

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 17 DE DICIEMBRE DE 2.002. CONTRATACIÓN. TRAMITACIÓN POR EMERGENCIA DE GASTOS CONTRACTUALES.

Se recibe en esta Intervención General, procedente de la Intervención Delegada en la Consejería de A.....@ consulta sobre si es adecuada la tramitación de las propuestas de gasto tramitadas en firme mediante documentos contables ADOK núm. 12-02-3138 y 12-02-3140, para el pago de las certificaciones 20y 6Q por importes de 144.800,54 euros y 233.673,48 euros correspondientes, respectivamente, a la primera y segunda obra de emergencia para la restauración del chapitel de la Iglesia AABC@sita en el término municipal de Axxxxxx@

En concreto, manifiesta en su escrito de consulta:

"Como consecuencia de un incendio se produce la desaparición material del objeto de la inversión de uno de los expedientes, aun sin recepcionar. Para remediar la situación ocasionada, se tramita otro expediente cuyas obras, según el centro gestor, "se acumulaban a las del anterior@El acta de recepción que se adjunta con este último expediente solamente alcanza al objeto del mismo, sin embargo la Dirección General de A.....@propone el pago de las obras recogidas en los dos expedientes, por lo que se eleva consulta sobre si a juicio de ese Servicio son correctas las propuestas de pago que se tramitan".

ANTECEDENTES

1. En virtud de Orden 1607/98, de 23 de julio, del Consejero de A.....@ se declaran de emergencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 73 de *la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas*, las obras de restauración del chapitel de la Iglesia AABC@sita en el término municipal de Axxxxxx@ por presentar dicho inmueble patologías que podían producir su inminente colapso estructural con el consiguiente riesgo de daños materiales y personales, contratándose las actuaciones con la AEMPRESA XYZ, S.A. Y reservándose a tales fines, mediante documento contable RC 9-98-122, un crédito de 25.000.000 ptas. Con cargo a la partida 76390: "Otras transferencias de capital a corporaciones locales" del programa 813.

Mediante Acuerdo de 27 de agosto de 1998, del Consejo de Gobierno, se acredita el cumplimiento del trámite de comunicación a dicho órgano de la declaración de emergencia.

La orden de pago a justificar correspondiente a dicha declaración de emergencia es aprobada con fecha 10/12/1998, y se formaliza mediante documento contable ADOK 09- 98-8964 por un importe de 25.000.000 ptas.

Las obras de emergencia se inician en junio de 1999, mes de expedición de la primera certificación por un importe de 24.357.833 ptas. (146.393,55 euros) Y prosiguen durante el mes de julio, en el que se emite una segunda certificación por importe de 24.092.783 ptas. (144.800,54 euros. Habida cuenta de que el importe de esta- certificación supera la cuantía autorizada en el pago a justificar mediante ADOK 09-98-8964, con fecha 24/10/02 se propone su pago en firme mediante ADOK 12-02-3138, versando la presente consulta precisamente sobre la regularidad de esta propuesta de pago. La inversión realizada a cuenta de la primera emergencia asciende pues a 48.450.616 ptas., 291.194,07 euros.

El día 1 de agosto de 1999 se produce en la Iglesia un incendio con resultado de

destrucción de casi toda la estructura de madera del chapitel de la torre y de los andamios circundantes, en suma, de todas las obras de emergencia ejecutadas.

2. En virtud de Orden 1666/99/01, de 3 de agosto, del Consejero de A.....@ se declara de emergencia la ejecución de las obras necesarias para remediar la situación de grave peligro ocasionada por el incendio, disponiéndose la acumulación de este expediente al de las obras que venían realizándose sobre el mismo inmueble en virtud de la declaración de emergencia efectuada mediante Orden de 23 de julio de 1998. La acumulación de procedimientos se ampara en el art. 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De otra parte, en uno de los resultandos de la Orden se razona que "estando pendiente el esclarecimiento de los hechos por parte de la policía judicial, así como la determinación, en su caso, de las responsabilidades e indemnizaciones a que puede haber lugar, no es posible en este momento determinar la cuantía económica de las obras a que venimos refiriéndonos".

Con fecha 16/11/2000, se adopta Acuerdo de Consejo de Gobierno dándose por enterado de esta segunda declaración de emergencia.

Con fecha 1/12/2000 se aprueba la orden de pago a justificar correspondiente a las segundas obras de emergencia por un importe de 96.223.057 ptas., mediante ADOK 9-00- 8087.

Las obras de restauración correspondientes a la segunda declaración de emergencia se inician con anterioridad a la aprobación de dicho pago a justificar, en julio de 2000, expidiéndose con cargo a dicho pago a justificar las certificaciones que se indican en el cuadro adjunto, a excepción de la 6Q cuyo abono, por superar el importe a justificar autorizado, se tramita mediante pago en firme y ADOK 12-02-3140, actualmente en fase de propuesta y cuya procedencia es también objeto de la presente consulta.

Núm. certificación	Mes de expedición	Importe	Fecha del abono a cuenta Orden de transferencia
10	julio/2000	21.157.082 ptas.	23/1/2001
20	octubre/2000	27.777.859 ptas.	23/1/2001
30	noviembre/2000	2.042.130 ptas.	29/1/2001
40	diciembre/2000	1.132.611 ptas.	29/1/2001
50	mayo/2001	44.113.300 ptas.	29/1/2001
60 (liquidación)	junio/2001	38.879.995 ptas. 233.673,48 euros	Se propone con fecha 24/10/2002 pago en firme mediante ADOK 12-02-3140 por importe de 233.673,48 euros.
Inversión total realizada a cuenta de la 20declaración de emergencia (811.985,25 euros).			135.102.977 ptas.

Como puede observarse, la expedición de las certificaciones se interrumpe durante los meses de agosto y septiembre de 2000 y enero, febrero, marzo y abril de 2001.

3. Con fecha 22/5/2000, durante el transcurso de las actuaciones correspondientes a la segunda emergencia, se rinde por el Habilitado pagador la cuenta justificativa de las

obligaciones satisfechas con cargo a la Orden de pago a justificar formalizada mediante ADOK 09-98-8964 por importe de 25.000.000 ptas.

A dicha cuenta se incorpora la documentación correspondiente a la empresa acreditativa de la capacidad jurídica, de no estar incurso en prohibiciones ni incompatibilidades, de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y al frente de la Seguridad Social; la certificación núm. 1 de junio de 1999, por importe de 24.357.833 ptas., a la que acompañan factura y relación valorada, así como copia del cheque núm. 1517958 por el referido importe, hecho efectivo con fecha 13/12/99, según se acredita mediante copia del extracto de movimientos y saldo en cuenta de la entidad bancaria AXXX@

Con fecha 30/5/2000, dicha cuenta justificativa fue informada desfavorablemente por el Interventor Delegado de la Consejería de A.....@por entender:

- 1) Que no se aportaba acta de recepción de la obra, "no obstante", se precisa en el informe, "ésta deberá presentarse con la justificación de la nueva emergencia, declarada por el Consejero de A.....@mediante Orden 1666/1999/01, de fecha 3 de agosto".
- 2) Que no se aportaba la documentación de la empresa.
- 3) Que la cuenta se rindió incumpliendo los plazos -incluida la prórroga autorizada-establecidos en el art 7 de la Orden 1321/1989, de 2 de junio, del Consejero de Hacienda, reguladora de los pagos a justificar y de anticipos de caja fija.

Informada desfavorablemente, dicha cuenta es remitida por el Interventor Delegado al órgano de contratación, según se expresa en el informe "para su aprobación o devolución, según se estime a tenor de lo establecido en el art 8.4 de la Orden 1321/89 (...)", figurando, pese a dicho informe desfavorable, en el escrito del propio informe, un sello de aprobación de la cuenta rendida por Orden del Consejero de A.....@de 5/6/2000.

4. Con fecha 13 de septiembre de 2002, previa petición del Centro gestor cursada con fecha 18/6/02, se levanta acta de recepción de las "Obras de ampliación de la emergencia para la restauración del chapitel de la torre de la Iglesia ABC" de Axxxxxx@ con un importe autorizado inicial de 96.223.057 ptas. y una inversión final de 135.102.977 ptas. (811.985,25 euros). Se extiende acta de conformidad con dos observaciones del Interventor, quien precisa que la comprobación material de la inversión se extiende tan sólo a las segundas obras de emergencia y manifiesta su sorpresa por el tiempo transcurrido entre la declaración de emergencia y la celebración del acto de recepción.

5. Con fecha 24/10/2002, se someten a fiscalización de la Intervención Delegada de la Consejería de A.....@ las propuestas de gasto referidas, tramitadas en firme, que corresponden a obra ejecutada con cargo a la primera y segunda emergencia respectivamente.

6. Interesa asimismo destacar del expositivo de antecedentes las siguientes cuestiones:

En relación con la primera obra de emergencia no consta que se hayan practicado las oportunas averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos causantes del incendio y a la determinación de eventuales responsabilidades derivadas del siniestro.

Tampoco se acredita que a fecha de hoy se haya rendido la cuenta justificativa de

las obligaciones satisfechas con cargo a la orden de pago a justificar tramitada mediante ADOK 9-00-8087, por un importe de 96.223.057 ptas.

En relación con la presente consulta, procede analizar las siguientes cuestiones: Tramitación del gasto en las obras de emergencia; cuándo procede la tramitación de gastos contractuales por emergencia y la incidencia de la fuerza mayor en la determinación del gasto a abonar por la Administración.

CONSIDERACIONES

I

En cuanto a la tramitación del expediente de gasto, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al expediente, teniendo en cuenta la fecha en que tuvo lugar la declaración de emergencia - 13 de julio de 1998- , debe aprobarse el gasto (Fase A), una vez completado el expediente de contratación, salvo en el supuesto del artículo 86.a), en que se aprobará el gasto (Fase AD), cuando se conozca el importe y condiciones del contrato, según la oferta seleccionada, así como deben adoptarse los diferentes actos de gasto de forma sucesiva (Fase D, y OK), previa fiscalización en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid y sus Organismos Autónomos Administrativos, salvo en el supuesto de los contratos menores, en los que expresamente se permite la acumulación de las diversas fases de gasto (ADOK) y están exentos de fiscalización, según el artículo 83.4) de la Ley 9/1990 reseñada y en el gasto adicional, que puede generarse en la liquidación de los contratos.

En el supuesto tramitado, se propone un gasto en firme sin que hubiere fiscalización previa de las fases precedentes, incurriendo por una parte en la adquisición de compromisos de gasto sin crédito (limitación cuantitativa) y, por otra, en incumplir el principio de anualidad presupuestaria.

En consecuencia, en aplicación del artículo 29 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el régimen del control interno y contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, *"no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo.*

2. Si el Interventor general de la Comunidad de Madrid o los interventores delegados al conocer de un expediente observaran alguna de las omisiones indicadas en el número anterior, lo manifestarán a la autoridad que hubiera iniciado aquél y emitirán al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniendo este informe a las actuaciones, pueda el titular de la Consejería de que aquélla proceda, someter lo actuado a la decisión del Consejo de Gobierno para que adopte la resolución a que hubiere lugar".

A estos efectos, se considera que existe inadecuación del procedimiento seguido en la tramitación de dichas propuestas de pago a la naturaleza jurídica del gasto realizado ya que, tratándose de actuaciones inscritas en una obra de emergencia, el abono de las dos certificaciones no puede realizarse de manera independiente y mediante pago en firme, sino integrado en el expediente de gasto correspondiente a dichas obras de emergencia y conforme al procedimiento establecido para los "pagos a justificar" en el art174 de la *Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, desarrollado en la Orden 1321/89, de 2 de julio, del Consejero de Hacienda, reguladora de los pagos a justificar y de anticipos de caja fija.*

En todo caso, las certificaciones cuyo pago se propone en firme en el ejercicio presupuestario de 2002 fueron expedidas sin que conste la existencia de crédito suficiente. En efecto, se observa que en el momento de expedirse la segunda de las certificaciones, la correspondiente

al mes de julio de 1999, por un importe de 24.092.783 ptas, no existía crédito que amparase dicho gasto, ya que deducido el importe de la primera certificación, el remanente disponible a cuenta de la orden de pago a justificar era de tan solo 642.167 ptas, circunstancia que puede predicarse igualmente respecto a la segunda certificación propuesta.

De lo anterior se deduce que la Administración adquirió obligaciones económicas con un tercero incumpliendo lo dispuesto en el artículo 54.3) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid:

"No podrá comprometerse ningún gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos en el nivel de vinculación a que se refiere en el apartado anterior, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar un compromiso con un tercero".

La limitación cuantitativa de gastos es aplicable, bien se tramite el gasto por el procedimiento establecido con carácter general en el artº 68 de la Ley 9/1990, bien por el procedimiento especial de pagos a justificar, regulado en la Orden 1321/1989. En especial, para la tramitación contractual por emergencia este extremo se ha puesto de manifiesto por el legislador, quien, sin dejar de resaltar la especialidad del procedimiento de contratación, ha establecido como requisito para acordar la declaración de emergencia la acreditación de la existencia de crédito o el inicio de la modificación presupuestaria.

En conclusión, respecto a este extremo no puede informarse favorablemente las certificaciones propuestas por cuanto ponen de manifiesto un incremento de los compromisos de gasto superando a los créditos autorizados.

Por otra parte, el gasto propuesto incumple el principio de anualidad presupuestaria establecido en el artículo 57.1) de la Ley 9/1.990 citada *"Con cargo a los créditos del estado de gastos de cada presupuesto sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios, y demás prestaciones o gastos en general que se realicen en el año natural del propio ejercicio presupuestario"*, sin que pueda acogerse a la excepción establecida en el mismo artículo de poder imputar al ejercicio corriente las obligaciones *"...derivadas de compromisos de gastos adquiridos y contabilizados en ejercicios anteriores"*.

En este sentido, por lo tanto, no podrían imputarse al ejercicio de 2002 obligaciones correspondientes a los ejercicios 1999 y 2001, puesto que no se corresponden con compromisos debidamente adquiridos y contabilizados en ejercicios anteriores.

En conclusión, sin perjuicio de los defectos del gasto señalados, en los supuestos de tramitación de gastos contractuales por emergencia, el órgano de contratación, que inicialmente acordó la declaración de emergencia y efectuó la correspondiente retención de crédito o inicio de modificación, en su caso, de acuerdo con las necesidades a satisfacer, está obligado a efectuar nueva retención de crédito y tramitar con cargo al ejercicio que se devenguen los gastos los libramientos de pagos a justificar adicionales (ADOK), de conformidad con los incrementos de gastos que se generen respecto a las estimaciones de gastos iniciales, dando cumplimiento a los principios presupuestarios puestos de manifiesto.

II

Sin perjuicio de la irregularidad apuntada, y la convalidación del gasto procedente, el expediente de las obras de emergencia al que se reconducen dichas propuestas de gasto adolece de una serie de irregularidades en su tramitación que conciernen, de una parte, al concepto de obra de emergencia y a los requisitos legales para su declaración y tramitación.

En cuanto a la primera cuestión referida a considerar si la tramitación del contrato de obras por emergencia ha sido correcta, se efectúan las siguientes observaciones:

1. En cuanto a los requisitos precisos para que la Administración pueda declarar la tramitación por emergencia de un contrato de obras, es preciso acudir al marco jurídico regulador de la obra de emergencia, definido por el *art. 73 de la LCAP* y por su inserción sistemática en la propia Ley.

Habida cuenta de que la obra de emergencia ha sido un instrumento jurídico al servicio de circunstancias excepcionales reconocido siempre en la normativa reguladora de la contratación administrativa, resulta forzoso acudir a la prolija jurisprudencia y doctrina que a través de los años ha contribuido a conceptualizar la obra de emergencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 20/1/1987, Informes de la Junta Consultiva del Estado núm. 49/1999, de 21 de diciembre, 23/1985, de 20 de junio, 34/1979, de 5 de octubre, 8/1966, de 25 de febrero).

El Informe 34/79, de 5 de octubre, de la Junta Consultiva del Estado, definía el concepto de obra de emergencia en relación con otras "formas atenuadas" de contratación admisibles bajo circunstancias excepcionales por razón de urgencia, estableciendo una graduación en cuanto a la adecuación de la tramitación a la mayor o menor urgencia de la Administración en satisfacer sus necesidades, con carácter exclusivo, distinguiendo los siguientes supuestos:

- i. **Tramitación urgente**, regulada en el *art. 72 de la LCAP*, vigente *art. 73 del TRLCAP* y derogado *art. 26 de la LCE*, a la que dicho Informe se refería como "*urgencia de primer grado*", que procedería ante una "*necesidad inaplazable*" o cuando fuese preciso "*acelerar la adjudicación por razones de interés público*". En estos casos, se exige una declaración de urgencia expresa y motivada del órgano de contratación y se establece la preferencia para el despacho del expediente con reducción de los plazos para emitir informes, licitar y adjudicar, así como la posibilidad de acordar la iniciación de la ejecución del contrato sin previa formalización.
- ii. **Procedimiento negociado sin publicidad**, que vendría a ser una "*urgencia de segundo grado*", regulado, para el contrato de obras en el *art 141.c)* de la *LCAP* y *TRLCAP*, para el contrato de gestión de servicio público en el *art 160.2.b)* de la *LCAP*, *art. 159.2.b)* del *TRLCAP* y derogado *art.37.2* de la *LCE* que regulaba la contratación directa, *art. 183.d)* de la *LCAP* y *182.d)* del *TRLCAP* para el contrato de suministro y *art. 211.c)* y *210 c)* para contratos de consultoría y asistencia y servicios. La Ley permite acudir a esta forma de contratación "*Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el art. 72*" o por aplicación, en su caso, "*de los plazos de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas previstos para los casos de urgencia*".
- iii. Finalmente, con carácter excepcional, se contempla la posibilidad de acudir a la **tramitación de emergencia** regulada en el *art. 73 de la LCAP* y *72 del TRLCAP* (derogado *art. 27 de la LCE*) y a la que la Junta Consultiva se ha referido como "*urgencia de tercer grado*". El tenor literal del *art. 73 de la LCAP*, reproducido en términos literales en el *art. 72 del TRLCAP*, a excepción del plazo para dar cuenta, que se amplía de treinta a sesenta días, resulta sobradamente descriptivo de la excepcionalidad de la tramitación de emergencia:

"1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa

de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito. De dichos acuerdos se dará cuenta en el plazo máximo de treinta días, al Consejo de Ministros si se trata de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales.

b) Simultáneamente, por el Ministerio de Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.

c) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.

2. La gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley".

A propósito de la tramitación de emergencia, conviene recordar el contenido de la conclusión 20 del Informe 34/79 de la Junta Consultiva del Estado:

"Las potestades excepcionales habilitadas por el artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado son de carácter circunstancial, deben emplearse en situaciones de grave peligro inminente y sólo autorizan la realización de obras indispensables para aliviar o evitar los daños previsibles, no alteran las normas ordinarias de competencia ni permiten el gasto no autorizado por la correspondiente consignación presupuestaria. Las obras que no merezcan el calificativo de indispensables han de ser contratadas con estricto respeto de las disposiciones de la Ley de Contratos del Estado".

Teniendo en cuenta los criterios jurídicos aplicables a las obras de emergencia desde el punto de vista contractual, cuyo procedimiento, por cuanto implica una limitación al principio de concurrencia, sólo podrá utilizarse, cuando no puede alcanzarse la finalidad pretendida por la Administración por la tramitación de urgencia, ni por el procedimiento negociado sin publicidad, se considera que la pretendida emergencia de las actuaciones invocada en los informes técnicos previos y posteriores a la declaración de emergencia, así como en la propia declaración, queda desmentida no sólo por la excesiva duración de las obras, que parece indicar que no se han extendido a lo absolutamente indispensable, sino en primer lugar por el intervalo entre su declaración y comienzo.

Las fechas hablan por sí solas: el comienzo de las primeras obras declaradas de emergencia el 23 de julio de 1998 se produjo casi un año más tarde, en junio de 1999, mes de expedición de la primera certificación.

Por lo que respecta a la segunda obra de emergencia declarada el 3 de agosto de 1999 como consecuencia del incendio de la torre, las actuaciones se inician once meses después de dicha declaración, en julio de 2000; son interrumpidas, sin documentación en el expediente del motivo de dicha suspensión, durante los meses de agosto y septiembre, reanudadas en octubre, de nuevo interrumpidas sin justificación los meses de enero a mayo de 2001, para finalizar el mes de junio de 2001 y formalizarse la recepción el día 13 de septiembre de 2002, con la lógica observación del Interventor asistente al acto, que hace constar lo siguiente: "llama la atención (...) que se haya solicitado la designación de representante de la Intervención General el 14 de junio de 2002, cuando estas obras fueron declaradas de emergencia y contratada su ejecución mediante orden nº 1665/1999/01".

Con evidente incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 73, la actuación de la Administración no se produjo de manera inmediata, circunstancia que induce a pensar que no existían ni acontecimientos catastróficos ni situaciones de grave peligro que justificasen acudir a tan excepcional régimen de contratación.

El tiempo transcurrido pone de manifiesto que las actuaciones podían haberse contratado por el procedimiento ordinario, adviértase, ni tan siquiera por el de urgencia, ya que el *artículo 71.2.d)* establece una limitación al plazo máximo de comienzo de la ejecución de un contrato tramitado con carácter de urgencia, que *"no podrá ser superior a dos meses desde la fecha de adjudicación, quedando resuelto el contrato en caso contrario, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en el correspondiente resolución motivada"*

De otra parte, el *art. 73.2* de la LCAP limita la tramitación de emergencia a la actividad necesaria para remediar el grave peligro, puntualizando que *"la gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley"*. No parece que el órgano de contratación haya obrado con estricta sujeción a este precepto, ya que teniendo en cuenta, de una parte, el tiempo transcurrido entre la declaración y el inicio de las obras y, valorando de otra, el coste final de las actuaciones -183.553.593 ptas., 1.103.179,31euros-, puede afirmarse que las obras ejecutadas no hayan sido las estrictamente indispensables para remediar un grave peligro, sino que han cubierto la completa restauración de la torre, superando con creces los límites autorizados en la norma.

Por lo tanto, considera esta Intervención a este respecto que de acuerdo con los hechos, que se acreditan, ni se justifica la declaración de emergencia, ni la extensión de la misma únicamente a aquellas actuaciones necesarias para remediar el supuesto que la justifican.

Por último, se observa también un patente incumplimiento de la regla de expedición de las certificaciones con regularidad mensual, tal y como establecen los *art. 145.1* de la LCAP y *TRLCAP, art. 142 del Decreto 3410/1975* y la *Cláusula 46 del Decreto 3854/1970*, por el que se aprueba el *Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de obras del Estado*, *"no podrá omitirse la redacción de dicha relación valorada mensual por el hecho de que, en algún mes, la obra realizada haya sido de pequeño volumen o incluso nula, a menos que la Administración hubiese acordado la suspensión de la obra"*.

2. De otra parte, es preciso examinar si en la tramitación del expediente de declaración de emergencia así como del gasto asociado a dicha declaración han sido observados los requisitos exigidos en el *art. 73* de la LCAP y en la *Orden 1321/1989*.

Con cargo a dicha orden se libra una primera certificación correspondiente al mes de junio

de 1999 por un importe de 24.357.833 ptas., y una segunda correspondiente a julio por importe de 24.092.783 ptas (144.800'54 euros). La primera de dichas certificaciones se incorporó como documentación acreditativa de la inversión realizada a la cuenta justificativa formada en fecha 22/5/2000 con cargo a la orden de pago a justificar, cuenta que como se verá fue aprobada pese al informe desfavorable formulado por la Intervención.

Ahora bien, una vez se observó por el órgano de contratación que las estimaciones de gasto iniciales correspondientes a la emergencia se incrementaban debió efectuar la retención de crédito necesaria y tramitar el gasto correspondiente en el ejercicio presupuestario en que se devengaron las obligaciones para la Hacienda Pública mediante un ADOK a justificar.

En el mismo sentido, tramitado un ADOK a justificar en el año 1999, independientemente del momento de rendición de la cuenta, cuyos plazos evidentemente se han incumplido, cuando se observa que la obra ejecutada excede los créditos existentes, en la certificación de junio de 2001, debió tramitarse un ADOK a justificar por el nuevo importe estimado e imputar al mismo las obligaciones generadas, de modo que las obligaciones económicas generadas en el año 2001 se imputasen al ejercicio presupuestario en que se devengaron, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 57 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, gasto que hubiere sido objeto de fiscalización previa en los términos establecidos por el Decreto 45/1997 referido.

Cabe concluir, por lo tanto, que no se ha tramitado el gasto en los términos establecidos en el artículo 73 de la Ley 13/1995, (LCAP) y en la *Orden 1321/1989*, reguladora de pagos a justificar.

III

En cuanto al importe de gasto propuesto, esta Intervención informa asimismo desfavorablemente el mismo, en cuanto que no se acredita suficientemente el derecho del perceptor -Artículo 87.b) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid-.

Por una parte, ya en uno de los resultandos de la Orden declarando la segunda emergencia se manifestaba *"que estando pendiente el esclarecimiento de los hechos por parte de la policía judicial, así como la determinación, en su caso, de las responsabilidades e indemnizaciones a que pueda haber lugar, no es posible en este momento determinar la cuantía económica de las obras a las que venimos refiriéndonos"* para concluir con *"el mantenimiento de la imputación presupuestaria acordada en la Orden de 23 de julio de 1998, sin perjuicio de que, una vez esclarecidos los hechos y, en su caso, las posibles responsabilidades e indemnizaciones, se realice la oportuna retención de crédito o se inicie el correspondiente expediente de modificación de crédito"*.

A estos efectos, no hay constancia en el expediente de que con posterioridad se hayan practicado las diligencias oportunas de cara al esclarecimiento de las causas del incendio, actuaciones que aun en este momento resultan de enorme trascendencia de cara a la imputación de una posible responsabilidad del contratista en los hechos acaecidos, merced a la aplicación del principio de riesgo y ventura definido en el *art. 99* de la LCAP y *98* del TRLCAP, a cuyo tenor: *"La ejecución de contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144"*. A mayor abundamiento, el *art. 132* del Decreto 3410/1975 establecía que: *"La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras, sino en los casos de fuerza mayor"*.

En cuanto a la fuerza mayor, ésta se encuentra regulada en el art. 144 de la LCAP y del TRLCAP, a cuyo tenor:

"1. - En casos de fuerza mayor y siempre que no exista una actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

2.- Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público".

A la definición del concepto de fuerza mayor y el principio del riesgo y ventura han contribuido de nuevo doctrina y jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 9/5/1994, 1/2/1991, 19/9/89, 24/12/1985, Dictámenes del Consejo de Estado núm. 3070, de 11/11/99, 1087, de 17/7/97, 44874, de 20/1/1983, 33227, de 7/1/1966, de la Junta Consultiva del Estado, Informes 11, 12 Y 13/1975, de 22 de abril).

La Junta Consultiva del Estado, refiriéndose a un caso de exclusión de fuerza mayor, razonaba en su Informe de 34/1974 lo siguiente:

"(...) nos hallamos ante el típico riesgo empresarial cuya contextura adopta un énfasis especial en el contrato administrativo de obras: las equivocaciones en las previsiones formuladas por la empresa, las maniobras erradas, el acaecimiento de súbitas perturbaciones en los trabajos o de dificultades técnicas no previstas o la existencia de contratiempos que la encarecen desmesuradamente... son típicos ejemplos de las incidencias que debe soportar todo empresario de las obras durante la etapa de construcción y que legitima el beneficio de la operación".

En relación con el procedimiento para hacer efectiva la indemnización por daños y perjuicios expresada en el art. 144.1, aquél se encuentra regulado en el art. 133 del RGCE, a cuyo tenor:

"El contratista que estimare le es de aplicación alguna de las excepciones establecidas en el artículo anterior presentará la oportuna reclamación al facultativo director de las obras en el plazo de veinte días, contados desde la fecha final del acontecimiento, manifestando los fundamentos en que se apoya, los medios que haya empleado para contrarrestar sus efectos y la naturaleza, entidad e importe de los daños sufridos.

El citado facultativo comprobará seguidamente sobre el terreno la realidad de los hechos, y previa toma de los datos necesarios y de las informaciones pertinentes, procederá a la valoración de los daños causados, efectuando propuesta sobre la existencia de la causa alegada, de su relación con los perjuicios ocasionados y, en definitiva, sobre la procedencia o no de indemnización.

La resolución del expediente corresponderá al órgano o entidad que haya celebrado el contrato, previa audiencia del contratista e informe de la Asesoría Jurídica".

Trasladando este marco regulador del riesgo y ventura y la fuerza mayor al supuesto que nos ocupa, se alcanza la siguiente conclusión.

Teniendo en cuenta que no se acredita en el expediente la concurrencia de fuerza mayor, (de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado nº 44.382, de 22 de julio de 1982 "es al contratista a quien corresponde la prueba de existencia de fuerza mayor")¹ ni siquiera reclamación cursada por el contratista a estos efectos en aplicación del artículo 133 del R.G.C, en aplicación del artículo 132 del citado texto legal corresponde al mismo soportar las consecuencias de la pérdida o perjuicio ocasionados en las obras y, en consecuencia, no procede el que la Administración abone los gastos de la obra en ejecución por importe de 48.450.616 ptas (24.357.833 + 24.092.783), que se destruyó sin haber sido recibida o entregada a la Administración.

Por lo tanto, no procedería el pago de la certificación correspondiente a julio por importe de 24.092.783 ptas, tal como se propone en el año 2002 en el expediente sometido a consulta, por cuanto la obra objeto del contrato no se entregó a la Administración y su pérdida, salvo acreditación en contrario, debe soportarla el contratista y, por otra parte, debe iniciarse expediente contradictorio con audiencia del contratista al objeto de reclamar el reintegro del pago de la primera certificación, que tuvo el carácter de abono a cuenta, de la obra que tenía que ejecutar el contratista -contrato de resultado-, y que no se llevó a cabo por el incendio, cuyos perjuicios debe soportar el contratista, en aplicación de la normativa citada, salvo prueba en contrario.

De otra parte, del art. 133 del RGCE (Vid. STS de 1/2/1991, 19/9/89, 15/2/1985, CE- Dictamen núm. 44382, de 22 de julio) se desprende que incumbe al contratista probar la concurrencia de dicha fuerza mayor y solicitar, en su caso, la correspondiente indemnización, debiendo la Administración tramitar un expediente de responsabilidad independiente del de contratación en el que se decidiría la concurrencia de fuerza mayor y, en caso afirmativo, la procedencia de indemnizar al contratista y la determinación de la cuantía de la indemnización, que se correspondería en principio con el coste de reposición de las obras al momento en que se encontraban inmediatamente antes de producirse el incendio.

Nada de esto ha sucedido, no puede apreciarse en este caso concurrencia de fuerza mayor, por lo que, en virtud del principio del riesgo y ventura, el contratista debe asumir las pérdidas sufridas en las obras como consecuencia del siniestro.

Por lo tanto, sólo pueden considerarse gasto justificado susceptible de generar una obligación de pago para la Hacienda autonómica los 811.985,25 euros (135.102.977 ptas.), correspondientes a la inversión ejecutada con posterioridad al incendio, cuantía coincidente con la inversión que fue objeto de recepción el día 13 de septiembre de 2002, y a la que, en palabras del propio Interventor, se limitó la comprobación material, quien en dicho acta observaba que "Al segundo expediente, denominado como de "Ampliación" de las obras de emergencia, es la que limito el alcance de la presente fiscalización ", sin perjuicio de que el procedimiento para su abono sea la convalidación de acuerdo con las consideraciones precedentes.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, cabe extraer las siguientes

CONCLUSIONES

I. En la tramitación por emergencia de gastos contractuales la retención del crédito o, en su

¹ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1975

caso, la modificación presupuestaria iniciada y posteriormente la tramitación de los ADOK a justificar deben justificarse en una evaluación inicial de costes. Si posteriormente aumentan los mismos, debe incrementarse el crédito y la tramitación del gasto de modo que pueda imputarse al presupuesto en que se devenguen los correspondientes a las obras, servicios y suministros prestados en el mismo, conforme disponen los artículos 54.3) y 57.1) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Al no haber sido aprobada dicha orden de pago, se habrían contraído con un tercero obligaciones no amparadas en una previa autorización y fiscalización de gasto, con infracción, de una parte, del proceso general de gasto regulado en el art. 68 de la Ley 9/1990 y del específico de los pagos a justificar establecido en la Orden 1321/1989 y con infracción, de otra parte, de la preceptiva fiscalización previa exigida con carácter general en el art. 83.2.a) de la Ley 9/1990 y, respecto de las órdenes de pago a justificar, en el art. 20 del Decreto 45/1997.

Encontrándonos pues ante un supuesto de omisión del trámite de fiscalización previa, dichas propuestas de pago no podrán intervenir favorablemente en tanto en cuanto el Consejo de Gobierno conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el art. 29 del Decreto 45/1997, desarrollado en la Instrucción 3 de la Circular 1/1998.

- II. La tramitación por emergencia de contratos sólo puede efectuarse excepcionalmente en supuestos singulares y cuando la necesidad a satisfacer no puede alcanzarse por otros procedimientos contractuales: tramitación urgente o procedimiento negociado sin publicidad y sólo puede extenderse a las actuaciones estrictamente necesarias. Las restantes se contratarán conforme a los procedimientos dispuestos en el 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.

Por lo demás, se denuncian las siguientes irregularidades en la tramitación que aun no siendo motivo de convalidación, sí deberán ser puestas de manifiesto en el correspondiente informe fiscal:

- a. Incumplimiento de la norma de expedición regular de las certificaciones con periodicidad mensual y en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan recogida en los art. 145.1 de la LCAP y 142 del RCGE y en la Cláusula 460 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de obras del Estado.
 - b. Incumplimiento del plazo legal de un mes para la recepción de las obras establecido en el art. 111.2 de la LCAP, ya que la sexta y última certificación fue expedida con fecha 30/6/2002, no formalizándose el acta de recepción hasta el 13/9/2002.
 - c. Incumplimiento del plazo establecido en el artículo 7 de la Orden 1321/89 para la formación de las cuentas justificativas de los pagos satisfechos con cargo a las órdenes de pago a justificar correspondientes a los documentos contables ADOK 9-98-8964 (primera emergencia) y ADOK 9-00-8087 (segunda emergencia).
- III. No procede el abono de la certificación correspondiente a julio de 1999 por importe de 24.092.783 ptas. (144.800, 54 euros) por cuanto no se acredita la concurrencia de fuerza mayor, (art. 144 de la LCAP), por lo que debe el contratista, salvo prueba en contrario, soportar los gastos, que, sin entrega de la obra se generen, causados por pérdida o perjuicios ocasionados en las obras, en virtud del principio del riesgo y ventura reconocido en el art 99 de la LCAP. El gasto propuesto estaría incurso en el supuesto de reparo del

artículo 87. b) de la Ley 9/1990, de Hacienda de la Comunidad de Madrid, al no acreditarse el derecho del preceptor al reconocimiento de obligaciones, que se propone. Sin perjuicio del reparo sobre el gasto propuesto, debe iniciarse expediente para reclamar al contratista el abono efectuado, correspondiente al siniestro posteriormente producido.

- IV. El gasto propuesto en firme por importe de 233.673,48 euros correspondiente a la segunda tramitación por emergencia precisa para su abono al contratista que sea convalidado por el Consejo de Gobierno, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, si bien teniendo en cuenta que es la última certificación de la segunda emergencia previamente debe rendirse la cuenta justificativa con las certificaciones y pagos efectuados previamente al contratista, por sí errores precedentes determinasen la rectificación de la certificación y del gasto propuesto.