



II CONGRESO ANUAL
DEL OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

Por una contratación pública
transparente y sostenible

13-14 de noviembre de 2018
BARCELONA

Universidad de Barcelona
Facultad de Derecho

La fase de ejecución de los contratos públicos y su control

Patricia Valcárcel Fernández
Profesora Titular de Derecho Administrativo (acr. a Catedrática)
Universidad de Vigo
pvalcarcel@uvigo.es

Barcelona, 13 de noviembre de 2018

“La ejecución de los contratos públicos es la fase más importante, pues de ahí depende el correcto cumplimiento de la necesidad pública a satisfacer con el contrato” (GIMENO, Formigal, 2018)



“El éxito de la nueva gobernanza de la contratación pública radica en el correcto cumplimiento de las previsiones del contrato”.
(GIMENO, Formigal, 2018)

Sin embargo.....a las cuestiones relacionadas con la correcta ejecución de los contratos no se les ha dado demasiada importancia, tradicionalmente han quedado olvidadas o relegadas.



Una defectuosa ejecución puede dejar “en agua de borrajas”:

1. La satisfacción de las necesidades públicas que se persiguen con el contrato (art. 28)
2. La realización de los principios y objetivos a los que se refiere el art. 1 LCSP (gasto eficiente, transparencia, integridad, igualdad de trato, etc.)
3. Que la contratación pública sea no solo potencial sino realmente estratégica.

De nada sirve que se identifique la mejor oferta (calidad-precio) si luego no se respetan los términos del contrato, pues eso hace que el resultado de dicha mejor oferta no se alcance.

Bernabé Palacín: ¿Para qué sirven tan buenos propósitos, si luego no verificamos el cumplimiento?.

- La LCSP apuesta por dar relevancia a un **nuevo modelo de gobernanza** de la contratación pública.
- Diseña múltiples mecanismos de control a fin de garantizar la calidad de la ejecución de las prestaciones que contrata el sector público.
 - a) Incremento de la transparencia
 - b) OIRSC
 - c) Condiciones de ejecución
 - d) Responsable del contrato.
 - e) etc.
- Llamada de atención: **art. 190 LCSP** tras recordar las clásicas prerrogativas de las Administraciones en contratos administrativos, menciona en su párrafo segundo que:
 - *“Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo”.*
 - Pero también otros preceptos. Ej: artículo 201 LCSP: *Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia social o laboral*
- Además.....relevancia de la ejecución para el Derecho de la UE

El responsable del contrato como mecanismo de control de la ejecución de los contratos públicos

En España la figura del responsable del contrato se introdujo a través de la Ley 30/2007 (art. 41), de donde pasaría al artículo 52 TRLCSP.



Se configuraba su existencia como **facultativa**.

Críticas que se hacía a la regulación de esta figura: únicamente de forma lacónica se decía que su función sería la de supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. Pero... era una regulación insuficiente, especialmente en lo tocante a los cometidos que asumen los RC.

Conclusión: Se creaba una figura para atender una importante misión pero esta regulación dejaba huérfana de concreción

Distintas leyes autonómicas, Juntas consultivas, documentos internos, empiezan a realizar indicaciones y recomendaciones que afectan a los RRCC pero son

- insuficientes

Artículo 62 LCSP Responsable del contrato.

1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.
2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246.
3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.



- El art. 62 LCSP impone a los OC la **obligación** de designar un responsable del contrato.
 - El **carácter obligatorio** (tramitación parlamentaria **enmienda 51** del Grupo Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y **enmienda 845** del Grupo Mixto)
- Por la ubicación art. 62, en el Capítulo I “Órganos de contratación” Título II “Partes del contrato” del Libro I “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”, la designación del RP afecta tanto a los contratos administrativos como a los privados, sea cual sea la entidad del sector público que lo celebre, tenga o no la condición de poder adjudicador.
- *Designación del responsable*: debe realizarla el OC, a quien corresponde también fijar sus funciones. Los **pliegos contractuales** son un instrumento básico.
- *¿Quién puede ser responsable del contrato?* persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él (puede externalizarse)
 - Hasta ahora, se suele optar por la designación de un responsable del contrato, órgano unipersonal que, en función de la complejidad del objeto del contrato, puede requerir del nombramiento de colaboradores

- *Especialidades por tipo de contrato.*- Además de la previsión general para todo tipo de contrato, la LCSP establece especialidades
 - Contratos de obras: las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246.
 - Concesiones de obra pública y de concesiones de servicios. la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.
 - ¿Es la regulación de estas especialidades lo más correcta posible?

- El responsable del contrato, durante la ejecución convive con otras figuras que también se prevén en el marco del control de la ejecución:
 - Unidades encargadas del seguimiento
 - En las concesiones, hay que designar a una persona que actúe en defensa del interés general. Art. 62.3º: *"En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra".*

- **Funciones:**
 - **Supervisar** su ejecución,
 - **Adoptar** las decisiones,
 - **Dictar** las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan.

Discrecionalidad del OC para decidir las facultades concretas del responsable del contrato. OC debe realizar una buena planificación.

Poca concreción en el art. 62. No obstante la discrecionalidad, la Ley sí da ciertas pautas:

- Igual que en TRLCSP, el responsable del contrato realiza la propuesta de aplicación de **penalidades** por incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso y demora en la ejecución del contrato (Art. 194.2)
- Además, la LCSP le atribuye, respecto a los **contratos de servicio** y con la finalidad de que la financiación y el pago ajuste al ritmo requerido, que adopte las medidas necesarias para la **programación de anualidades** y durante el período de ejecución (Art. 308.3)
- Artículo 195 LCSP establece para el caso de **retrazo** producido por motivos **no imputables al contratista**, la posibilidad de que éste ofrezca cumplir el contrato si se le amplía el plazo inicial de ejecución. Al responsable del contrato emitir un **informe** donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista. Si no procede imputarle el retraso, el órgano de contratación ampliará el plazo como mínimo por el mismo tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.
- Pero...la lista de funciones del «responsable del contrato» es abierta. Debe prestarse atención a las responsabilidades que pueden/deben atribuirse al responsable en lo tocante a:
 - **a) Control de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral.**
 - **b) Control de las condiciones especiales de ejecución.**

- **¿Es suficiente?: NO. La regulación del RC es insuficiente en la LCSP. Aspectos importantes no se han abordado**
 - Se ha dejado totalmente **abierta** la configuración de sus atribuciones en cada contrato.
 - ¿Es realmente obligatorio nombrar un RC en todo contrato?
 - **Profesionalización.** Recomendación C.E (UE) 2017/1805 3 de octubre de 2017, “Sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. Profesionalización debe alcanzar a todos los estadios, también el control de la ejecución
 - Su nombramiento no esta sujeto a ninguna **exigencia**, como capacidad técnica necesaria de quien asuma la responsabilidad.
 - No se adoptan **requisitos formales** para garantizar, por ejemplo, que no existen conflictos de interés.
 - No se prevén **medidas de transparencia** ni respecto de su **nombramiento**, ni de sus **atribuciones** (salvo que se establezcan en los propios pliegos o en el clausulado del contrato), ni de sus **decisiones o instrucciones**.
 - ¿Y si los pliegos no recogen funciones? Problemas: ¿Podría exigir la presentación de documentación con transcendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, ambiental?
 - No se regula auténticamente su naturaleza. ¿Carácter de autoridad pública? [Art. 190 al insistir en las facultades de inspección se refiere a contratos administrativos]
 - No se regulan las **consecuencias** de su falta de designación, ahora que es obligatorio
 - Hasta ahora cuando se nombraban tampoco se verificaba que siguiesen suficientemente la ejecución del contrato.
 - Realismo: Muchas entidades atribuyen a los RC una lista muy amplia de funciones que no son capaces de cumplir.

- **CONCLUSIONES**

- Es imprescindible que los entes del sector público que contratan dediquen más esfuerzo a controlar la fase de ejecución de los contratos. Solo así se garantizará la efectiva ejecución de las prestaciones contratadas en plazo, calidad y coste.
- Esto redundará tanto:
 - A) en la satisfacción de las necesidades contractuales
 - B) en el respeto de las reglas de juego iniciales
- Responsable del contrato (art. 62 LCSP): La regulación en la LCSP de la figura es insuficiente para que cumpla la misión que en teoría está llamada a satisfacer. Pero... OC pueden hacer cosas a través de los pliegos. Darle su lugar y protagonismo.
- La generalidad de las opiniones vertidas sobre la regulación del RP van en la misma línea. Destacan su importancia pero su inadecuado e insuficiente tratamiento en la LCSP
- ¿Podremos mejorar en este indicador?



II CONGRESO ANUAL
DEL OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

Por una contratación pública
transparente y sostenible

13-14 de noviembre de 2018
BARCELONA

Universidad de Barcelona
Facultad de Derecho

MUCHAS GRACIAS POR LA ATENCIÓN

Patricia Valcárcel Fernández
Profesora Titular de Derecho Administrativo (acr. a Catedrática)
Universidad de Vigo
pvalcarcel@uvigo.es