

Nº de Expte.
Procedimiento. INFORME
Interesado:
Ref.:

INFORME. Informe sobre gastos dirección obra – Clausulado pliegos condiciones administrativas particulares

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de Marzo de 2019 se solicita, por el Alcalde de a la Diputación Provincial de Burgos, la emisión de un informe jurídico relativo a la validez jurídica y posible condición de abusiva de la clausula 19 del pliego de condiciones administrativas relativas a la obra de pavimentación en Por otra parte, también se solicita los posibles trámites a realizar para que sus intereses se vieran menos perjudicados.

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española de 1978.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de Febrero de 2014.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- 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 (BOE del 26 de Octubre de 2001)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL)
- Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero-El artículo 34.1 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del

Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de Febrero de 2014, establece que « *En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento Jurídico y a los principios de buena administración.*», y que al amparo de lo determinado en dicho precepto podría considerarse que es legalmente posible incluir entre los gastos del contrato los relativos a la redacción del proyecto de obra y dirección facultativa de la obra; gastos que serían asumidos por el licitador que resultara adjudicatario del mismo, por cuanto el artículo 139.1.1 la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, determina que «*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rige la licitación, y **su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.***»

Sin embargo, en diversos *Informes*, entre ellos los de 30 de junio y 23 de diciembre de 1999, el de 28 de febrero de 2003 y de 7 de junio de 2004, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado **se ha venido manifestando contraria a la asunción por el adjudicatario de un contrato de obras de los gastos de dirección facultativa de dicha obra.**

En el último de los mencionados informes se dice textualmente:

«Los gastos de dirección del técnico de director de la obra, tiene que asumirlos la Administración, bien a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, sin que dichos gastos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra, ni pretender sean satisfechos por el adjudicatario del contrato de obras mediante incremento del precio del contrato.

El artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001) al establecer los conceptos que se incorporan al presupuesto de ejecución material para fijar el presupuesto base de licitación, que dará lugar al importe del contrato, no contempla los gastos de dirección de obra, por cuanto detalla con precisión en la letra a) del concepto 1. Gastos generales de estructura que incidan sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato, entre los que no se encuentran los de dirección de obra que no son gastos propios del contrato...

Adviértase en tal sentido que toda la actuación que desarrolla el Director de obra regulada en la Ley y en el Reglamento está dirigida a cumplir su función como representante de la Administración, no como empleado del contratista»

Por tanto, y como conclusión, los gastos de dirección facultativa de la obra, al no formar parte del precio del contrato de obra, conforme a las determinaciones del artículo 131 del **Real Decreto 1098/2001**, por el que se aprobó Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y vigente en aquello que no se oponga a la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, en consecuencia, no pueden ser asumidos por el contratista adjudicatario de la obra, tanto si tal dirección facultativa es asumida por técnicos de la propia Administración como si se realiza mediante la contratación a través de un contrato de servicios.

El mismo argumento emplea la Junta Consultiva en su Informe 56/2004, de 12 de noviembre de 2004, sobre «Inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cláusulas que establecen la obligación del contratista de abonar a su cargo los importes del visado del proyecto por los colegios profesionales, los honorarios de dirección de obras y de coordinación de seguridad y salud». En igual sentido, aun con las diferencias en cuanto a su fundamentación que se señalan en el precitado informe, no es posible la imputación al contratista de los honorarios de dirección de la obra (cuestión distinta es el régimen de tasas que por este concepto puedan tener establecidos las distintas Administraciones Públicas).

Segundo. - Por otro lado, debemos hacer referencia a la verdadera naturaleza de la dirección de obra dentro de los contratos de ejecución de obra celebrados por las Administraciones Públicas. En este sentido debemos tomar en consideración que la dirección de obra es el representante de la Administración durante su ejecución, debiendo por ello ser designada por la Administración.

La LCSP 9/2017 señala en sus artículos 62.1 y 62.2 que "Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él. "y que "En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246. "

Las funciones de la dirección facultativa se encuentran detalladas en los artículos 12 y 13 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), que diferencian entre el director de la obra y el director de la ejecución de la obra, si bien ambos cometidos pueden ser desempeñados por el mismo profesional.

El director de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (artículo 12 de la LOE).

Sus funciones son las siguientes:

- a. Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectada a las características geotécnicas del terreno.
- b. Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto.
- c. Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto.
- d. Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.
- e. Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

La regulación de esta figura se puede completar, supletoriamente para la Administración local, con las disposiciones contenidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.

Consecuencia de lo anterior, la obligación del abono de los gastos de los honorarios derivados de la dirección de obra corresponde a las Administraciones Públicas, criterio éste no "seguido" por el pliego de condiciones.

Tercero. Respecto de la segunda cuestión que plantea el Ayuntamiento en su solicitud: "Jurisprudencia que respalde si fuera abusiva."

Son numerosas las sentencias que anulan los pliegos de cláusulas que imponen la obligación de pago de la dirección de obra a los adjudicatarios, si bien estos **pronunciamientos se circunscriben a las reclamaciones formuladas frente a los pliegos en fase de licitación.**

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, se pronuncia en su Sentencia núm. 967/2012 de 25 de mayo en relación a las actuaciones preparatorias relativas a los pliegos de cláusulas administrativas particulares en un contrato de obras y respecto a la cláusula que impone al contratista la obligación del abono por dirección de obra y por asistencia técnica en materia de seguridad y salud en las obras , **la declara contraria al ordenamiento jurídico.**

De la misma forma se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia núm. 1210/2013 de 28 junio.

Por tanto, estamos ante Servicios Propios y de cargo de la obra que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos.

Cuarta.--La última cuestión que debemos valorar es si es posible que, sin haber impugnado el pliego de cláusulas en su día, ahora, tras la ejecución del contrato, el Ayuntamiento pretende exigir al contratista los gastos de los honorarios de Dirección de obra, así como la Coordinación de Seguridad y Salud.

La naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso en este caso habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido.

Las decisiones judiciales, sin embargo, varían los efectos de la imposibilidad de obligar al contratista a pagar los gastos de dirección de obra en el caso en que el contrato haya sido ya adjudicado, y se interpreta que el contratista aceptó y consintió esta obligación al formular su oferta con sujeción estricta a los pliegos de condiciones, de modo que el deber de pagar los gastos de dirección de obra tiene que ser asumidos por el mismo.

Por todas, transcribimos sentencia núm. 75 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca, de 17 de marzo de 2008, recaída en procedimiento ordinario 307/2007.

"En todo caso, importa señalar que la Jurisprudencia es reiterada, al subrayar la imposibilidad de cuestionar el pliego de condiciones, una vez que se ha aceptado tomando parte en el referido proceso de selección Sin cuestionarlo. Así, por ejemplo, cumple citar, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2001, RJ 2001/5096, al especificar que "el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso,

debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieren impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus 'propios actos' cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que obviamente pretendía". Tal doctrina puede ser también aplicada, no sólo al proceso inicial de la selección, sino también, como aquí sucede, a las vicisitudes ulteriores de la relación contractual.

*Por lo demás, este Juzgado es conocedor de que ha sido el mismo **Tribunal Superior de Justicia de Aragón** el que, en su Sentencia de 18 de octubre de 2002, EDJ 79533, ha convalidado la imputación del gasto correspondiente a la dirección facultativa de obras, cuando tal gasto correspondía al adjudicatario correspondiente pliego".*

(...)

"Por lo demás, declaraciones similares se encuentran en otros pronunciamientos jurisprudenciales, entre los cuales, se encuentra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de junio de 2005, EDJ 102092 (...)"

En consecuencia, con lo anterior, no podrá oponerse al pago de honorarios la UTE al haber aceptado y consentido el pliego de condiciones.

Sexto. Concretada, por tanto, que la obligación de pago de los gastos de honorarios por dirección de obra y coordinación de seguridad y salud corresponde a la empresa contratista, derivada de la obligación impuesta al mismo por la cláusula decimonovena del pliego de condiciones, es fácil extraer la consecuencia que se deriva de su falta de pago.

La falta de pago del contratista de los citados gastos de honorarios es un incumplimiento de las obligaciones contractuales y, por tanto, una infracción del principio de vinculación al contenido contractual

El incumplimiento de un contrato administrativo de obras posibilita a la Administración contratante a llevar a cabo, en términos generales, dos actuaciones distintas: o bien a exigir el cumplimiento del contrato o bien proceder a la resolución del mismo por incumplimiento, posibilidades que igualmente se reconocen en el Código Civil en el artículo 1124 para las obligaciones sinalagmáticas o recíprocas.

No obstante, si la obra estuviera terminada y recibida sin que se hayan manifestado deficiencias en la ejecución, obviamente no procede resolver el contrato.

Queda, por tanto, al Ayuntamiento la necesidad de exigir el estricto cumplimiento de todas las obligaciones al contratista, y entre ellas, el pago de los honorarios de dirección de obra y coordinación de la seguridad y salud de los facultativos.

Para ello debe el Ayuntamiento requerir formalmente a la empresa contratista, al efecto de que cumplan la condición derivada de la cláusula decimonovena del pliego de condiciones, advirtiéndole de que en caso contrario se procederá a la ejecución del aval. El Ayuntamiento, en caso de que el impago persista podrá proceder a la ejecución de la garantía ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 110.C LCSP, - responderá de los siguientes conceptos:

"Artículo 110. Responsabilidades a que están afectas las garantías.

*La garantía definitiva únicamente responderá de los siguientes conceptos:
(...)*

b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato....., de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución."

CONCLUSIONES

En opinión de este Funcionario es obligación del contratista en cumplimiento de la cláusula decimoctava del pliego de condiciones administrativas el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha cláusula y procede requerir el cumplimiento de esta obligación a la empresa adjudicataria, apercibiéndole de la posible incautación de la fianza, conforme a lo señalado en el artículo 88.b) de la Ley de Contratos del Sector Público. Para ello deberá tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo.

La emisión del presente informe no sustituirá el informe del Secretario-Interventor titular del Ayuntamiento, que deberá emitir en los supuestos previstos en los artículos 54.1 a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRLR), art. 173 del ROF y art. 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional.

Es cuanto se asesora, haciendo constar que lo expresado en este Informe no posee carácter vinculante, no es preceptivo y está sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

LA SECRETARIA-INTERVENTORA DEL SAT

Fdo.