respondan, bien a auténticas modificaciones del proyecto, bien a genuinas variaciones introducidas por reajustes en las mediciones de aquél y que sobrepasen el 10% del precio primitivo del contrato, al no haberse ejecutado previa la preceptiva fiscalización del gasto y aprobación del proyecto y contrato modificado, adolecen de la omisión del trámite fiscalizador que desencadena la necesidad de someter las correspondientes obligaciones económicas a la consideración del Consejo de Gobierno.

En este sentido y con este preciso alcance es como debe exigirse el informe complementario que el Interventor Delegado requiere de la Dirección facultativa de las obras, pues a partir del mismo (elaborado con los indicados criterios de diferenciación de las obras que generan el incremento del gasto), podrá determinarse la cantidad que, en rigor, debe ser objeto de la subsiguiente propuesta a elevar al Consejo de Gobierno. De no recabarse tal informe no podría considerarse justificada la exclusión de ninguna cantidad sobre la total de incremento del precio final del contrato. Sin perjuicio de ello, también debe decirse que la eventual inclusión en la citada propuesta de Acuerdo del total de dicho incremento (es decir, los 199.417,40 euros), aun implicando una cierta irregularidad (pues ya se ha visto que existen partidas que pueden ser válidamente subsumibles en el supuesto del artículo 160 RGLCAP y por ello excluibles de la propuesta de Acuerdo, aunque no consta que existan suficientes para alcanzar el 10% de tope máximo permitido a estos efectos), no invalidaría la decisión que tomase el Consejo de Gobierno ni, en consecuencia, tampoco la posterior fiscalización de conformidad de la certificación final de las obras. No obstante, el Consejo Jurídico considera que sólo debería procederse así en caso de urgencia en el pago de la misma, esto es, con carácter excepcional y no como usual modo de proceder en esta clase de asuntos.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- 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 y, por tanto, procede su pago, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se ha hecho una interpretación y uso incorrecto de la facultad que, para la variación y reajuste de unidades de obra sin previo expediente aprobatorio, prevé el artículo 160 RGLCAP, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- De conformidad con lo requerido por el Interventor Delegado en el informe emitido en el procedimiento objeto del presente Dictamen, procede recabar del Director Facultativo de las obras un informe en el que deberán diferenciarse, conforme con el criterio expresado en la Consideración Cuarta, la naturaleza de las modificaciones y variaciones introducidas en la ejecución del contrato, a efectos de determinar las modificaciones que, por no poderse considerar incluidas en el supuesto amparado por el artículo 160 RGLCAP, habrán de considerarse generadoras de una obligación económica contraída con omisión de su previa fiscalización y, por tanto, incluirse en la propuesta de autorización para el reconocimiento de dichas obligaciones que se eleve al Consejo de Gobierno, sin perjuicio, en su caso, de lo señalado a título excepcional en la mencionada Consideración Cuarta.

CUARTA.- En atención a las precedentes Consideraciones, procede el reconocimiento de la obligación contraída con el contratista, si bien, por lo expresado respecto a la cantidad que debe ser incluida en la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.