

**Nº de Expte.:** 35915 /19

**Procedimiento:** INFORME

**Interesado:**

**Ref.:**

### **ANTECEDENTES:**

**Primero.-** El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de ....., solicita informe jurídico en relación a los problemas surgidos en la ejecución de un contrato de obras de saneamiento.

Se acompaña a la solicitud la siguiente documentación:

- Copia del resumen del presupuesto de la obra.
- Copia del Pliego de cláusulas administrativas particulares
- Copia del Acta de la Mesa de contratación, de 1 de agosto de 2018.
- Copia del contrato.
- Solicitud del contratista, de ampliación del plazo de ejecución.
- Decreto de Alcaldía ampliando el plazo de ejecución.
- Escrito del Alcalde otorgando audiencia al contratista en relación al pago de los honorarios de dirección de obra.

**Segundo.-** Se extrae del último de los documentos citados, que existe disconformidad entre el Ayuntamiento y el contratista, respecto al abono de los gastos de dirección de obra.

A este respecto se comprueba que en el presupuesto que sirvió de base a la licitación, consta expresamente que se encuentran incluidos en el mismo los honorarios de Dirección de Obra.

Se comprueba igualmente que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), cláusula vigésimo primera, apartado 21.7, relativa a los gastos exigibles al contratista, se hace constar en el tercer párrafo que, "serán por cuenta del contratista las tasas por la prestación de los trabajos facultativos de comprobación del replanteo, dirección de obra, inspección y liquidación y cualesquiera otras que resulte de aplicación y en particular con todas las obligaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares".

Asimismo, la cláusula cuarta PCAP, desglosa el Presupuesto Base de Licitación en Presupuesto de Ejecución Material (259.836,23 €), Gastos generales de la empresa, gastos financieros, etc.... 13% (33.778,71€), Beneficio industrial de la empresa 6%

(15.590,17 €), e Impuesto sobre el Valor Añadido 21% (64.933,07 €), aplicándose este impuesto sobre la totalidad de los gastos anteriormente citados.

Se especifica en esta misma cláusula del PCAP que "Tal y como figura en el proyecto de obras aprobado, en el Presupuesto Base de Licitación de las Obras se encuentran incluidos los honorarios de Dirección de Obra de Ingeniero de Caminos y de Ingeniero Civil, fijados en el 7% del Presupuesto de Ejecución Material de licitación, así como el control de calidad, fijado en el 1% del citado presupuesto".

Es posible por tanto, con los datos incluidos en el PCAP, cuantificar el importe de los gastos de Dirección de Obra presupuestados, los cuales ascenderían a la cantidad de 18.188,54 €.

Teniendo en cuenta los datos facilitados por el Ayuntamiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios especialmente los de menor capacidad económica y de gestión, y el Reglamento de Asesoramiento y Asistencia a Municipios.

En base a estos antecedentes se emite el siguiente

## **INFORME:**

### **LA LEGISLACIÓN APLICABLE**

- ✓ 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 (**LCSP**).
- ✓ Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCLCAP).
- ✓ Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo del periodo medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **Primera.- Honorarios de dirección de obra.**

Se indica por el Ayuntamiento que, tal y como figura en los pliegos (que no han sido impugnados), los honorarios de dirección de obra se deben abonar por el adjudicatario de las mismas, sin embargo el adjudicatario se niega al pago de los mismos por considerarlo ilegal, a pesar de haber firmado el contrato y no haber aludido en ningún momento a la ilegalidad de la cláusula.

Se trata por tanto de analizar en este apartado quién debe asumir el pago de los honorarios de la dirección facultativa de la obra.

A tal efecto, hemos de partir de que, como ya hemos señalado, esta obligación aparece en los pliegos atribuida al contratista de forma específica, señalando, la cláusula vigésimo primera, apartado 21.7 PCAP, relativa a los gastos exigibles al contratista, que serán por cuenta del contratista "las tasas por la prestación de los trabajos facultativos de comprobación del replanteo, dirección de obra, inspección y liquidación y cualesquiera otras que resulte de aplicación y en particular con todas las obligaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares", además del resto de menciones a las que ya se ha hecho referencia en los antecedentes.

De conformidad con el artículo 94 RGLCAP, la ejecución de los contratos se desarrolla bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, siendo por tanto la dirección técnica de la obra un servicio a cargo del órgano de contratación. Incluso, cabe señalar, que dicho gasto no debe ser trasladado al contratista, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos, al no incluirse entre los relacionados en el artículo 131 RGLCAP. En tal sentido se pronuncia el TSJ de Castilla y León, entre otras en su sentencia de 11 de septiembre de 2013, recurso 132/2012.

No obstante, hemos de tomar en consideración que este pronunciamiento se realiza por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León en un procedimiento en el que se impugnaban los pliegos. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa los pliegos no fueron impugnados y el contrato se ha venido ejecutando desde su inicio, sin que el contratista haya atacado las cláusulas en las que se le atribuye la obligación que nos ocupa.

Debemos recordar en tal sentido la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo relativa a que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes han concurrido a la correspondiente licitación (STS de 28 de junio de 2004, entre otras).

En este caso además, el contratista se ampararía en la ilegalidad de una cláusula del pliego para no asumir una obligación que le atribuyen los pliegos, algo que afectaría tanto al principio de seguridad jurídica, como al de buena fe, que debe presidir la vida del contrato, y en general a los principios que rigen la contratación pública, dando lugar a que el contratista se viera favorecido frente al resto de licitadores al verse alterado, en su beneficio, el contenido de lo licitado.

Es preciso traer a colación por ello la jurisprudencia conforme a la cual, **al no impugnarse los pliegos, éstos se convierten en Ley del contrato** (Sentencias de 4 de abril de 1961, 31 de marzo de 1975, 20 de enero de 1977, 23 de junio de 2003, 16 de enero, 18 de mayo de 2004, 28 de noviembre de 2008, entre otras) y que **la presentación de la oferta por parte del licitador, supone su aceptación incondicionada**, sin posibilidad de que sean discutidos a futuro (salvo que dichos pliegos contuvieran vicios de nulidad de pleno derecho, que no es el caso), lo que hace inviable la posibilidad de que se invoque, en fase de ejecución, la supuesta improcedencia o ilegalidad de alguna de sus cláusulas, para evitar su aplicación.

#### **Segunda.- Pago de certificación sin factura.**

Se indica por el Ayuntamiento en relación al pago de una certificación sin la correspondiente factura y reclamación de intereses, que la empresa no presenta factura por no estar conforme con la certificación.

En relación a esta cuestión es preciso recordar que desde el año 2013, en que se modificó el artículo 216.4 TRLCSP, la exigibilidad del pago a la Administración ya no se produce desde la expedición de las certificaciones de obra, sino a partir de su aprobación. En tal sentido el artículo 198.4 de la vigente LCSP, prevé que la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con los dispuestos en el contrato de los bienes

entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 (243 en el caso de contratos de obras). Y continúa el artículo 198.4 LCSP señalando que *"Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio"*.

Por tanto, a partir de la aprobación de la certificación comenzará el cómputo del plazo de pago, si bien, es obligación del contratista presentar la correspondiente factura y no comenzará el cómputo para el plazo del devengo de intereses, en tanto el contratista no haya cumplido la obligación de presentar la factura en el registro administrativo correspondiente.

Hemos de deducir por ello que sí es posible el abono de la cantidad adeudada al contratista y reflejada en la certificación de obra aprobada, sin que se haya emitido la correspondiente factura.

De hecho, el Real Decreto 1040/2017, de 22 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo de calculo del periodo medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas, modifica esta metodología y toma como referencia para el cómputo de dicho periodo medio de pago, los días transcurridos desde la fecha de aprobación de las certificaciones de obra, hasta la fecha de pago material por parte de la Administración.

Por otra parte, el artículo 75, 2ª bis de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor añadido, establece en relación al devengo del impuesto, que cuando se trate de ejecuciones de obra, cuyos destinatarios sean las Administraciones Públicas, se devengará el impuesto en el momento de su recepción conforme a la Ley de Contratos del Sector Público, lo que nos lleva igualmente a la aprobación de la certificación correspondiente.

### **Tercera.- Solicitud de modificación de la obra.**

Se indica por el Ayuntamiento que el contratista habría pedido reiteradamente que se modifique la obra. Entendemos por tanto que se estaría solicitando una modificación del contrato, si bien, el Director de la obra lo considera improcedente.

Desde el punto de vista formal, la modificación del contrato parte del impulso del Director facultativo de la obra, que puede plantearlo al órgano de contratación. En este sentido, el artículo 242 LCSP establece que *"Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:*

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.*
- b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.*
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos."*

Por tanto, procedería plantearse la modificación del contrato únicamente si el Director facultativo de la obra lo considerase necesario.

### **Cuarta.- Recepción parcial de los trabajos.**

Pregunta el Ayuntamiento si es posible llevar a cabo una recepción parcial de las obra ya que la empresa pretende dejar la obra a falta de ejecutar las depuradoras.

Conviene recordar que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación, tal como señala el artículo 210 LCSP.

Nos encontraríamos por tanto en un supuesto de incumplimiento parcial de la ejecución del contrato y en tal sentido, resulta aplicable el artículo 192.2 LCSP, el cual prevé que *"Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, **la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de penalidades** que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documentos descriptivo"*.

Respecto al incumplimiento como causa de resolución, cabe señalar que es reiterada la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos, que señala que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo, sino que necesario que se trate de un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista" (en este sentido *Dictámenes del Consejo Consultivo de Catilla y León 90/2004, de 10 de marzo, 666/2004, de 16 de diciembre, 440/2009, de 4 de junio, 563/2010, de 17 de junio, 727/2013, de 21 de noviembre, 115/2014, de 11 de abril, 607/2014, de 21 de enero de 2015, y 21/2015, de 5 de febrero*).

El contrato de obra es típicamente un contrato de resultado, de ahí que el Tribunal Supremo también se haya pronunciado en el sentido de que, una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra, permite a la Administración optar por la resolución del contrato (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986, 20 de marzo de 1989 y 12 de marzo de 1992).

Deberá por tanto el Ayuntamiento verificar si procede la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, con los efectos a que, en su caso, haya lugar, recordando en este sentido que el artículo 213 LCSP, regula los efectos de la resolución, estableciendo el apartado tercero los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista.

De conformidad con el artículo 212 LCSP, la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 109 RGLCAP.

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** En cuanto al pago de los honorarios de dirección de obra, debemos entender que forman parte de las obligaciones del contratista, al recogerlo así los

pliegos, los cuales han devenido inatacables por no haber sido impugnados en su debido momento.

**SEGUNDA.-** Respecto a la posibilidad de abonar al contratista el importe de una certificación sin que se emita por este la correspondiente factura, hemos de concluir que esto es posible, sin perjuicio de la obligación del contratista de presentar la factura, en tiempo y forma, ante el registro administrativo correspondiente, tal como se recoge en el artículo 198 LCSP. La presentación de la factura en el registro correspondiente determinará el inicio del cómputo del plazo de devengo de intereses.

**TERCERA.-** En cuanto a la modificación de la obra, entendemos que el Ayuntamiento debe estar a lo que determine el Director facultativo de la misma.

**CUARTA.-** Finalmente, en cuanto a la recepción parcial de las obras, con conocimiento de que el contratista no quiere continuar con las mismas, entendemos que estaríamos ante un supuesto de resolución del contrato por incumplimiento parcial de la ejecución de las prestaciones del mismo, debiendo el Ayuntamiento adoptar resolución al respecto siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 109 RLCAP.

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. 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, 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 TÉCNICO DE ADMINISTRACIÓN GENERAL,  
SECCION DE ASESORAMIENTO A MUNICIPIOS