

TEMAS

Los conflictos en la ejecución de los grandes contratos administrativos

La defensa de los intereses públicos

José Francisco Fernández García



III LA LEY

Los conflictos en la ejecución de los grandes contratos administrativos

La defensa de los intereses públicos

José Francisco Fernández García

© José Francisco Fernández García, 2023
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<https://www.laley.es>

Primera edición: Mayo 2023

Depósito Legal: M-11089-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19446-48-0

ISBN versión electrónica: 978-84-19446-49-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. LA COMPETENCIA Y ATRIBUCIONES DE LOS ÓRGANOS GESTORES DEL CONTRATO

A) El Director del contrato

En este contexto, cabe situar en una primera línea de acción al órgano gestor o unidad administrativa responsable del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, cuyo titular actúa, normalmente, también como *director* del mismo, encargándose de inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación relacionada con el objeto de la concesión administrativa otorgada.

En definitiva, corresponde a estos órganos asumir la dirección técnica o facultativa del contrato, así como certificar la prestación del servicio y, en último extremo, validar con su firma el pago de las facturas en las que se proratea el abono del canon o precio del contrato, y proponer realizar las detracciones que correspondan, en el caso de advertir que se han producido incumplimientos o una incompleta satisfacción de las obligaciones contractuales o, incluso, la falta de aportación de los medios técnicos y materiales o de los recursos humanos comprometidos por el contratista para la prestación del servicio.

Esto es, sus informes, sirven para realizar los abonos a cuenta al contratista, siempre que no se produzca reparo en contra del servicio de intervención y al objeto de que sean asumidos por el órgano pagador, que es quien tiene la decisión última al respecto.

Por tanto, corresponde al director del contrato ilustrar motivadamente a los órganos de decisión, de forma que el contratista obtenga una respuesta a su propuesta de certificación, que le permita defenderse e intentar acreditar ante la jurisdicción contenciosa en último extremo que los funcionarios han errado al trasladar esas recomendaciones al órgano pagador y que este, como consecuencia, no ha acertado en su decisión.

que la Disposición adicional vigésima octava LCSP establece la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, exigiéndose esta con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma. Véase al respecto, también, Clavería Gosálbez, Luis Humberto (1989), «El control de las condiciones generales de los contratos», *LA LEY: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2, págs. 1013-1019.

B) El responsable del contrato

En un escalón superior dentro del sistema de control se encuentra la figura del responsable del contrato, que se introduce en España por primera vez, de manera facultativa, en la Ley 30/2007 refundida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y, de manera preceptiva, para determinados contratos en la Ley 9/2017, actualmente vigente.

Así pues, hasta el año 2017, los pliegos de un contrato podían no implantar esta figura, implantarla con algunas facultades o hacerlo con todas las que proponían los artículos 52 y 212 del TRLCSP 3/2011 ⁽¹⁰²⁾.

Lo que los pliegos dispusieran al efecto y el órgano de contratación con sus decisiones interpretativas y aplicativas del contrato, era fundamental, al expresar las funciones que le podían ser atribuidas por el órgano de contratación. E, incluso, en la actualidad, esta figura continúa sin ser objeto de una configuración legal completa, por lo que los pliegos aún son los encargados normalmente de acometer esa tarea atendiendo a las especialidades del contrato, de ahí que, en el marco legal aplicable, el protagonismo en la asignación de tareas al responsable del contrato lo tiene, en último término, el propio órgano de contratación ⁽¹⁰³⁾.

La función principal de esta figura es supervisar la ejecución del contrato y asegurar la correcta realización de la prestación pactada, de ahí que, entre otras facultades, el responsable del contrato podrá dictar instrucciones sobre la interpretación o ejecución del contrato, emitir informes sobre los incumplimientos en

(102) En contra de lo que manifestaremos a continuación, entiende Cuadrado Zuloaga, Daniel (2009), «La figura del responsable del contrato en la ejecución de obras públicas», *Actualidad administrativa*, N.º 3, pág. 1, que, el responsable del contrato, como nueva institución de la contratación administrativa encargada de supervisar la ejecución contractual para asegurar su correcto cumplimiento, no parece que tenga mucho sentido en el contrato de obras si tenemos en cuenta que, en esta modalidad contractual, ya se cuenta con la figura del director facultativo para ese mismo cometido; situación que puede provocar una duplicidad de funciones, generando confusión, interferencias competenciales, y una ralentización en la toma de decisiones correspondiente a la función supervisora.

(103) En este mismo sentido, véase Martínez Montes, Germán, Moreno Escobar, Begoña y Orquín Serrano, J.J. (2020), «La figura de Responsable del Contrato según la Ley 9/2017. Regulación y responsabilidades», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, N.º 1, págs. 97-104, advirtiendo, precisamente, que uno de los aspectos que cobra más protagonismo en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es la de control de la ejecución del contrato, con el fin de garantizar la calidad de los servicios públicos afectados por dicha actividad contractual. De esta forma, la fiscalización y control de la fase de ejecución del contrato resulta esencial para garantizar que los bienes y servicios que adquiere la Administración, se obtienen en tiempo y forma y con total sujeción a los pliegos que forman parte de la licitación y a la oferta seleccionada para su desarrollo.

los que incurra el contratista o proponer al órgano de contratación la imposición de alguna de las penalidades previstas en los pliegos⁽¹⁰⁴⁾.

Es decir, su finalidad es la coordinación estratégica del servicio, trasladar las instrucciones de la administración al contratista y proponer las medidas para reprimir su incumplimiento, a lo que podemos añadir las labores de supervisión que el órgano de contratación no asignase a la labor de inspección y dirección que desempeña el director técnico.

La LCSP trata de diseñar, como expone su Preámbulo, un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación. Con este fin, se establece el carácter básico de la figura del responsable del contrato para reforzar el control del cumplimiento del contrato y solventar las incidencias que pueden surgir durante su ejecución.

Según ha señalado el Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁵⁾, esta figura se erige como instrumento mediante el cual se canalizan las comunicaciones entre la entidad contratante y el contratista. Y, como se desprende de la Ley, sus funciones se limitan a la fase de ejecución del contrato.

La figura del responsable del contrato, así configurada, está vinculada, por tanto, a los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en la utilización de los fondos públicos destinados a la contratación pública⁽¹⁰⁶⁾. No obstante, este precepto, materialmente básico, no agota las posibilidades de intervención de las Comunidades Autónomas en virtud de su potestad de autoorganización en relación con la regulación del régimen jurídico del responsable del contrato, de modo que el ejercicio de esta potestad es susceptible de ser referido, por ejemplo, a la delimitación de las funciones que le

(104) Tal como indica Morena López, Julián de la (2019), «Responsable del contrato "in vigilando"», *Gabílex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, N.º Extra 2, págs. 643-656, la Ley 9/2017 soluciona el posible conflicto de competencias entre el «responsable del contrato» y la Dirección Facultativa en los contratos de obras, añadiendo novedosamente, como luego veremos, otra figura, distinta del «responsable del contrato» en los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, 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. Véase, igualmente Gadea Badal Ortiz, Gloria (2018), «El responsable del contrato», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, N.º 72, págs. 99-106.

(105) Con los mismos rasgos se regula en el artículo 27 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón («BOE» núm. 83, de 7 de abril de 2011). Véase STC 68/2021 de 18 de mayo [ECLI:ES:TC:2021:68A].

(106) Véase STC 84/2015, de 30 de abril, FJ 5 a) [«BOE» núm. 136, de 8 de junio de 2015].

pueden ser atribuidas por el órgano de contratación, bien discrecionalmente, bien dentro del marco legal diseñado por el legislador autonómico⁽¹⁰⁷⁾.

Como es lógico, para el cumplimiento de su labor, cualquier responsable de un contrato se apoya en diferentes instrumentos y bebe, por tanto, de diversas fuentes de información: la unidad de seguimiento o director técnico del contrato, la empresa de control (a la que luego nos referiremos), los canales de recepción de las quejas ciudadanas a través del portal habilitado al efecto, prensa, informes de la policía, etc.

Lo anterior no excluye que, teniendo en cuenta su cometido y aunque la Ley no lo prevea expresamente, el responsable del contrato ha de ser una persona con capacitación suficiente para exigir la correcta ejecución del contrato, y su perfil debe adecuarse al objeto de este, por lo que tendrá que contar con los conocimientos necesarios para ello, de forma que todos estos aspectos deberían estar debidamente acreditados en el expediente de su nombramiento.

A su vez, también debieran de tenerse en cuenta para su designación aspectos tales como el conflicto de intereses o posibles causas de abstención o recusación. En la medida en que el responsable del contrato va a ser la persona encargada de constreñir al adjudicatario en aras de una buena ejecución o prestación del servicio, cualquier género de dudas sobre su nombramiento debiera de quedar disipada. De ahí que lo idóneo es que su nombramiento se produzca con posterioridad a la adjudicación del contrato, limitándose el pliego simplemente a recoger su figura y las funciones a ella atribuidas⁽¹⁰⁸⁾.

(107) Conforme señala el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, en su Sentencia 63/2022 de 21 de febrero de 2022 [ECLI:ES:TSJCLM:2022:439], la regulación relativa a la figura del responsable del contrato, cuya designación presenta, como dijimos, carácter obligatorio con la LCSP 2017, confiere una gran libertad a la Administración contratante al permitir que dicho responsable del contrato forme parte de la Administración o no, así como que sea persona física o jurídica. Precisa así este pronunciamiento, que el responsable del contrato, en la configuración de la legislación de contratos públicos, únicamente debe pronunciarse sobre cuestiones de índole técnica, pero no dicta actos administrativos. Resulta evidente, por lo expuesto, que no cabe la negativa o renuncia de tal cometido atribuido por el órgano de contratación, siempre y cuando que se asigne a un funcionario del correspondiente Servicio o Departamento, y que los objetos de los contratos guarden relación con el perfil técnico del funcionario en cuestión y con las competencias del Departamento o Servicio en el que desempeña sus funciones.

(108) Véase Sentencia 1925/2020 de 16 de noviembre de 2020 (Rec. 963/2019) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª [ECLI:ES:TSJAND:2020:15404]; igualmente, en la doctrina, véase Rodríguez Pérez,



La prestación de los servicios públicos por los concesionarios y la ejecución, en general, de los grandes contratos suscritos por la Administración, se someten en ciertos casos a importantes tensiones, fruto de incumplimientos persistentes, que perturban o interrumpen su correcto desarrollo. La inadecuada redacción de los pliegos o una oferta mal planteada, entre otras circunstancias de diversa índole, pueden determinar que la ejecución del contrato devenga en una incómoda atadura, capaz de generar, a la postre, un grave daño a los intereses públicos.

El objeto de este trabajo, elaborado desde un enfoque eminentemente práctico y objetivo, es realizar un análisis procedimental y procesal de los conflictos que pueden llegar a plantearse en esa fase de la contratación administrativa, con el fin de servir de utilidad no sólo para quienes se enfrenten, desde cualquiera de los lados, a esas situaciones, sino también para quien quiera prevenirlas.

ISBN: 978-84-18446-48-0



ER-0280/2005



GA-2005C0100