



Dictamen 286/2013

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 21 de octubre de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 3 de abril de 2013, sobre consulta facultativa para la determinación de la cuantía económica que como consecuencia de la resolución del contrato de concesión para la redacción del proyecto de obras y construcción de complejo deportivo y posterior gestión del servicio, le pueda corresponder a la mercantil -- (expte. 116/13), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia, en su sesión celebrada el 10 de junio de 2009, acordó adjudicar a la empresa -- (en lo sucesivo) la contratación, en régimen de concesión de obra pública, de "la redacción del proyecto de obras y construcción del complejo deportivo (piscina cubierta de Beniaján) y posterior gestión del servicio", con arreglo a las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas (PCAP), las actuaciones complementarias seguidas en el expediente y la normativa de aplicación. Se establecía que la citada mercantil debería aportar ante el Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial tres ejemplares del proyecto de ejecución debidamente visados en el plazo de dos meses a partir de la recepción del presente acuerdo, conforme al anteproyecto aprobado. Dicho proyecto a presentar por la empresa, de conformidad con el informe emitido por la Oficina Técnica de Proyectos el 6 de mayo de 2009, debía contemplar los siguientes aspectos: soterramiento de las líneas de alta tensión que subrevuelan la parcela municipal y el cumplimiento del código técnico de edificación. En relación con la adecuación de la parcela, se estipula que el concesionario correrá con todos los gastos de preparación de la parcela, resolviendo de manera favorable todos los condicionantes de todo tipo que existen en el terreno a edificar y pueden impedir o dificultar la construcción del edificio (desvío de redes, etc.).

SEGUNDO.- En fecha 25 de julio de 2012, el órgano de contratación acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual por la causa prevista en el artículo 264.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en lo sucesivo TRLCAP), al haber sido declarada en concurso la adjudicataria (Auto núm. 447/2011, de 7 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil 1 de Murcia), a la vista de que la intención de la empresa era la de no continuar con la ejecución del contrato.

En el citado Acuerdo también se adopta la iniciación de una pieza separada para la determinación de la cuantía económica que, como consecuencia de la resolución, corresponda a la mercantil --, motivada por los gastos en los que efectivamente haya incurrido, previa acreditación documental y fehaciente de los mismos. Para determinar la misma, se nombra una comisión integrada por representantes de diversos servicios del Ayuntamiento de Murcia.

TERCERO.- Tras la correspondiente tramitación del procedimiento de resolución contractual y al haberse formulado oposición por la contratista, se recabó el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, que fue evacuado bajo el número 273/2012, alcanzando la conclusión de que procedía resolver el contrato de referencia por la causa propuesta (declaración de concurso de la mercantil adjudicataria), prevista en los artículos 111,b) y 264,b) TRLCAP, teniendo en cuenta, además, lo manifestado en la Consideración Cuarta sobre las cláusulas 1.6 y 22 del PCAP. En esa última Consideración el Dictamen expresaba lo siguiente:

"Por último, también se considera justificado que el acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución establezca la tramitación, mediante pieza separada, de la determinación de la indemnización que pudiera corresponder a la contratista, con el asesoramiento de una comisión creada al efecto (parece excluir que se hayan producido daños a la Administración por la resolución del presente contrato), si bien habrá de tenerse en cuenta, conforme al PCAP (cláusulas 1.6 y 22) que la concesionaria asumía la financiación de los costes derivados de la concesión, incluyendo los debidos a las obras de acometida y/o desvíos de servicios, así como los de redacción de los oportunos proyectos y direcciones técnica y el importe de los anuncios y de cuantos otros gastos se ocasionen con motivo de los actos preparatorios y de formalización del contrato, y que la causa que motiva la resolución del contrato no es imputable a la Administración, sin perjuicio todo ello de lo señalado en el artículo 266.1 TRLCAP para los supuestos de resolución del contrato de concesión de obra pública".

CUARTO.- Mediante Decreto de 22 de noviembre de 2012, ratificado por la Junta de Gobierno en su sesión de 28 siguiente, se acuerda la resolución del contrato de concesión de obra pública de la redacción de proyecto de obras y construcción del complejo deportivo, piscina cubierta, en Benijáén y posterior gestión de servicio público adjudicado a --. También se señala en relación con la devolución de la fianza, que se estará a resultas del fallo del Juzgado de lo Mercantil núm.1 sobre si el concurso se declara culpable o fraudulento, pues en tal caso conllevaría la pérdida de la garantía definitivamente prestada. Igualmente se acordó que en pieza separada se determinaría la cuantía económica que como consecuencia de la resolución pudieran corresponder a la adjudicataria, así como si existe o no un perjuicio al interés general y en su caso su cuantificación.

QUINTO.- Para la constitución de la comisión que ha de determinar los efectos económicos de la resolución del contrato, el Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio propone a la Junta de Gobierno Municipal la designación de los miembros titulares y suplentes por parte de los Servicios Municipales que la integran, siendo aprobada por aquélla en su sesión de 5 de diciembre de 2012 (folios 84 y 85). En la reunión de la comisión correspondiente al día 13 de diciembre siguiente, cuya acta consta en los folios 97 y 98, se acuerda por los asistentes que por parte de técnicos municipales se proceda al examen del Proyecto presentado por -- a fin de determinar la valoración económica de los gastos presentados en concepto de honorarios, ensayos técnicos, etc. aportados por la adjudicataria. También que en la próxima reunión de la comisión y teniendo en cuenta lo informado por los técnicos, se solicitará a la adjudicataria los documentos originales que se vayan a tomar en consideración para el pago de los gastos que procedan, así como aquellos no presentados que se estiman necesarios, tales como justificantes de pago, declaraciones a la Agencia Tributaria, y cualquier otro que se estime pertinente; en particular, se acuerda solicitar el contrato o documento en el que figure la relación contractual existente entre -- y la empresa --, ya que se aportan facturas de esta última en concepto de colaboración profesional en la redacción del proyecto.

SEXTO.- El 20 de diciembre de 2012 emite informe el arquitecto municipal x (folios 98 y 99) quien expone:

1. El proyecto cuyo coste se reclama fue redactado por el arquitecto x y visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia el 26 de febrero de 2010, según consta en las páginas y planos integrantes del proyecto.

Destaca que en la relación de gastos que se acompañan por la adjudicataria no figura minuta de honorarios profesionales emitida por el citado arquitecto, que justifique la cantidad que por este concepto se reclama. Por el contrario, sí aparecen relacionados los costos del visado colegial y de declaración de riesgo, si bien, en su opinión, son gastos que deben ser asumidos por el arquitecto con cargo a su minuta.

Cuestiona, con independencia de su valoración, si la justificación de gastos que se aporta es suficiente, ya que en lugar de las minutas profesionales se acompañan facturas de la empresa -- que en el mejor de los casos había prestado su asistencia técnica al arquitecto e ingeniero redactores, teniendo en cuenta que aquélla es una empresa de servicios que pertenece al mismo grupo que la matriz --.

Concluye que la justificación del gasto debe hacerse en base a facturas o minutas coherentes con la documentación presentada, redactada por técnico competente y justificación de su abono mediante la documentación correspondiente.

2. Valoración del proyecto. Manifiesta que, de acuerdo con el estudio de viabilidad, los honorarios previstos para la redacción y dirección de las obras ascenderían a 184.591,89 euros; partiendo de que el valor del proyecto es el 70% de esta cantidad, el coste de la parte efectuada (proyecto básico y de ejecución) sería 129.214,32 euros, incrementado en el valor del IVA a la fecha del visado (16%), que asciende a 20.674,29 euros.

SÉPTIMO.- Del citado informe tomó conocimiento la comisión en su sesión de 22 de enero de 2013, acordándose requerir a la empresa adjudicataria la siguiente documentación:

- Documentos originales de todos los justificantes de gastos presentados, o bien copias compulsadas de los mismos, conforme a la legislación vigente.
- Justificante de haber realizado los pagos en efectivo de las facturas presentadas.
- Justificación en relación con las facturas presentadas en concepto de redacción de proyecto de la empresa --, cuando según la documentación aportada consta presentado el proyecto para su correspondiente visado en el Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia a nombre del arquitecto x y visado también a su nombre.

Requerida la mercantil para que cumplimente la citada documentación, mediante oficio de 23 de enero de 2013 (registro de salida), x, en representación de adjudicataria -- según acredita con la escritura que acompaña, expone que presenta copias compulsadas de los originales de gastos (facturas) y sus respectivos justificantes compulsados del pago efectivo (folios 115 a 181). Entre las excepciones de los justificantes de pagos, cita el seguro de -- (por importe de 3.752,95 euros), que es pagado por la empresa al arquitecto en nómina x y posteriormente abonado por él a la aseguradora. Respecto a la relación de este último técnico con la empresa consultora (--), que emite las facturas en concepto de redacción de proyecto, refiere que dicho arquitecto formaba parte del personal laboral por cuenta ajena, aportando un informe de su vida laboral que lo acredita, según expone.

OCTAVO.- Consta que la comisión de valoración se reunió durante los días 21 y 26 de febrero, y 1 de marzo de

2013; en esta última reunión, tras estudiar la documentación anterior presentada por --, se acuerda lo siguiente:

- No se consideran adecuadamente justificados los gastos soportados por el concesionario, al no tratarse de honorarios de arquitecto redactor del proyecto, habiendo aportado exclusivamente facturas de una empresa filial cuyos conceptos son difícilmente verificables.
- Admitir exclusivamente el importe correspondiente a la redacción del proyecto, teniendo en cuenta que éste obra en poder del Ayuntamiento en la cuantía aceptada por ambas partes, de conformidad con el estudio de viabilidad que presentó la mercantil con su oferta económica, que fue informado por el Director Económico y Presupuestario en fecha 22 de mayo de 2009, y aceptada por la Junta de Gobierno el 10 de junio del mismo año por el que se resolvió la adjudicación de la concesión administrativa a la empresa --. El coste de la parte efectuada (proyecto básico y de ejecución), de acuerdo con el informe del arquitecto municipal, sería 129.214,32 euros (el 70% de 184.591,89 euros previstos para la redacción y dirección de las obras). En esta última cantidad se detecta un error material en el acta de 1 de marzo precitada, pues figuran 184.495,89 euros.

NOVENO.- Previa propuesta del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de 22 de marzo de 2013, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, en su sesión de 26 siguiente, acuerda que se solicite Dictamen facultativo al Consejo Jurídico sobre si procede o no satisfacer los gastos del proyecto de redacción a la concesionaria, a la vista de los antecedentes indicados y de la Consideración Cuarta del Dictamen núm. 273/2012.

DÉCIMO.- Con fecha 3 de abril de 2013 (registro de entrada), el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia formula consulta facultativa a este Órgano Consultivo en los términos expresados en el anterior Antecedente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, al amparo de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 2 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al no encontrarse su objeto entre los supuestos previstos en su artículo 12 que determinan la consulta preceptiva a este Órgano Consultivo.

SEGUNDA.- Planteamiento de la cuestión y normativa de aplicación en relación con el tipo de contrato.

El órgano consultante solicita aclaración sobre si procede o no satisfacer los gastos de redacción del proyecto entregado al Ayuntamiento por la adjudicataria, informado favorablemente por la Ponencia Técnica de Medio Ambiente en fecha 4 de octubre de 2011, una vez resuelto el contrato de concesión de obra pública por la causa señalada en los artículos 111,b) y 264,b) TRLCAP (declaración concursal de la adjudicataria), que fue objeto de

El régimen jurídico sustantivo que se aplicó a la resolución del contrato para "la redacción de proyecto de obras y de construcción de complejo deportivo (piscina cubierta) en Beniaján", como se recoge en el Dictamen precitado (Consideración Segunda, I), es el previsto en el TRLCAP para el contrato de concesión de obra pública, modificada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de la concesión de obras públicas. Según dicha normativa (artículo 220 TRLCAP), este tipo de contrato tiene por objeto la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras públicas susceptibles de explotación económica, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en el Título V del citado Texto Refundido. Otro aspecto destacado en este tipo de contrato es que la construcción y explotación de las obras públicas objeto de concesión se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, que asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y de su explotación (artículo 220.2 TRLCAP).

Pero, además de la construcción y explotación de la obra, el artículo 220.3 TRLCAP señala que la Administración concedente podrá establecer que el concesionario redacte el proyecto de construcción de las obras, conforme a las exigencias determinadas en el correspondiente estudio o anteproyecto y en este supuesto la aprobación del proyecto corresponderá a la Administración concedente y formará parte del contrato de concesión.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, habrá que estar a los artículos 113 (general sobre la extinción de los contratos) y 266 TRLCAP específico para el contrato de concesión de obra pública. La incautación de la fianza fue objeto de extensa consideración en el Dictamen anterior al que nos remitimos (núm. 273/2012), quedando por determinar otro efecto de la resolución acordada sobre el que versa la consulta.

TERCERA.- La redacción del proyecto como objeto del contrato y el pago de la prestación realizada.

Al amparo de la posibilidad legal indicada (artículo 220.3 TRLCAP), de que la Administración concedente pueda establecer que el concesionario redacte el proyecto de construcción de las obras conforme a las exigencias determinadas en el correspondiente anteproyecto, el PCAP que regía esta contratación establecía que el adjudicatario presentaría el proyecto definitivo en el plazo de dos meses a contar desde el acuerdo de adjudicación, visado por el correspondiente Colegio Oficial y de conformidad con las subsanaciones que, en su caso, se le requirieran (Cláusulas 1.3 y 5.1).

En consecuencia, si se atiende al objeto del contrato (Cláusula 1 PCAP), éste abarcaba varias prestaciones, puesto que al adjudicatario le correspondía la redacción del proyecto de obras, la construcción del complejo deportivo y la posterior gestión del servicio. Cuando el Ayuntamiento declara la resolución del contrato, motivada por la situación concursal de la contratista, sólo se había realizado y entregado a aquél el proyecto básico y de ejecución de obras, según consta en el expediente de contratación, objeto de nuestro Dictamen núm. 273/2012, del que destacamos las siguientes actuaciones:

Con fecha 30 de abril de 2010 la Unidad de Supervisión de Proyectos Municipal emite informe favorable al proyecto presentado, si bien respecto a las condiciones urbanísticas establece que se atenderá a lo que determinen los servicios municipales competentes conforme a la legislación vigente. También se evacuó finalmente el parecer favorable por la Dirección General de Salud (en relación con las condiciones higiénico-

sanitarias de las piscinas de uso público y demás requisitos sanitarios) de acuerdo con el informe de 8 de noviembre de 2010; al igual que el proyecto recibió la calificación ambiental favorable de acuerdo con la ponencia técnica de 4 de octubre de 2011.

Por lo tanto, consta entregado y recibido el proyecto y a tenor de lo señalado en los informes precisados reúne las condiciones para su ejecución por la Administración o por un tercero, lo que en modo alguno resulta cuestionado por el arquitecto municipal en su informe sobre la valoración del proyecto básico y de ejecución entregado por la adjudicataria, emitido a petición de la comisión constituida al efecto (folios 98 y 99).

Por lo tanto, consultado este Consejo Jurídico sobre si la redacción del proyecto debe ser objeto de abono a la contratista, no cabe duda que la respuesta ha de ser afirmativa, sin perjuicio de que la resolución del contrato no sea imputable a la Administración, puesto que se trata de una prestación realizada y entregada en cumplimiento del objeto del contrato; ello por las siguientes razones:

1^a) En realidad la obligación de dicho pago vendría sustentada no en el concepto de indemnización de daños y perjuicios, sino como consecuencia de la liquidación del contrato y del recibo por la Administración de una prestación realizada por la concesionaria.

La misma conclusión se alcanzaría si atendemos al régimen jurídico de otras modalidades de contratos en la normativa que regía la resolución de éste. Así, con respecto al contrato de obras, el artículo 151.1 TRLCAP dispone que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista (Dictamen núm. 155/2013 de este Consejo Jurídico). Asimismo respecto a los contratos de consultoría, asistencia y de los de servicios, el artículo 215.1 TRLCAP establecía, entre los efectos de la resolución, que el contratista tendrá derecho, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiera realizado con arreglo al contrato y que hubieran sido recibidos por la Administración.

2^a) Se coincide con el informe del arquitecto municipal y con el acuerdo de la comisión constituida al efecto, adoptado en su sesión de 1 de marzo de 2013, que sólo cabe admitir el importe correspondiente a los honorarios de la redacción del proyecto, que ha sido entregado y recibido por el Ayuntamiento y que podrá ser ejecutado en el futuro; pero, en ningún caso, caben admitir otras partidas en concepto de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, puesto que una de las características destacables del contrato de concesión de obra pública, como se ha indicado con anterioridad, es que el concesionario asume el riesgo de su construcción, conservación y explotación (parte expositiva de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obra pública), incorporada al artículo 220.2 TRLCAP, ya citado con anterioridad, y que fue recogido en la Cláusula 20 PCAP. A mayor abundamiento, se hacía referencia en la Consideración Cuarta de nuestro Dictamen núm. 273/2012, a que el PCAP que rige la contratación (cláusula 1.6) determina que la adjudicataria debía asumir la financiación de los costes derivados de la concesión y la causa por la que se acordó la resolución del contrato no es imputable a la Administración, sino a la situación concursal de la contratista, sea o no finalmente calificada de culpable a efectos de determinar la incautación de la fianza. De ahí que se extraiga como consecuencia que no cabe abonar a la adjudicataria daños y perjuicios.

Por último, para la valoración de los honorarios de la redacción del proyecto, en ausencia de la aportación por la contratista de minutos de honorarios profesionales emitidas por los técnicos redactores (se aportan facturas de una empresa del mismo grupo matriz en las que no se concretan los conceptos por los trabajos de colaboración profesional realizados en relación con la redacción del proyecto), se considera un criterio motivado el propuesto

por el arquitecto municipal (informe de 20 de diciembre de 2012, folios 98 y 99), consistente en acudir a la cantidad que proponía el estudio de viabilidad que presentó la mercantil junto a su oferta económica, que fue aceptada por la Junta de Gobierno cuando adjudicó, mediante acuerdo de 10 de junio de 2009, la concesión de obra pública a la mercantil --. Según el citado estudio de viabilidad presentado por la mercantil (proposición económica), los gastos de puesta en marcha por honorarios de proyecto y dirección de obra ascendían en su conjunto a 184.591,89 euros (hay un error material en el acuerdo de la comisión al indicar 184.495,89 euros), correspondiendo al proyecto básico y de ejecución entregado (excluida la parte de la dirección de la obra no realizada) el 70% de dicha cantidad, según informa el arquitecto municipal.

Por último, la propuesta de liquidación debería trasladarse a la mercantil para que en el plazo de diez días manifieste lo que considere oportuno.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina la consulta facultativa formulada por la Alcaldía del Ayuntamiento de Murcia en el sentido expresado en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.