

**Informe 26/99, de 30 de junio de 1999. "Imprudencia de retener en los abonos al contratista adjudicatario de un contrato de obras de importes destinados al pago de un contrato consultoría y asistencia concertado para la dirección de las obras".**

## **8.1. Conceptos generales.**

### **ANTECEDENTES.**

Por el Presidente de la Diputación de Burgos se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

*«Con fecha de 9 de marzo de 1999, esta Presidencia suscribe Providencia instando la solicitud a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de informe jurídico a deducir de los siguientes, antecedentes:*

*Primero.- Mediante acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno de 10.04.97, es aprobado el pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a las obras de ejecución de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento de Clunia, 1ª fase, con un presupuesto total de 37.024.576.- ptas.*

*Este presupuesto es coincidente con el presupuesto de ejecución por contrata del proyecto técnico, en el que se incluye un capítulo en concepto de honorarios de dirección facultativa de las obras, por importe de 1.711.606.- ptas.*

*Segundo.- La cláusula 12, aptdo. c) del pliego, señala: "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 (I.V.A. 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."*

*Tercero.- Sometidos dichos pliegos a informe de fiscalización, se recomienda la apertura de un expediente para la contratación de dichos honorarios, suscribiéndose, en consecuencia, el correspondiente contrato de consultoría y asistencia por el importe anteriormente mencionado, previo acuerdo de adjudicación adoptado por la Comisión de Gobierno de 8 de mayo de 1997.*

*Cuarto.- Al convocar la licitación para la ejecución de las obras propiamente dichas, no se reparó en el hecho de que del presupuesto inicial -37.024.576,-ptas.- había que deducir el importe de los honorarios (1.711.606,-ptas.), dado que éstos habían sido retenidos de la misma partida. Correlativamente hubiera sido preciso suprimir el apartado c) de la cláusula 12ª mencionada, dado que los honorarios habían sido ya objeto de adjudicación en otro expediente incoado al efecto.*

*La adjudicación de las obras se llevó a cabo mediante acuerdo de la Comisión de Gobierno de 28.07.97, por un importe de 36.000.000 ptas.*

*Quinto.- Advertido el error, la Comisión de Gobierno, en aras de la facultad interpretativa que le asiste, adopta acuerdo de convalidación, de fecha 25.09.97, mediante el suplemento de crédito de la partida 16/453/622 por importe de 687.030,-ptas, y posterior acuerdo de 29.10.98 disponiendo sobre la imprudencia de retener al contratista de las obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección facultativa.*

*Sexto.- El documento contable procediendo al pago de las cantidades retenidas al contratista es reparado de legalidad por el Sr. Interventor, en base a que la empresa ha percibido las cantidades que le han sido certificadas de conformidad con la adjudicación de la obra y en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 12?, c) del pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*Séptimo.- El Sr. Oficial Mayor Letrado emite informe, aduciendo la improcedencia de entrar en juicios jurídicos sobre el fondo del asunto a que se refiere el acuerdo interpretativo adoptado por la Comisión de Gobierno, dado que se trata de un acuerdo declarativo de derechos que no puede dejarse sin efecto sin cumplir previamente los trámites establecidos en el art. 102 o, en su caso, 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*A la vista de los antecedentes descritos, esta Presidencia, mediante Providencia del día 9 del mes en curso, resuelve suspender cautelarmente la eficacia del documento contable, en tanto se emita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la procedencia o improcedencia del abono al contratista en las retenciones practicadas».*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada hay que destacar que no se han remitido a esta Junta los documentos cuyo conocimiento sería necesario para formarse un juicio completo de los hechos producidos y que son los siguientes:

a) pliego de cláusulas administrativas particulares para la ejecución de las obras de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento de Clunia 1ª fase, aprobado por acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de fecha 10 de abril de 1997.

b) informe de fiscalización de los pliegos en el que se recomienda la apertura de un expediente para la contratación de honorarios, (debe quererse decir para la dirección de obras).

c) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 8 de mayo de 1997 de adjudicación del contrato de consultoría y asistencia para la dirección técnica de las obras.

d) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 28 de julio de 1997 de adjudicación del contrato de obras.

e) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 25 de septiembre de 1997 de convalidación, mediante el suplemento de crédito, de la partida 16/453/622 por importe de 687.030 pesetas.

f) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998 sobre la improcedencia de retener al contratista de las obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección facultativa.

g) reparo del Interventor al documento contable procediendo al pago de las cantidades retenidas al contratista.

h) informe del Oficial Mayor Letrado aduciendo la improcedencia de entrar en juicios jurídicos sobre el fondo del asunto a que se refiere el acuerdo interpretativo de la Comisión de Gobierno de la Diputación, dado que se trata de un acuerdo declarativo de derechos.

Si a la omisión de los documentos reseñados se añade la falta de datos sobre la ejecución de los respectivos contratos y la falta de claridad con que aparece redactado el escrito de consulta, fácilmente se puede concluir con la dificultad de concretar la cuestión planteada. No obstante parece deducirse del escrito de consulta que se centra en resolver una discrepancia surgida entre el Interventor y el Oficial Mayor Letrado consistente en determinar si al adjudicatario del contrato de obras ha de retenérsele o devolver el importe del contrato de consultoría y asistencia para la dirección facultativa de las obras -tesis de la Intervención- o resulta improcedente tal retención o devolución de conformidad con el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de fecha 29 de octubre de 1998 y del criterio del Oficial Mayor Letrado.

2. Para resolver la cuestión planteada hay que partir de lo anómalo de la situación prevista en la cláusula 12 c) del pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a las obras de ejecución de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos por cuanto establece que "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?". 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 de retener 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.

## **CONCLUSIÓN.**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que del escrito de consulta, único documento remitido, se desprende que no debe retenerse al adjudicatario del contrato de obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección de las obras, por basarse en la irregular cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de obras y que el acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de Burgos de 29 de octubre de 1998, en que así se establece, debe ser mantenido por su ajuste a la legalidad vigente.