

Informe 57/03, de 30 de marzo de 2004. "Convenio de colaboración entre un Ayuntamiento y una fundación".

Clasificación de los informes: 2.3 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos o convenios excluidos. 14.2. Procedimientos de contratación. Procedimiento negociado. 24. 14. Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Irún (Guipúzcoa) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito planteando la siguiente cuestión:

Antecedentes

1º.- El Ayuntamiento de Irún pretende desarrollar en los ámbitos urbanísticos "Santiago Zubia" e "Iparralde Gal" de esta ciudad, que es el entorno del puente internacional de Santiago, frontera con Francia, un proyecto de Centro de Arte y Cultura denominado "Mugarte". El fundamento de esta iniciativa es, por una parte, el necesario desarrollo urbano de un espacio con una significación histórica, económica y cultural de primer orden para la ciudad, pero que entró en un evidente proceso de deterioro tras la desaparición de la aduana en el año 1.992, y, por otra, la existencia en estos terrenos de un antiguo edificio donde un conocido grupo de artistas vascos de vanguardia desarrolló su actividad en los años 50-60. Intentando conjugar ambas características, el gobierno local ha emprendido este proyecto que pretende sea representativo de la ciudad en lo que constituye su puerta de entrada más emblemática.

Con esta finalidad se han iniciado contactos con la fundación gestora del patrimonio de uno de estos artistas, que se toma como referencia principal por ser uno de los que habitó y trabajó en el edificio antes mencionado. Esta entidad se manifiesta dispuesta a colaborar con el Ayuntamiento en la gestión de un proyecto que sirva para recrear la memoria de ese grupo de artistas, definiendo la presencia de su obra en este centro cultural, y para el desarrollo urbano de la zona en torno a esta obra. A tal fin se ha elaborado un borrador de convenio de colaboración que, a efectos de lo dispuesto en la normativa sobre contratación administrativa, se entiende plenamente justificado en consideración al objeto artístico que constituye su razón de ser.

Resulta evidente, sin embargo, que tan importante como la colaboración en la definición de los aspectos artísticos en este proyecto lo es también la definición de los aspectos urbanísticos y arquitectónicos. Con el objetivo de integrar ambas realidades se ha requerido asimismo la colaboración de un prestigioso arquitecto, que por su relación personal con el artista en cuestión, y según opinión manifestada por este último en vida, conseguiría aportar una visión integradora de ambos conceptos. Ello, además de aportar su propio prestigio profesional al proyecto. Tratando por ambas partes de asegurar esta integración, el borrador de convenio con la fundación en cuestión establece que esta entidad contratará los servicios del arquitecto para el desarrollo del proyecto en el ámbito urbanístico y arquitectónico.

2º.- Se plantea en este momento, no obstante, la conveniencia de que sea el propio Ayuntamiento quien, a fin de realizar un seguimiento más cercano de estos aspectos de tipo técnico, proceda a la contratación de los servicios profesionales de este arquitecto. Se considera desde el punto de vista municipal que este trabajo, que por su objeto debe considerarse incluido entre los que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas califica como de "consultoría y asistencia", podría contratarse mediante procedimiento negociado en atención a sus evidentes implicaciones de tipo artístico, en el mismo sentido de lo que se apuntaba anteriormente (artículo 210, apdo. b).

Consulta:

1ª.- Aunque, por los antecedentes ya expuestos, se considera justificado el recurso a un procedimiento negociado para la contratación que nos ocupa, interesa recabar la opinión de esa Junta Consultiva en este sentido. Se adjunta a la presente copia del borrador del convenio de colaboración "para la definición, desarrollo y puesta en marcha del proyecto Mugarte, Centro de Arte y Cultura" .

2ª.- En relación con lo anterior, pero a un nivel más general, se eleva también consulta respecto de si, con arreglo a lo dispuesto en el apdo. b del artículo 210 de la Ley de Contratos, es posible justificar la negociación de un contrato para la redacción de un proyecto arquitectónico con un solo profesional en la consideración de que se está encargando un trabajo artístico y cuáles serían los criterios a tener en cuenta a estos efectos. Esta pretensión se enmarcaría en una tendencia que se está empezando a generalizar en el sentido de que resulta de gran interés para las instituciones el que determinados proyectos emblemáticos se enmarquen en un concepto estético muy concreto, que nazcan recubiertos de cierto prestigio inicial y que puedan, a un nivel práctico, integrarse incluso en rutas de tipo cultural y turístico.

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo borrador de "convenio de colaboración entre la Fundación Museo Jorge Oteiza y el Ayuntamiento de Irún para la definición, desarrollo y puesta en marcha del proyecto "Mugarte, Centro de Arte y Cultura" en Irún, el espacio de la antigua frontera de Santiago. En la cláusula primera se señalaban los aspectos en que principalmente se concretará la colaboración entre el Ayuntamiento y la Fundación y, aunque gran parte de ellos se centran en funciones de asesoramiento se incluyen expresamente diferentes fórmulas de colaboración tales como el préstamo temporal de documentos, materiales y obras del artista, creación de la beca Jorge Oteiza de investigación estética, organización de seminarios y talleres de carácter general o específico acerca de la obra de Jorge Oteiza y las vanguardias representadas en el grupo GAUR y otras que, durante el proceso de colaboración puedan concretarse entre ambas partes. En la cláusula segunda del borrador se especifica que "para la definición del proyecto en el ámbito urbanístico y arquitectónico, la Fundación Museo Jorge Oteiza contratará los servicios del arquitecto portugués D. Alvaro Siza.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como resulta de los términos en que aparece redactado el escrito de consulta son dos las cuestiones que se someten a consideración de esta Junta, consistiendo la primera en determinar si es posible que, con independencia de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el Ayuntamiento de Irún celebre un convenio de colaboración con la Fundación Museo Jorge Oteiza para la definición y puesta en marcha del proyecto "Mugarte, Centro de Arte y Cultura" y la segunda si resulta factible que el Ayuntamiento contrate los servicios de un Arquitecto para el desarrollo del proyecto en el ámbito urbanístico y arquitectónico por el procedimiento negociado al amparo de lo dispuesto en la letra b) del artículo 210 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Para resolver la primera cuestión planteada es necesario partir del examen y alcance del artículo 3.1 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas teniendo en cuenta los criterios que reiteradamente ha mantenido esta Junta con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informes de 4 de abril de 1989, 15 de abril de 1993, 18 de diciembre de 1996, 20 de enero de 1997, 12 de noviembre de 1999 y 13 de noviembre de 2001 (expedientes 6/89, 3/93, 68/96, 12/97, 42/99 y 33/01) en cuanto a la diferenciación entre los convenios a que se refiere el artículo 3.1. c) y aquellos a que se refiere el artículo 3.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en este punto, reproduce en esencia el contenido del artículo 4, apartados 2 y 7 de la Ley de Contratos del Estado.

La doctrina de esta Junta, al respecto, se manifiesta en los siguientes términos:

"Los convenios recogidos actualmente en el artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas constituyen el modo normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos autónomos y demás entidades públicas sujetas en su actividad contractual al régimen de dicha Ley, ya que al no poder precisarse cual de las partes actúa como órgano de contratación y cual como contratista, unido a la dificultad de aplicar a la Administración, organismo o ente que haya de considerarse que actúa como contratista preceptos concretos de la Ley (solvencia, clasificación, garantías, etc....) resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no por la vía del contrato. Así resulta de los propios términos literales del artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, sin restricción alguna, considera excluidos de su aplicación a los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellas entre sí.

Presupuesto distinto es el del apartado d) del artículo 3.1 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues ya no se trata de Administraciones, Organismos y Entes a los que no resultan aplicables, como contratistas, los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues una de las partes de la relación está constituida por empresas privadas o por Entes o empresas públicas sujetos al Derecho privado y que como tales pueden cumplir todos los requisitos que la Ley exige a los contratistas, sin que pueda cuestionarse que los Entes públicos y empresas públicas están comprendidos en la expresión personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado", por ser esta sujeción la razón de que no se les considere aplicable el apartado c) sino el apartado d) del citado artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Pues bien, el apartado d) en contraposición con el apartado c) del artículo 3.1 contiene un requisito del mayor interés, en cuanto que admite los convenios de colaboración excluidos de la Ley con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que – añade - "su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. La razón de esta limitación ha de situarse en la idea que venimos reseñando consistente en que el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración "huyan" de la aplicación de la Ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo."

Teniendo en cuenta los anteriores criterios en el presente supuesto resulta aplicable la letra d) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al constituir la Fundación Museo Jorge Oteiza una Entidad privada, como tal sujeta al Derecho privado, y al no estar comprendido el objeto del convenio en los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales, ya que si determinados aspectos de asesoramiento del convenio constituirían objeto de un contrato de consultoría y asistencia lo cierto es que la totalidad de ese objeto es algo más que un simple contrato de tal tipo pues, aparte de comprender actividades distintas al asesoramiento como el préstamo temporal de documentos, materiales y obras del artista, creación de una beca de investigación estética y organización de seminarios y talleres sobre la obra de Jorge Oteiza y las vanguardias representadas en el grupo GAUR, lo cierto es que el objeto del convenio, como indica su denominación y su total contenido es la definición, desarrollo y puesta en marcha del proyecto "Mugarte, Centro de Arte y Cultura" lo que excede de cualquier tipo de contrato regulado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o en normas administrativas especiales.

3.- Lo hasta aquí razonado no exime de realizar una consideración adicional sobre la primera cuestión, de interés a efectos del presente informe.

La cláusula sexta del proyecto de convenio determina que como contraprestación a la colaboración que ha de prestar la Fundación al Ayuntamiento de Irún para la definición del proyecto MUGARTE, el Ayuntamiento de Irún subvencionará a la Fundación con una cantidad por importe de xxx euros que hará efectiva previa entrega de los documentos elaborados del

anteproyecto en dos anualidades. Esta previsión implica una contradicción intrínseca entre los términos “contraprestación” y “subvención”, ya que la característica esencial de toda subvención es que se efectúe sin contraprestación directa por parte del beneficiario. Si va a existir, como parece ser a tenor del proyecto de convenio, contraprestación por parte de la Fundación, es improcedente emplear el verbo “subvencionará”, puesto que el Ayuntamiento lo que va a hacer realmente es abonar una cantidad en concepto de contraprestación, aportación o precio por la colaboración que recibe, sin que concurra el animus donandi propio de toda subvención. Por el contrario, si el Ayuntamiento no va a recibir contraprestación alguna, su aportación sería calificable como una auténtica subvención cuyo otorgamiento debe instrumentarse a través de un expediente de subvención, supuesto este en el que lo improcedente sería hablar de “contraprestación” para referirse a la causa del abono de una subvención.

4.- La segunda cuestión consultada se desdobra en dos: cuál es el parecer de esta Junta sobre si, a la vista de los antecedentes que expone el órgano consultante, está justificada en este caso concreto la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por la causa del artículo 210.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación por parte del Ayuntamiento de los servicios de un arquitecto, para el desarrollo del proyecto en el ámbito urbanístico y arquitectónico, y, en segundo lugar, si a un nivel más general, es posible con arreglo a lo dispuesto en aquel precepto justificar la negociación de un contrato para la redacción de un proyecto arquitectónico con un solo profesional en la consideración de que se está encargando un trabajo artístico y cuáles serían los criterios a tener en cuenta a estos efectos.

Sobre el primer aspecto reseñado ha de reiterarse el criterio de esta Junta de que no le corresponde informar concretos expedientes de contratación. No obstante, sí que puede en relación con lo consultado exponerse una consideración de carácter general cual es que el solo hecho de que la prestación a contratar tenga evidentes implicaciones artísticas, no autoriza sin más a considerar justificada la utilización de la causa de procedimiento negociado prevista en el artículo 210 b) de la Ley de Contratos de Las Administraciones Públicas, pues ello supondría desnaturalizar la esencia del procedimiento negociado por esta causa generalizándola a la totalidad de contratos con profesionales, sobre todo, si se tiene en cuenta que los citados artículo y letra no se refieren a la mera conveniencia u oportunidad sino que, taxativamente, señalan que procederá el procedimiento negociado cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos “tan solo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario” y que, por otra parte, la aplicación del sistema de concurso de proyectos regulado en el artículo 216 de la Ley aporta soluciones más adecuadas, permitiendo la libre concurrencia de cuantos arquitectos estén facultados para el fin que se desea conseguir, concurrencia que también puede obtenerse mediante la aplicación del procedimiento abierto o del procedimiento restringido.

El segundo aspecto reseñado se identifica en esencia con el anterior, si bien se formula a “un nivel más general”, y consiste en determinar si el artículo 210 b) de la Ley de Contratos de Las Administraciones Públicas permite justificar la negociación de un contrato para la redacción de un proyecto arquitectónico con un solo profesional en la consideración de que se está encargando un trabajo artístico.

La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse “debidamente” en el expediente. La causa justificadora del procedimiento negociado del artículo 210 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es que solamente exista un único empresario o profesional al que pueda encargarse el objeto del contrato y que ello sea debido a causas técnicas, artísticas y de protección de derechos exclusivos. Resulta evidente, por tanto, que esta causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario o profesional al que pueda encargarse el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos.

En consecuencia, procede responder a esta cuestión que la causa de utilización del procedimiento negociado del artículo 210 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas no concurre por el solo hecho de las implicaciones artísticas o naturaleza de este tipo de trabajo a encargar, sino porque dicho trabajo solo pueda ser encargado a un único profesional o empresario por las razones del tipo que señala el precepto, que, en todo caso, han de justificarse debidamente en el expediente.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la definición, desarrollo y puesta en marcha del proyecto “Mugarte, Centro de Arte y Cultura” puede ser objeto de un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Irún y la Fundación Museo Jorge Oteiza al amparo del artículo 3.1 d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y como tal excluido de su aplicación.

2. Que el nombramiento de un arquitecto por el Ayuntamiento supone la celebración de un contrato de consultoría y asistencia que no puede eludirse por la vía de convenio, sin que, por otra parte proceda la utilización del procedimiento negociado por la causa prevista en la letra b) del artículo 210 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a menos que se justifique que un solo arquitecto es el que puede llevar a cabo el objeto del contrato y esto sea debido a causas técnicas, artísticas o de protección de derechos exclusivos, y que el mismo no puede ser seleccionado mediante un concurso de proyectos, un procedimiento abierto o un procedimiento restringido.