

## **INFORME 2/2022 SOBRE A EXTERNALIZACION DOS SERVIZOS DO RESPONSABLE DO CONTRATO.**

### **ANTECEDENTES**

Polo Concello de Arteixo dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa ou seguinte escrito de consulta:

Con ocasión da licitación e adxudicación do contrato administrativo de servizos de axuda non fogar, e de conformidade co disposto no prego de condicións administrativas, designouse como responsable do contrato a unha traballadora municipal que ostenta a condición de persoal laboral fixo e a categoría de Traballadora Social.

A traballadora social presentou renuncia á condición de responsable do contrato, fundamentando dita renuncia nos seguintes motivos:

-A condición de responsable do contrato por razón das funcións públicas que conleva, debe estar asignado a un funcionario da Administración Xeral, pero nunca a unha traballadora social, xa que as funcións propias do responsable do contrato non están recollidas dentro das funcións asignadas a ditas traballadoras no Convenio Colectivo para a actividade de axuda a domicilio de Galicia e exceden das capacidades propias deste colectivo.

-De conformidade co artigo 62 LCSP, o responsable do contrato en ningún caso pode coincidir coa unidade encargada do seguimento e execución ordinaria.

Paralelamente, na unidades técnicas municipais cuestionan a posibilidade de que, nos contratos administrativos de obra pública nos que se externaliza a dirección de obra, pódase asignar a condición do responsable do contrato aos técnicos municipais, aducindo á coincidencia funcional de ambas as figuras.

Ante a ausencia de doutrina ou xurisprudencia clarificadora da figura do responsable do contrato, e desde a premisa de que o prego de condicións administrativas non define as concretas funcións ou tarefas asignadas ao responsable do contrato, elévanse á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia as seguintes CONSULTAS:

1.- Se o artigo 62.1 LCSP ha de interpretarse no sentido de que as funcións de seguimento e execución ordinaria do contrato e as propias do responsable do contrato deben recaer necesariamente en empregados públicos diferentes ou, pola contra, poden ser encomendadas a un mesmo empregado público.

2.- Se nos contratos de obras, a figura do responsable do contrato ha de coincidir co director de obras por existir unha coincidencia funcional ou, pola contra, a disparidade de funcións dunha e outra figura permite o seu nomeamento diferenciado.

3.- Se a condición de responsable do contrato pode ser asignada a persoal laboral do Concello ou dita condición está reservada a persoal da administración xeral ou a empresas externas baixo a modalidade de contrato administrativo de servizos.

4.- Se o exercicio das funcións do responsable do contrato de servizo de axuda no fogar esixe unha especial capacitación xurídica da que se deduza a inadecuación da titulación do traballador social.

## **CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.**

### **1. Competencia.**

Segundo o disposto no artigo 1.2 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, este órgano poderá ser consultado polas entidades locais de Galicia, as universidades públicas galegas e as organizacións empresariais dos sectores afectados pola contratación administrativa.

### **2. O responsable do contrato: antecedentes legislativos e concepto na actual normativa.**

A figura do responsable do contrato introdúcese por primeira vez na nosa lexislación no artigo 41 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, e mantense sen modificación algunha no artigo 52 do Real Decreto Legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público.

Ata ese momento o nomeamento desa figura configurase como unha posibilidade, opcional:

*1. Os órganos de contratación poderán designar un responsable do contrato ao que corresponderá supervisar a súa execución e adoptar as decisións e ditar as instrucións necesarias co fin de asegurar a correcta realización da prestación pactada, dentro do ámbito de facultades que aqueles lle atribúan. O responsable do contrato poderá ser unha persoa física ou xurídica, vinculada ao ente, organismo ou entidade contratante ou allea a el.*

E outra característica desta nova figura, esta xa específica para contratos de obras, concretaba que as *facultades do responsable do contrato entenderanse sen prexuízo das que corresponden ao Director Facultativo conforme co disposto no Capítulo V do Título II do Libro IV*, co que parecía distinguir ambas funcións e o persoal que as exercía.

Coa finalidade de potenciar o control efectivo que debe de existir na fase de execución contractual, e así garantir o mantemento dos termos en que se acordou a adxudicación, a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público (en adiante LCSP), introduce, en fase de emenda parlamentaria o carácter obrigatorio desta figura para todos os contratos e, na nova redacción recollida no artigo 62, establece que *“Con independencia da unidade encargada do seguimento e execución ordinaria do contrato que figure nos pregos, os órganos de contratación deberán designar un responsable do contrato ao que corresponderá supervisar a súa execución e adoptar as decisións e ditar as instrucións necesarias co fin de asegurar a correcta realización da prestación pactada, dentro do ámbito de facultades que aqueles lle atribúan. O responsable do contrato poderá ser unha persoa física ou xurídica, vinculada á entidade contratante ou allea a el.”*

Sinalar neste punto que, como este cambio produciuse en sede parlamentaria vía emenda, debemos tratar como “erros de desincronización” as referencias á voluntariedade do nomeamento do responsable que atopamos noutros artigos da lei. Así temos que o artigo 194 di que corresponde ao responsable do contrato propoñer a imposición de penalidades *“si se houberse designado”* e o artigo 311, para los contratos de servizo, prevé que o contrato se executará con suxeición ao establecido no seu clausulado e nos pregos y de acordo coas instrucións que para a súa interpretación dera ao contratista *“o responsable do contrato nos casos en que se houbera designado”*.

Ademais da previsión xeral para todo tipo de contratos, a nova regulación do artigo 62 contempla unha serie de especialidades en función do tipo de contrato:

- respecto aos contratos de obras, engade no seu apartado segundo que, *“As facultades do responsable do contrato serán exercidas polo Director facultativo conforme co disposto nos artigos 237 a 246”* co que desaparece a aparente duplicidade de figuras con funcións de control de execución que existía neste contrato entre o Director Facultativo e o responsable do contrato na lexislación anterior.
- E para as concesións de obra pública e concesións de servizos, prevese no seu apartado terceiro que *“A Administración designará unha persoa que actúe en defensa do interese xeral, para obter e verificar o cumprimento das obrigacións do concesionario, especialmente no que se refire á calidade na prestación do servizo ou da obra”*.

Asume pois esta figura a responsabilidade *in vixiando* que debe darse na fase de execución do contrato á que, ata o momento, non se lle daba a importancia que merecía, sendo esta a fase máis exposta á incidencias e incumprimentos de todo o proceso contractual.

Ante a súa escasa regulación e vista a importancia da súa función como garante da execución contractual, centrarémonos en varios aspectos desta figura que entendemos fundamentais a fin dar resposta ás cuestións expostas polo concello petionario.

#### **A) Delimitación da figura do responsable do contrato na Lei 9/2017, de 8 do novembro.**

1º. Órganos que interveñen no control da execución do contrato: a unidade encargada do seguimento e execución ordinaria e o responsable do contrato.

Ante a necesidade de implementar medidas dirixidas a previr ou eliminar riscos a LCSP introduce novidades na fase de execución dos contratos públicos prevendo a existencia de tres figuras principais que van intervir no seu control:

- a) a unidade encargada do seguimento e execución ordinaria do contrato;
- b) o responsable do contrato;
- c) e órgano de contratación, ao que lle atribúe a facultade de inspeccionar as actividades desenvoltas polos contratistas na fase de execución do contrato, cando sexa motivadamente necesario (art. 190 LCSP).

O artigo 62 da LCSP, comeza dicindo que *“con independencia da unidade encargada do seguimento e execución ordinaria do contrato que figure nos pregos, os órganos de contratación deberán designar un responsable do contrato (...)”*.

O termo “con independencia” chegou a xerar dúbidas sobre se o artigo esixe a designación expresa dunha persoa física ou xurídica para realizar eses labores, sen que baste con que os mesmos os execute a unidade encargada do seguimento ou execución ordinaria e, en segundo lugar, se ademais, iso supón que esa persoa non poida estar adscrita á citada unidade.

Sobre a primeira cuestión a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, no seu Expediente 28/2018 determina que o precepto é claro, de forma que *“ademais da unidade encargada do seguimento da execución do contrato, será mester designar expresamente a un responsable do mesmo”*.

En relación coa segunda, enténdese que a lei permite que a persoa designada como responsable do contrato estea vinculada á entidade contratante coa única limitación de que non coincida coa persoa titular da mesma, pero sen que se prohiba que estea adscrita á unidade que supervisa a execución do contrato.

En calquera caso, a efectos de determinar a persoa que dentro da unidade encargada do seguimento e execución ordinaria é designada como responsable do contrato, deberá atenderse ao maior ou menor grao de especialización que require o obxecto do contrato, cuestión que será tratada no punto seguinte e que servirá para determinar a necesidade de externalizar a designación do responsable, ou ben, se é suficiente coa formación técnica da que dispón o persoal do órgano de contratación.

2º. A designación do responsable do contrato: Reserva da facultade de ser responsable do contrato ao persoal funcionario. Posibilidade de designación de persoal laboral. Externalización da función a través dun contrato de servizos.

Determinado o anterior, procede analizar en concreto quen pode ser nomeado responsable do contrato e se se trata dunha condición reservada a persoal funcionario, ou ben se pode ser asumida por persoal laboral, así como a posibilidade de acudir á externalización desa función.

Respecto da designación do responsable do contrato, o artigo 62 da LCSP, dispón que “... *poderá ser unha persoa física ou xurídica, vinculada á entidade contratante ou allea a el*”. Con isto, a lei 9/2017 prevé a posibilidade de externalizar ese labor cando a entidade non dispoña dos recursos adecuados para garantir o desempeño destas funcións. A sensu contrario, sempre que se dispoña dos medios persoais adecuados, debe acudirse a eles xa que temos que ter presente o artigo 30.3 da LCSP que establece, respecto da prestación de servizos, que estes “*se realizarán normalmente pola propia Administración polos seus propios medios*”, e limita a posibilidade de externalización dos mesmos a *aqueles casos “en que esta careza dos medios suficientes, previa a debida xustificación no expediente”*.

Visto o anterior, no caso de que pola especial complexidade do contrato non se dispoña de persoal idóneo, e sempre previa xustificación no expediente, poderase proceder á súa externalización mediante un contrato de servizos.

A posibilidade de externalizar, sen condicionante algún, a figura do responsable no caso de non contar con medios propios adecuados responde así mesmo á pregunta sobre si o persoal da administración local que a desenvolve ten que ser funcionario ou pode ser contratado laboral, xa que non parece necesario marcar mais diferencias entre ambas tipoloxías de empregados públicos que as que establece a normativa laboral de referencia e a LCSP non distingue, en modo algún, esas categorías agás na recepción dos contratos de obras que sí esixe a condición de funcionario técnico na persoa que as recibe (artigo 243.2 da LCSP). Esta mesma previsión contense respecto de as entidades locais na Disposición adicional terceira da LCSP.

Por último, sendo conscientes de que os límites á facultade de externalizar a designación do responsable do contrato, poden supoñer unha afección para o caso das entidades locais que carecen dos medios, tanto persoais, como económicos para proceder ao seu nomeamento, sinalamos como unha das solucións máis plausibles a busca do apoio nas Deputacións Provinciais. Esta opción atopa encaixe no artigo 36 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, así como na Disposición Adicional terceira da LCSP, ao establecer que *os servizos de asistencia das Deputacións Provinciais asistirán aos pequenos municipios para estes efectos e os demais previstos na lei*.

### 3º Responsable do contrato nos contratos de obra.

Outra das novidades que introduce a Lei 9/2017, respecto da figura do responsable do contrato, dáse nos contratos de obras, ao establecer o apartado 2, do artigo 62 que, *“as facultades do responsable do contrato serán exercidas polo Director facultativo conforme co disposto nos artigos 237 a 246”*.

Con iso, como xa se indicou anteriormente, a redacción vixente apártase dos textos anteriores nos que se distinguía a figura do responsable da do director das obras, ao establecer, por unha banda respecto do responsable do contrato que as súas facultades entenderanse *“sen prexuízo das que corresponden ao Director Facultativo”*; e por outro prevendo o carácter obrigatorio do Director facultativo nos contratos de obras. Con iso regulábase a posible coexistencia do director facultativo coa figura, ata ese momento opcional, do responsable do contrato, atribuíndo a ambos a función de controlar a correcta execución do contrato.

Atendendo as funcións, o artigo 62 da LCSP establece que ao responsable do contrato lle *“corresponderá supervisar a súa execución e adoptar as decisións e ditar as instrucións necesarias co fin de asegurar a correcta realización da prestación pactada, dentro do ámbito de facultades que aqueles [os órganos de contratación] atribúanlle”*.

Pola súa banda, a dirección facultativa, constitúe o grupo de profesionais directamente responsables da comprobación e vixilancia da correcta realización da obra contratada e a súa adecuación co proxecto. Segundo a Lei 38/1999, do 5 de novembro, de Ordenación da Edificación, integran a dirección facultativa, o director de obra (artigo 12) e o director da execución da obra (artigo 13).

En concreto o artigo 12 da lei 38/1999, atribúe ao director de obra entre outras, as funcións de dirección do desenvolvemento da obra, co obxecto de asegurar a súa adecuación ao fin proposto, e ao director da execución da obra no seu artigo 13, a función técnica de dirixir a execución material da obra e controlar, cualitativa e cuantitativamente a construción e a calidade do executado.

No mesmo senso atopamos a definición contida na Cláusula 4 do Prego de Cláusulas Administrativas Xerais para a Contratación de Obras do Estado (aprobado polo Decreto 3854/1970, de 31 de decembro), que indica que o *«Facultativo da Administración Director da obra» é a persoa, con titulación adecuada e suficiente, directamente responsable da comprobación e vixilancia da correcta realización da obra contratada. Para o desempeño da súa función poderá contar con colaboradores ás súas ordes, que desenvolverán o seu labor en función das atribucións derivadas dos seus títulos profesionais ou dos seus coñecementos específicos e que integrarán a «Dirección da obra»* Partindo das facultades anteditas e das recollidas para os responsables do contrato parece clara a innecesariedade de duplicar as figuras de control tal e como ven rectificadas na vixente norma legal.

## CONCLUSIÓNS

**1- Sobre a necesidade de que as funcións de seguimento e execución ordinaria e as propias do responsable do contrato recaian necesariamente en empregados públicos diferentes, ou ben, poidan ser encomendadas a un mesmo empregado,** debe indicarse que sempre que a persoa a quen o órgano de contratación designe como responsable conte coa capacitación específica en atención ao obxecto do contrato, non existe inconveniente, en atención á interpretación literal do articulado da lei, en que sexan asumidas pola mesma persoa que integra a unidade encargada do seguimento e execución ordinaria.

**2- Sobre se a condición de responsable do contrato pode ser asignada a persoal laboral do Concello ou dita condición está reservada a persoal da administración xeral ou a empresas externas.** A posibilidade de externalizar que prevé o artigo 62 da lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, debe considerarse subsidiaria e limitarse aos casos en que non exista no ámbito do órgano de contratación persoal coa idoneidade técnica adecuada ao obxecto do contrato para desenvolver a súa supervisión, debendo quedar este extremo suficientemente motivado no expediente de designación do responsable. Respecto á categoría do persoal da administración local que debe desenvolver as funcións de responsable do contrato, -persoal funcionario ou persoal laboral-, non cabe marcar máis limitacións que as expresamente sinaladas nas normativas laborais de referencia.

**3- Sobre se o exercicio das funcións do responsable do contrato de servizo de axuda non fogar esixe unha especial capacitación xurídica da que se deduza a inadecuación da titulación do traballador social.** Como xa se sinalou no apartado B, punto 2º do presente documento, na designación do responsable do contrato é determinante, sempre que o obxecto do contrato pola súa especialidade así o esixa, atender formación específica necesaria para asumir co maior grado de especialización técnica as concretas funcións que a lei lle atribúe, e no seu caso, as que se estipulen nos pregos, con independencia da capacitación xurídica, ao non considerarse este un extremo que deba concorrer na figura do responsable.

**4- Sobre se nos contratos de obra a figura do responsable ha de coincidir co director de obra, ou pola contra permítese o seu nomeamento diferenciado,** podemos concluír que, considerando que o artigo 62.2 da LCSP sinala que as facultades do responsable do contrato serán exercidas polo director facultativo das obras parece clara a innecesidade de duplicar ambas figuras de control.

En Santiago de Compostela, a 27 de abril do 2022