

1. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

**LAS RETENCIONES A LOS CONTRATISTAS
EN CONCEPTO DE PAGO DE HONORARIOS
TECNICOS: ¿UNA PRACTICA VICIOSA
DE ALGUNAS CORPORACIONES LOCALES?
(Sentencias de 5 de diciembre de 1980
y 27 de enero de 1981)**

340.142:352.712

por

Miguel Domínguez-Berrueta de Juan

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo

y

Valentín Pérez Martínez

Licenciado en Derecho. Técnico de Administración Local

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS SUPUESTOS DE HECHO.—III. LA REGULACION DE LA PERCEPCION DE HONORARIOS TECNICOS EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACION LOCAL.—IV. LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.—V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. — VI. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS.—VII. A MODO DE CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

La promulgación de la Constitución Española de 1978 ha provocado entre los estudiosos del Derecho público, como era de esperar, una auténtica proliferación de trabajos sobre aspectos generales y concretos de contenido jurídico constitucional.

La significación específica de la propia Constitución de 1978, el contexto en el que se gesta y nace, la larga etapa inmediata anterior al propio texto constitucional con su especial significación jurídico-política, contribuyen, obviamente, a profundizar esta incidencia de la nueva Constitución. La referencia directa a puntos esenciales del Derecho administrativo tenía que ser, por tanto, incuestionable, y era no sólo saludable, sino estrictamente necesario que la relación Constitución-Administración pública originase y siga haciéndolo una profusión de estudios dedicados específicamente a extraer las consecuencias más importantes de la incidencia directa de la Constitución en el ordenamiento jurídico-administrativo.

Todo ello evidencia como necesario este proceso de adecuación del ordenamiento positivo a la Constitución, que junto con su explicación ha de ser permanente y continuo. Empero, quizá fuese conveniente señalar que este fenómeno no tiene por qué hacer olvidar o postergar otros aspectos o temáticas de la actividad administrativa que, en apariencia y sólo en apariencia, se muestran con una relación no tan estrechamente vinculada a principios o argumentaciones constitucionales, es decir, cuyo estudio parece no suponer una inmediatidad clara con la norma fundamental.

Muchos de estos temas tienen, sin embargo, para el ciudadano una trascendencia evidente y en determinados aspectos de su desarrollo suponen una relación casi continua entre Administración y ciudadano, sin olvidar el movimiento económico que estas relaciones impulsan. Tal ocurre, por ejemplo, con la contratación administrativa en general.

Las argumentaciones para predicar el no abandono o postergación del estudio de la contratación administrativa, tema éste no por más clásico menos importante, pueden avalarse en multitud de razonamientos. En primer lugar, y desde un punto de vista estrictamente económico, tanto la contratación administrativa local como la estatal, a las que en la actualidad ha de sumarse ya la de carácter regional, conllevan en su realización partidas presupuesta-

rias cuyo montante económico tiene una especial significación por sus dimensiones macroeconómicas, teniendo muy en cuenta, además, que la procedencia más importante y general de los fondos o partidas dedicadas a la contratación pública aparece claramente residenciada en los bolsillos de los contribuyentes.

De otro lado, no cabe tampoco desconocer, y menos aún en el contexto de la actual crisis socio-económica, lo que estos montantes económicos pueden suponer en la creación de nuevos puestos de trabajo o en el mantenimiento de los ya existentes. La dimensión social que la contratación administrativa puede contener en cuanto palanca o impulso de crecimiento económico y de satisfacción de necesidades sociales no puede, en modo alguno, desconocerse. En los momentos actuales, la significación, desde planteamientos generales de política económica ajenos a plasmaciones ideológicas, cuya carga de instrumentalización demagógica en épocas históricamente recientes era evidente, aparece respecto de la contratación administrativa como claramente relevante. En último término, contratación administrativa es y debe ser obras y servicios públicos dirigidos directamente en su mayoría a la satisfacción de necesidades colectivas. La consecución de realidades concretas que son propias de la realización del Estado social, cuyo planteamiento constitucional es obvio, y contratación administrativa, no son entonces ciertamente cuestiones inconexas.

Y contratación administrativa es también gasto público, como certeramente, en sus dimensiones más significativas, ha puesto de manifiesto, por ejemplo, LEGUINA. Y control, seguimiento y vigilancia de este gasto público constituye cuestión de suma importancia en orden a la participación de los administrados en las tareas públicas, en orden a la transparencia y adecuación de la acción administrativa, en orden a la eficacia e idoneidad con las que la Administración pública debe servir los intereses generales. Por consiguiente, el cumplimiento real y efectivo de las obras y servicios públicos no es sino hacer un poco más próxima y un poco más real la consecución del Estado social de Derecho.

A ello se une el hecho concreto de que la contratación administrativa no ha sido casi nunca, y no parece serlo en la actualidad, un tema pacífico. Por el contrario, constantemente se viene predicando respecto de este tema su desfase como técnica de acción administrativa, su posible inadecuación a la realidad concreta, que, en último término, puede producir disfuncionalidades, llegándose

a pensar que es el origen mismo de esta técnica, o sea, su procedencia del mundo jurídico privado lo que al intentar su adecuación a la posición y funcionamiento de la Administración —léase técnicas exorbitantes y privilegios en razón de interés público— es precisamente lo que provoca su disfuncionalidad e incluso su negación como categoría auténtica contractual. Y en la pretendida, sostenida y ya, por tanto, tópica crisis de la institución contractual administrativa, aparece como dato capital, curiosamente, la dejación de responsabilidades por parte de los mismos órganos y autoridades administrativas que intervienen en el proceso contractual. Parece olvidarse así con harta frecuencia que el auténtico incumplimiento por parte de la Administración de sus responsabilidades en la contratación ha coadyuvado considerablemente a poner en tela de juicio la operatividad real del instrumento jurídico que es el contrato administrativo. Parece olvidarse así que este incumplimiento de las partes intervinientes en la relación contractual administrativa, el inequívoco desprecio que en ocasiones se patentiza por parte de determinados organismos administrativos en referencia a la legalidad contractual, se constituyen, es necesario decirlo, como verdaderas causas de esta crisis, a la que se alude.

Y esta fenomenología aludida no constituye simple apreciación personal subjetiva a la que pueda contraargumentársele como carente de fundamentación real. Basta pasar revista a los dictámenes del Consejo de Estado, a la jurisprudencia, a la doctrina, a determinadas manifestaciones del Tribunal de Cuentas e incluso a los informes de la misma Junta Consultiva de Contratación Administrativa para que aparezca con claridad meridiana que las actuaciones de distintos órganos administrativos de la contratación no es ajena, ni mucho menos, a la patología de la contratación administrativa. Así, las manifestaciones concretas que se realizan, por ejemplo, en el dictamen del Consejo de Estado de 16 de octubre de 1975 o en la recomendación 1.^a de 1977 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa son claramente expresivas de las irregularidades de todo tipo en que continuamente incurrieron órganos y autoridades administrativas. Es por eso por lo que cuando se alude a la crisis de la institución contractual no se debe incidir tanto en la disfuncionalidad de la técnica contractual o en la reforma del ordenamiento contractual, cuestiones siempre abiertas, cuanto en el auténtico vaciamiento legal que se produce de hecho por la propia práctica administrativa.

Y quizá en este contexto se sitúan determinadas prácticas cuya razón de ser no aparece demasiado clara, pero que a buen seguro no tienen una influencia positiva en la consecución de confianza y eficacia entre la Administración y los contratistas, a los que desde páginas oficiales se les ha denominado frecuentemente colaboradores de la gestión administrativa. La contratación administrativa no es, en último término y desde un ángulo estrictamente económico, sino dualidad de intereses que necesariamente deben converger para la adecuada satisfacción de los intereses generales. Las prácticas que tanto de uno como de otro lado supongan añagazas, argucias o recovecos legales malintencionados y, en cualquier caso, supuestos de ilegalidad no favorecen precisamente la consecución de estos fines.

Una de estas prácticas, que, cuando menos, aparece ya de principio como discutible, puede ser la retención por parte de las Corporaciones locales a los contratistas en concepto de pago de honorarios técnicos. No se sabe muy bien si estas retenciones responden al criterio de dotar de sobresueldos a algunos funcionarios, si lo que se persigue es el aumento de las arcas municipales o si se deben únicamente a la oscuridad o posibles lagunas jurídicas.

Durante estos últimos años, la jurisprudencia ha sido muy escasa en este sentido, pero quizá alguna de las ocasiones jurisprudenciales que ahora se traen a colación aporten luz sobre esta problemática.

II. LOS SUPUESTOS DE HECHO

Dentro de la contratación administrativa local referente a la ejecución de obras por contratistas adjudicatarios de las mismas, existe una práctica relativamente frecuente mediante la cual las Corporaciones pertenecientes a este sector administrativo incluyen en la redacción de sus pliegos de condiciones económico-administrativas un tipo de cláusula, por la que establecen la obligatoriedad para el adjudicatario de hacer frente al pago de honorarios técnicos derivados de la redacción del proyecto de la obra en cuestión y de los concernientes a la dirección de la misma.

El hecho en sí de la inclusión de tales prácticas en los pliegos genera posiciones encontradas entre la Administración y los contratistas, que tienen su origen, en un primer momento, en su redacción, y posteriormente se desenvuelven dentro de la fase de ejecución del contrato.

La redacción de estas cláusulas suele hacerse en tales términos de generalidad y abstracción, que permiten a las Corporaciones locales prevalerse de ellas en estas relaciones. La ausencia de procedimiento que permita una fácil determinación jurídica de las obligaciones del contratista, así como su cuantificación posterior, se suele saldar con una vaga referencia que rige la percepción de honorarios establecidos por los respectivos Colegios profesionales (Arquitectos, Ingenieros...), si bien con la salvedad de la especialidad existente en esta materia para los organismos oficiales en materia de bonificaciones.

La percepción por la Administración de tales honorarios técnicos suele llevarse a cabo mediante una técnica administrativa, consistente en realizar las retenciones oportunas del pago de certificaciones de obra para su ingreso no en el respectivo presupuesto ordinario o, en su caso, de inversiones, con anterioridad presupuestos extraordinarios o de urbanismo, sino en una contabilidad de «valores independientes y auxiliares del presupuesto», de donde se extrae para su aplicación definitiva al pago de los profesionales intervinientes.

Esto nos sugiere dos importantes aspectos del problema a tener en cuenta. En primer lugar, el hecho de la no inclusión a través de la vía presupuestaria plantea una cuestión de control de la legalidad sobre el destino de tales retenciones, al no estar sometidas a las rigideces legales presupuestarias; por el contrario, su reflejo presupuestario nos llevará a plantear la necesidad de que exista el oportuno respaldo ordenancista, puesto que el pago de honorarios por parte del adjudicatario tiene el carácter de tasa y, por tanto, debe apoyarse en una Ordenanza fiscal que regule su exacción.

De otra parte, hay otro importante tema objeto de estudio, y es el relativo al carácter funcional o no de los técnicos intervinientes. Si son funcionarios estarán afectados por prohibición legal expresa al respecto, y en caso contrario, el problema consistiría en determinar los sujetos entre los que se establece la relación jurídica de la que se deriva esta prestación de honorarios.

III. LA REGULACION DE LA PERCEPCION DE HONORARIOS TECNICOS EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACION LOCAL

No es un tema que sea objeto de nueva regulación el de la percepción de honorarios técnicos en las obras contratadas por el Estado, antes bien, tempranamente encontramos normas legales al respecto. Así, el Real Decreto de 1.º de diciembre de 1922, donde se recogían las tarifas que permitían determinar la base para cifrar los honorarios. A esta norma se remite un Decreto de 7 de junio de 1933, en cuyo artículo 3.º se establece que los honorarios de los proyectos redactados por los Arquitectos para el Estado, Provincias y Municipios y organismos oficiales de carácter público se fijarán aplicando a los que tarifa el Real Decreto citado los descuentos que incluye. Sobre este mismo tema insistirá otro Decreto, de 16 de octubre de 1942, que dispone en su artículo 2.º que independientemente de las retribuciones de carácter general que por razón de su categoría, cargo o destino señalen las Leyes de Presupuestos, y esto es importante reseñarlo por el tratamiento análogo que vamos a encontrar en las disposiciones específicas del sector local, pues bien, con independencia de dichas retribuciones, los Arquitectos —a los que se refiere en su artículo anterior— percibirán los honorarios que establecen las tarifas especiales para el personal de su condición en trabajos del Estado, reducido en un 50 por 100, tanto en el estudio y formación de proyecto, como en la dirección de obras de nueva planta, reforma o reparación que se les encomiende; y ante esta redacción, que se presta al equívoco, puesto que el artículo 1.º se refería tanto a los Arquitectos dependientes del Departamento ministerial que encargase la obra como a los libres designados por circunstancias especiales de conveniencia, se hará necesaria una Orden Circular de la Presidencia del Gobierno de 1.º de diciembre de 1959, relativa a la interpretación del Decreto de 1942, y en el mismo sentido, se aprobará un Decreto de 2 de junio de 1960 del Ministerio de Educación Nacional sobre intervención de Arquitectos en obras a cargo de aquel Departamento ministerial; en ambas disposiciones legales se establecía que la reducción del 50 por 100 de honorarios sólo se aplicaría, y con exclusividad, a los técnicos facultativos, Arquitectos y Aparejadores dependientes de Centros oficiales. En este sentido existe abundante

jurisprudencia en materia de bonificaciones en las liquidaciones realizadas por la Administración en concepto de honorarios técnicos: sentencias de 31 de diciembre de 1965 (Ar. 6.019), 14 de febrero de 1973 (Ar. 721), 12 de mayo de 1978 (Ar. 2.972), etc.

En la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, advertimos un viraje en cuanto a la óptica de su regulación, puesto que en dicha norma, y su enunciado es bastante explícito, «gastos y tasas de cuenta del contratista», ya no se contempla como emolumento, si bien extrapresupuestario, sino como un gasto implícito en la contratación y cuya naturaleza jurídica tributaria revela como tasa las limitaciones en cuanto a su imposición por parte de la Administración. En esta cláusula 13 se dice que «el contratista estará obligado a satisfacer los gastos de anuncio de licitación y de formalización del contrato; las tasas por prestación de los trabajos facultativos de replanteo, dirección, inspección y liquidación de obras, y cualesquiera otras que resulten de aplicación, según las disposiciones vigentes, en la forma y cuantía que éstas señalen».

El Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, sólo alude al tema fugazmente, pero para dejar bien clara la obligatoriedad de inclusión de la Memoria, a que se refiere el artículo 64: «El presupuesto para conocimiento de la Administración obtenido por la suma de los gastos correspondientes al estudio y elaboración del proyecto, incluso honorarios reglamentarios, cuando procedan, del presupuesto de las obras». Es claro que se está refiriendo a técnicos no dependientes de organismos oficiales.

En cuanto a la contratación administrativa local, el Reglamento de Funcionarios de Administración local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952, establecía en su artículo 243, 1.º, que «los funcionarios técnicos tendrán igualmente derecho a la percepción de honorarios profesionales, a tenor del artículo 8.º de este Reglamento, en aquellos casos en que se les encomiende por las Corporaciones la formación de proyectos y dirección de obras como consecuencia de aquéllos, siempre que así se haya previsto en las bases de la convocatoria para proveer la plaza».

Si el precepto anterior resulta expresivo, aún lo será más la Ley 108/1963, de 20 de julio, que regulaba los emolumentos de los funcionarios de Administración local, en cuyo artículo 2, 1, i), excep-

tuaba de la consideración de tales a «las percepciones de honorarios o derechos facultativos por trabajos profesionales especiales sujetos a las tarifas o aranceles oficiales o de fondos concertados que los sustituyan».

Mediante una Orden de 17 de octubre de 1963, se aprobó la Instrucción número 2 para la aplicación de dicha Ley en esta materia, refiriéndose concretamente su regla 8.^a a «honorarios y derechos facultativos», estableciéndose que «sólo los funcionarios pertenecientes a la plantilla de técnicos de la Corporación podrán percibir honorarios o derechos facultativos por los trabajos de su especialidad, siempre que dichos honorarios o derechos se hallen sujetos a tarifas o aranceles oficiales de aplicación obligatoria y no meramente orientadores, y en el nombramiento expedido al funcionario se le haya reconocido explícitamente tal derecho». Estos honorarios estaban sujetos a una doble reducción: de un lado, a la que estableciesen las disposiciones generales «en cuanto a la prestación de trabajos profesionales a organismos de la Administración pública», y de otro, «la reducción del 50 por 100», a que alude el artículo 8.^o del Reglamento de Funcionarios de Administración local, que, en efecto, venía a decir que «cuando el profesional tenga, además, la condición de funcionario y rijan aranceles oficiales para la prestación de los servicios convenidos, sus honorarios se cifrarán en un 50 por 100 de los normales».

Se preveía asimismo, respecto a las obras contratadas, que deberán especificarse con toda claridad los honorarios técnicos que son de cargo del contratista. Por último, se contemplaba la posibilidad de que existiesen fondos especiales.

Pero las disposiciones anteriores, artículo 8.^o del Reglamento de Funcionarios de Administración local y regla 8.^a de la Instrucción número 2, aprobada por Orden del 17 de octubre de 1963, fueron derogadas por el artículo 59, 2.^o, y la tabla derogatoria, respectivamente, del texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre. El artículo 59, 2.^o, en concreto, resulta taxativo: «En su virtud, no podrán participar en la distribución de fondos de ninguna clase, ni percibir remuneraciones distintas a las comprendidas en los artículos siguientes, ni incluso por confección de proyectos, o dirección o inspección de obras, o presupuestos...». En consecuencia, en adelante ningún funcionario técnico de Administración especial va a poder percibir remunera-

ción alguna, de las que hasta entonces existían numerosos supuestos, muchos de ellos con dudoso respaldo legal.

El artículo 109 de este Real Decreto establece cuál es la normativa jurídica aplicable a los contratos que celebren las Entidades locales, y a este respecto, y sin perjuicio de la aplicación de las normas mencionadas para la contratación estatal, el artículo 47 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales dispone:

«1. En virtud de la adjudicación definitiva, el contratista quedará obligado a pagar el importe de los anuncios y cuantos otros gastos se ocasionen con motivo de los trámites preparatorios y de la formalización del contrato, incluso los honorarios del Notario autorizante, únicos que se devengarán cuando intervengan.

2. La Entidad local abonará dichos gastos y se reintegrará del contratista, con cargo a su garantía si fuere preciso».

El Tribunal Supremo se hace eco de este precepto en sentencia de 2 de octubre de 1973 (Ar. 3.900), que recoge la sentencia apelada en aquel supuesto, y en cuyo considerando tercero se decía que «... para lo que es de interés recordar que en la contratación administrativa local, a tenor del artículo 47 del Reglamento de 9 de enero de 1953, los gastos de formalización del contrato, incluso los honorarios del Notario anteriormente, son de cuenta del contratista...».

Imposibilitada la percepción de honorarios técnicos por parte de los funcionarios intervinientes, la única posibilidad que queda en manos de la Administración será tener en cuenta los gastos realizados por la misma y percibir la tasa correspondiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, b), del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, es decir, los Ayuntamientos podrán establecer tasas «por la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia municipal».

Utilizar esta vía nos coloca en la necesidad de la existencia de una Ordenanza fiscal de acuerdo con las normas que regulan la materia en la Administración local, en concreto, el artículo 717 de la Ley de Régimen local:

«Las Corporaciones locales acordarán la imposición de exacciones y aprobarán simultáneamente las correspondientes Ordenanzas para su aplicación...», y

el artículo 217, 1.º, del Reglamento de Haciendas locales:

«Al acordar la imposición de exacciones, las Corporaciones locales aprobarán simultáneamente las correspondientes Ordenanzas, en cuyo texto deberán consignarse también las tarifas».

El contenido de ambos preceptos se enmarca dentro de la autorización genérica del artículo 5 de la Ley General Tributaria:

«Las Provincias y los Municipios podrán establecer y exigir tributos dentro de los límites fijados por las leyes».

IV. LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

Las sentencias del Tribunal Supremo, que comentamos, de 5 de diciembre de 1980 y 27 de enero de 1981 recogen los considerandos de las respectivas sentencias apeladas, de donde se extraen las posiciones encontradas entre la Administración, en este caso representada por el Cabildo Insular de Gran Canaria, y los contratistas particulares, adjudicatarios de la contratación de las obras de dicha Entidad local.

La posición de la Administración hay que establecerla a un doble nivel, referida tanto a cuestiones procesales como al fondo de las mismas.

Estima la Corporación local que al no haberse formulado reclamación contra el pliego de condiciones o contra aquella de sus cláusulas que se reputase anulable, se ha incurrido en omisión del requisito previo de interposición de recurso de reposición, previo al contencioso, y, por tanto, cae de lleno en la causa de inadmisibilidad del artículo 82, e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. De otro lado, y aunque incidental a efectos de este comentario, alude la Administración a la falta de constancia en los autos del documento acreditativo del pago de la suma reclamada, y, por tanto, se incurre en causa de inadmisibilidad *a limine* en base a los artículos 57, 2.º, y 82, f) y g), de la misma Ley Reguladora.

Respecto a la materia sustantiva existen dos posturas hermenéuticas contradictorias. Veamos, en primer lugar, la de la Entidad local. Esta fundamenta su negativa a devolver en base al criterio de que las cláusulas del pliego de condiciones jurídico-económicas ya preveían entre las obligaciones generales del contratista, la de

abonar los gastos que dimanar del acto licitatorio y contrato de ejecución, incluso honorarios técnicos y profesionales, y que al hacer efectivo cada libramiento, el contratista ingresaría en la Depositaria «los derechos y honorarios reglamentarios en concepto de gastos de vigilancia, dirección, liquidación, administración e inspección», entendiéndolo *ex post facto* que «reglamentarios eran los señalados en los aranceles de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y de Ayudantes de Obras Públicas».

Estima, por tanto, la Administración que la posición defendida por el contratista respecto a la devolución de tales ingresos supondría enriquecimiento injusto, en contra de la convención contractual.

Por su parte, el contratista, si bien acepta «en abstracto» su obligación de satisfacer los derechos y honorarios reglamentarios englobados en un presupuesto genérico de ejecución por contrato, que responde a la mera aplicabilidad adicional de las tarifas arancelarias de los funcionarios técnicos, al no formar parte de sus emolumentos debe especificarse en el pliego de condiciones con toda claridad los honorarios técnicos que son de cargo del contratista, ya que las simples referencias aludidas no permiten, en primer lugar, asegurar la exigibilidad de unos conceptos retributivos que exceden del presupuesto global de licitación, y en segundo lugar, cuantificar en la fase consumativa unas sumas correctamente respaldadas por una disposición reglamentaria, lo que supone una arbitrariedad que provoca indefensión al romper el principio de equilibrio y equivalencia de las prestaciones, quedando su determinación al criterio subjetivo de la Administración respecto a lo que del presupuesto total de la contrata ha de recibir el contratista.

V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo, en las sentencias comentadas, recogiendo las posiciones sentadas por la Sala de la Audiencia, establece su doctrina respecto a las diferentes cuestiones planteadas por las partes, y así, respecto a la causa de inadmisibilidad aducida por la Administración en base al artículo 82, e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, mantiene que no versa la impugnación sobre la corrección literal y en abstracto del pliego de condiciones jurídico-económicas que regulan *in genere* las contrataciones públicas, sino sobre la interpretación subjetiva y aplicación práctica que, para poder exaccionar un *quantum* contractualmente

no determinado en pro de sus funcionarios técnicos, realizan las Corporaciones locales en la fase ejecutiva y de consumación de cada contrato del concepto de reglamentarios, que matiza los derechos y honorarios que, al tipo del 4 por 100, han sido retenidos en los devengos de las correspondientes certificaciones de obra.

Por tanto, se excluye la posibilidad de que entre en juego el artículo 24 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales sobre impugnabilidad respecto a los plazos, ni tampoco el artículo 51 del mismo texto legal —y artículo 1.091 del Código Civil—, que se refiere al principio de inalterabilidad convencional.

Se tergiversa el trasfondo jurídico de la cláusula en el momento de su efectividad, por lo que se ha interpuesto recurso de reposición en tiempo y forma.

En definitiva, viene a sentar que «las retenciones realizadas lo han sido antes de la aprobación de la Ordenanza que regule *ex novo* y por primera vez la exacción hasta entonces antirreglamentariamente retenida».

Es interesante recoger el siguiente considerando de la sentencia de 5 de diciembre de 1980, en el que viene a decir:

«Que no es posible extender la calificación de actos firmes e inimpugnables..., a las... retenciones o deducciones para pagos de honorarios a sus técnicos y funcionarios..., pues tales deducciones no constituyeron propio acto administrativo, sino instrumentación figurada de un hecho efectivo de incumplimiento contractual o hecho lesivo..., operante de modo unilateral y por propia autoridad de la Corporación sobre el total e íntegro importe del precio estipulado en el contrato, sin que tal hecho de impago parcial, a virtud de un atípico procedimiento fraccionado y de tracto en función de certificaciones de obra, hasta el momento liquidatorio interferido por la reclamación del contratista y de modo unitario y decisivo por la denegación de aquélla mediante los acuerdos aquí impugnados».

Respecto a la aplicación de la regla *solve et repete*, invocada por la Corporación local, la jurisprudencia establecida al respecto por el Tribunal Supremo considera su aplicabilidad en el caso de actualización de recursos contra presuntos créditos de la Administración, pero no en el supuesto contrario.

Por último, y en cuanto a la esencia de la reclamación, la doc-

trina establecida se centra en torno al concepto de honorarios reglamentarios, y por éstos se está haciendo referencia a la «preexistencia concreta no de unos aranceles o tarifas legales determinantes de las cuotas que por sus servicios deben satisfacerse a los técnicos que son funcionarios de la Administración demandada, sino de unas disposiciones específicas que regulen la verdadera naturaleza y cuantificación de la deducción exaccionadora y programen su mecanismo de gestión»..., «con la categoría propia de tasas, cuando convalida los gastos y las remuneraciones de la dirección e inspección de las mismas». Por tanto, no puede tratarse de retenciones ingresadas en el presupuesto a título de depósito, como valores independientes sin contrapartida de gastos, y aplicarse a obveniones de personal, entendiéndose como tales la utilidad fija o eventual, además del sueldo que se disfruta (*Diccionario Lengua Española*, Real Academia Española, XIX ed., 1970, pág. 933), por infringir las disposiciones reguladoras de sus retribuciones.

VI. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

Es interesante hacer referencia al tema recogido en la sentencia de 20 de enero de 1971 (Ar. 210), que resuelve recurso de apelación presentado por la Diputación Provincial de Sevilla, por el que esta Entidad afirma que el contratista carece de legitimidad para reclamar las cantidades incluidas en las certificaciones de obra en concepto de honorarios técnicos, por no ser titular de los mismos. A este respecto, el Tribunal Supremo se hace eco de la sentencia recurrida; de ella reproducimos los siguientes considerandos:

«CONSIDERANDO: Que si se tiene en cuenta que el Arquitecto provincial dio su conformidad a las certificaciones de obra, globalmente y sin discriminaciones, y se advierte, además, que ningún reparo se ha hecho a la inclusión de los honorarios técnicos de dichas certificaciones, fácilmente se deduce que en sus relaciones con el recurrente y la Sociedad ha venido respetando la Diputación la usual costumbre, no contraria a la Ley, de que las certificaciones libradas por el Interventor de la Diputación..., y siendo así difícilmente pueda ahora admitirse que puede desconocer la legitimación al recurrente, volviéndose contra sus propios actos, máxime cuando ninguna prueba se ha practicado de que la relación de los técnicos se estableciera con la Diputación y no con el recurrente, como ha-

cen presumir las propias certificaciones de obra, que suministran, además, suficiente base para estimar que aquélla las ha admitido siempre como crédito global del recurrente, abstracción hecha de su diversidad de origen y concepto.

CONSIDERANDO: Que si se advierte que la Diputación, no obstante la facilidad que para ello hubiera tenido, no ha practicado prueba alguna de la liquidación de los honorarios que dice practicó con los técnicos interesados, no puede darse relevancia alguna a tal afirmación, a efectos de entender liberada de su obligación a la Corporación».

Otra cuestión relacionada con las sentencias objeto de este comentario sería la base sobre la que han de aplicarse las bonificaciones para cuantificar los honorarios técnicos a las que, como hemos hecho referencia, son objeto de tales deducciones. ¿Se trataría del presupuesto de contrata o, por el contrario, sería el presupuesto de ejecución material? El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de diciembre de 1976 (Ar. 5.992), clarifica la cuestión en el considerando que reproducimos a continuación:

«**CONSIDERANDO:** Que de la determinación de la base que sirve para cifrar los honorarios según la tarifa I del Real Decreto de 1922, es también tema polémico porque postula el recurrente que se tome como tal el «presupuesto de contrata» y no el de «ejecución material», sosteniendo para fundar esta petición, que el régimen aplicable es el de las obras particulares y no el de las obras que dependan del Estado, Provincia o Municipio; alegación y petición a ella articulada, que en una restrictiva fijación del alcance de la norma del Real Decreto, en lo que se refiere a las menciones públicas, y, correlativamente, una extensión de lo que son los proyectos privados..., porque la obra participa de las características de lo público, que es lo que justifica la regla de que la base a aplicar sea el presupuesto de ejecución material, esto es, la regla aplicable a las obras que dependen del Estado, en una extensión a las gestionadas por un Organismo oficial respondiendo a iniciativas y financiaciones estatales».

VII. A MODO DE CONCLUSION

Para terminar este comentario queremos aludir a la importancia que tiene para resolver las prácticas conflictivas derivadas de la

contratación local la doctrina que el Tribunal Supremo, como en los supuestos de referencia, vaya sentando de cara a eliminar posibles ilegalidades que atenten contra la posición de los contratistas o que menoscaben la autoridad de la Administración.

Respecto al tema que nos atañe debemos concluir haciendo, a modo de resumen, las siguientes observaciones:

1.^a La exclusión del conjunto de las retribuciones correspondientes a los funcionarios del concepto de honorarios técnicos por su intervención en las tareas de redacción de proyectos y dirección de obras. A este respecto puede consultarse la reciente sentencia de 15 de julio de 1983 (Ar. 4.058), ilustrativa de la interpretación que nuestro Tribunal Supremo hace de las disposiciones legales reguladoras de las retribuciones de funcionarios.

2.^a Es importante la configuración tributaria como tasa de estas retenciones de honorarios por parte de las Corporaciones locales, que las obliga a su inclusión formal en la correspondiente Ordenanza fiscal y a su reflejo contable a través de las vías presupuestarias.

3.^a Se precisa con exactitud la importancia jurídica que en las relaciones futuras entre Administración y contratistas tendrá la redacción del correspondiente pliego de condiciones económico-administrativas, pero que en ningún momento restará fuerza a las pretensiones de estos últimos por los actos administrativos que tengan lugar en la fase de ejecución del correspondiente contrato.