

Informe 51/99, de 21 de diciembre de 1999. "Procedencia o improcedencia de que los honorarios de un contrato de dirección de obras se retengan por el órgano de contratación para su abono al adjudicatario del contrato de obras".

5.1. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

1. Por el Presidente de la Diputación de Burgos se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Comisión de Gobierno de esta Corporación, en sesión celebrada el día 15 de julio de 1999, quedó enterada del informe de fecha 30 de junio de 1999 remitido por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, relativo a la legalidad de las retenciones practicadas al contratista de las obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento Clunia, 1ª fase.

Por ello desea testimoniar a es Junta Consultiva su más atento reconocimiento, a la vez que lamenta las deficiencias observadas por la misma en la documentación enviada, motivo por el cual le presenta sus obligadas disculpas.

Consecuentemente con lo cual y como quiera que la omisión de datos y la falta de claridad apreciada en la consulta, pudiera suscitar reticencias por parte de esta Intervención contando una vez más con su reconocida amabilidad y comprensión, la Comisión de Gobierno de esta Diputación acordó entre otros extremos lo que sigue:

** Que se complete el expediente aludido mediante la remisión de los documentos a que se hace referencia en el informe.*

** Y por mediar identidad de sujeto y objeto y cuestionarse igual cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en relación con la retención de honorarios de dirección de obras correspondientes a la 2ª fase del mismo edificio, ampliar la consulta al expediente a que se contrae igual reclamación por parte de la misma Empresa, ya que una resolución contraria a la correspondiente a la 1ª fase vendría a conculcar los principios de buena fe y de la confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de la Administración Pública.*

A tal fin, tengo a bien emitir a V.I. la documentación reseñada en dicho informe, haciendo constar que, a diferencia de lo acontecido en la 1ª fase, en el expediente de contratación de la 2ª fase no hubo necesidad de adoptar ningún acuerdo de convalidación mediante suplemento de crédito, dado que no medió error aritmético alguno en la adjudicación de las obras, ciñéndose la consulta, por tanto a la legalidad de la cláusula del pliego por la que se le retiene contratista el importe de los honorarios correspondientes a la dirección de obra."

2. Conforme se indica en el anterior escrito, se acompañan al mismo fotocopias compulsadas de diversa documentación relativa a la adjudicación y ejecución del contrato de obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento de Clunia, primera fase y respecto de la cual, que en el anterior informe de esta Junta Consultiva de 30 de junio de 1999, se ponía de relieve la falta de remisión a la misma, como antecedentes de la cuestión entonces suscitada.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Nuevamente vuelve a plantearse ante esta Junta Consultiva la misma cuestión que trató de resolver el informe de esta Junta de 30 de junio de 1999, (expediente 28/99) y, aunque tampoco resultan claros los términos en que se concreta la consulta en el último párrafo del escrito en que se formula, parece ser la de concretar la legalidad de la cláusula 12 c) del

pliego para la contratación de las obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos del Yacimiento de Clunia, segunda fase.

El carácter dubitativo en que se indica la cuestión suscitada responde a la circunstancia verdaderamente insólita de que la Diputación de Burgos, si bien remite la documentación relativa a la primera fase de la obra, cuyas cuestiones fueron abordadas y resueltas en nuestro anterior informe de 30 de junio de 1999 no remite, respecto a la segunda fase, ni el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni documentación alguna de la que pueda desprenderse si para la segunda fase rige el mismo pliego que para la primera y, caso contrario si el nuevo pliego contiene cláusula idéntica a la número 12 c) del pliego que rigió para la adjudicación y ejecución de la primera fase.

2. En cualquier caso, los planteamientos y consideraciones de esta Junta han de ser reiteración de los ya expuestos en nuestro anterior informe de 30 de junio de 1999, suficientemente claros y expresivos para que resulte necesario su nueva reiteración.

La cláusula 12 c) del pliego que rigió la primera fase de la obra establecía lo siguiente:

"En el supuesto de que la dirección técnica de las obras sea desarrollada por técnicos externos a esta Diputación de las certificaciones presentadas se retendrá el importe de los honorarios (IVA incluido), que deberán reflejar la bonificación del 20 por 100 por trabajos realizados a favor de la Administración, según normativa específica de aplicación en materia de tarifas de honorarios profesionales".

Respecto a tal cláusula, esta Junta realizaba las siguientes consideraciones:

"Tal cláusula, al suponer que la financiación del contrato de dirección de obras la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, mediante las retenciones que se le practican y no la Diputación, debe considerarse nula por contradecir el requisito del artículo 11.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto la celebración de los contratos por las Administraciones Públicas requiere la existencia de crédito adecuado y suficiente si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.

Sin entrar en los posibles efectos de nulidad teniendo en cuenta el principio favorable a la producción de efectos de los contratos nulos que se plasma en el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y teniendo en cuenta, también, que los defectos del pliego han sido subsanados por la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998 dictando acuerdo de convalidación mediante suplemento de crédito por importe de 687.030 (precio al parecer del contrato de consultoría y asistencia para la dirección de obras) y disponiendo la improcedencia al contratista de las obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección facultativa, lo cierto es que la anteriormente transcrita cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares no puede servir de base, por su irregularidad, a la tesis de la Intervención acerca de la procedencia de retención al adjudicatario de las cantidades correspondientes al importe de los honorarios de dirección de obras, lo que, además, supondría dejar sin efecto, como se pone de relieve por el Oficial Mayor Letrado, el citado acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998, sobre convalidación e improcedencia de la retención, sin seguir ningún procedimiento al efecto".

Sin ninguna dificultad la consideración anterior puede ser trasladada a las obras de la segunda fase, tanto si para las mismas rige el mismo pliego, como si en el nuevo pliego se incluye cláusula idéntica a la examinada.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que, reiterando lo informado en 30 de junio de 1999, respecto a la segunda fase la cláusula 12 c) del pliego para la ejecución de obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos del Yacimiento de Clunia, debe considerarse nula por contradecir el requisito del artículo 11.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto la celebración de los contratos por las mismas requiere la existencia de crédito adecuado y suficiente, sin que pueda imponerse al adjudicatario de otro contrato la financiación.
2. Que dicha conclusión debe ser mantenida, tanto si para la segunda fase rige el mismo pliego que para la primera, como si en la segunda fase se incorpora al nuevo pliego idéntica cláusula.