



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de 4 de març de 2008

Informe 1/08, de 4 de març de 2008. Direcció dels contractes. Òrgans legitimats per exercir-la. Qualificació tècnica del director del contracte. Òrgans legitimats per emetre informes o memòries acreditatives de la concurrència de determinades circumstàncies.

Antecedents

1. L'Interventor General de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears va formular dia 19 de desembre de 2007 la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

“L'article 143 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP), disposa el següent:

“1.- Les obres s'executaran amb estricta subjecció a les estipulacions contingudes al plec de clàusules administratives particulars i al projecte que serveix de base al contracte i conforme a les instruccions que en interpretació tècnica d'aquest doni al contractista el Director facultatiu de les obres. Quan aquestes instruccions siguin de caràcter verbal hauran de ser ratificades per escrit en el termini més breu possible, perquè siguin vinculants per a les parts.”

Així, la Llei, quan regula l'execució del contracte d'obres, crea la figura del director facultatiu de l'obra. Amb aquesta denominació es refereix al tècnic responsable de controlar la bona marxa de l'execució del contracte, al qual li correspon elaborar les propostes de modificació del projecte i de suspensió de les obres quan existeixi motiu fundat, verificar si hi ha retards en l'execució i si són imputables al contractista, expedir les certificacions d'acord amb el volum d'obra executada,...

Per altra part, l'article 67.3.h del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, estableix que en els contractes d'obres, els plecs de clàusules administratives particulars contindran les següents dades:



"h) Especificació de la direcció de l'execució del contracte i forma de cursar les instruccions per al compliment del contracte".

Per tant, la legislació de contractes, igualment que les normes tècniques en matèria de construcció i obres, exigeix que el director d'obres sigui un facultatiu, és a dir, una persona tècnica que per a ocupar-se de les esmentades funcions ha de posseir determinada titulació acadèmica.

A pesar de que la figura del director facultatiu del contracte no apareix regulada en cap altre dels contractes típics del TRLCAP, tots els models tipus de plec de clàusules administratives d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sí l'inclouen.

Fixada la necessitat de que a tots els contractes administratius consti la figura del director del contracte, quedarà per determinar qui pot exercir aquestes funcions.

Atès que en l'actualitat, excepte en el contracte de obres, la direcció dels contractes públics és exercida tant per òrgans directius de l'administració (secretaris generals, directors generals,...), com per múltiples unitats administratives, aquesta Intervenció General desitja formular a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa les següents preguntes:

- Poden els òrgans directius de l'administració exercir les funcions pròpies de la direcció dels contractes públics? o atenent a que l'article 7 de la Llei 2/1989 de funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears estableix que queden reservades a funcionaris de carrera les funcions de caràcter tècnic i administratiu, han de ser les diferents unitats administratives competents per raó de la matèria les que exerceixin la direcció del contracte?*
- En el supòsit que a la pregunta anterior es contesti que els òrgans directius de l'administració poden exercir les funcions pròpies de la direcció dels contractes públics, pot l'òrgan de contractació realitzar les esmentades funcions o ha de ser un de diferent?*
- En els contractes que no siguin d'obres, s'ha d'exigir cap tipus de titulació o qualificació tècnica al director del contracte d'acord amb la naturalesa del contracte?*

Així mateix, el TRLCAP conté múltiples referències a documentació que, en forma d'informe o memòria, s'ha d'adjuntar a l'expedient administratiu de contractació per a justificar la concurrència de determinades circumstàncies, per exemple les que permeten la utilització del procediment negociat (article 141 per al contracte d'obres, article 182 per al contracte de subministrament,...), l'acreditació de noves necessitats o causes imprevistes per a la



modificació del contracte (article 101), informe sobre l'adequació del tipus de licitació als preus del mercat (article 14.1)...

Atès que en els expedients tramitats davant aquesta Intervenció General existeix gran disparitat de criteris, desitjam formular la següent pregunta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa:

- Els informes o memòries acreditatius de la concurrència de determinades circumstàncies, como els detallats anteriorment: per a l'utilització del procediment negociat, l'acreditació de noves necessitats o causes imprevistes per a la modificació del contracte, l'adequació del preu al mercat,...; que s'exigeixen en un expedient de contractació ¿poden ser realitzats pel propi òrgan de contractació o per òrgans directius de la respectiva administració o han de encomanar-se a les unitats administratives competents por raó de la matèria?*

S'acompanya informe dels Serveis Jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, d'acord amb l'apartat 3 de l'article 16 del vostre Reglament.”

2. L'Interventor General està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern, de 10 d'octubre. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pels Serveis Jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es reuneixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja diverses qüestions heterogènies, unes relatives a la figura del “director del contracte”, en concret, la legitimació per exercir les funcions pròpies dels directors del contracte i l'exigència o no de determinada qualificació per poder exercir-les, i una altra relativa a la legitimació per emetre informes o memòries acreditatius de la concurrència de determinades circumstàncies.

La resolució dels dubtes plantejats dependrà de la regulació que, en matèria de contractació, en sigui d'aplicació.



2. La figura del director del contracte no apareix regulada expressament al Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant LCAP) ni al Reglament general que desenvolupa la Llei, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre (en endavant RLCAP).

No obstant això, sí es preveu la funció de direcció de l'execució del contracte.

La Llei atorga una sèrie de prerrogatives a l'Administració amb la finalitat d'assegurar el compliment, per part del contractista, de les condicions establertes als plecs que regeixen el contracte així com a la seva oferta. Les prerrogatives de l'òrgan de contractació s'enuncien a l'article 59 de la LCAP per a tots els contractes i a l'article 249 del mateix text legal pel contracte de concessió d'obra pública. Es troben també, de manera dispersa, en la regulació específica dels diferents tipus de contractes.

Dins la fase d'execució del contracte cal destacar especialment, a més de les facultats de modificació del contracte, de suspensió de la seva execució i de pròrroga, la facultat d'interpretació del contracte i de direcció, supervisió o inspecció de l'execució (articles 143.1, 188 i 211.1 de la LCAP).

La funció de direcció de l'execució del contracte es preveu de forma expressa a l'article 94 del RLCAP, el qual, sota el títol "Direcció i inspecció de l'execució", estableix que:

1. *L'execució dels contractes es desenvoluparà, sense perjudici de les obligacions que corresponguin al contractista, sota la direcció, la inspecció i el control de l'òrgan de contractació, el qual podrà dictar les instruccions oportunes per al fidel compliment del que s'ha convingut.*
2. *Els plecs de clàusules administratives, generals i particulars, contindran les declaracions precises sobre la manera d'exercir aquesta potestat administrativa.*

Així, el Reglament configura la direcció de l'execució del contracte com una potestat administrativa, atribuïda a l'òrgan de contractació. Atès que aquesta potestat permet diverses solucions d'exercici, l'òrgan de contractació disposa de la facultat de nomenar un director del contracte.

3. Pel que fa a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, els models tipus de plecs de clàusules administratives particulars, elaborats per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa i aprovats per Ordre del conseller de Presidència el dia 28 de juny de 2002, estableixen que la direcció, comprovació i vigilància



dels treballs objecte del contracte seran a càrrec del director designat per l'òrgan de contractació, el qual podrà ser auxiliat per col·laboradors que integraran l'equip de direcció.

Els plecs configuren el nomenament del director del contracte com una facultat de caràcter potestatiu, i estableixen que l'òrgan de contractació exercirà, mitjançant el director del contracte, les prerrogatives de direcció i interpretació.

4. Malgrat l'absència de regulació legal de la figura del director del contracte, la normativa en matèria de contractació sí regula expressament, en el cas dels contractes d'obres, la figura del director de l'obra, que ha d'existir en tot cas, i que és diferent del director del contracte, encara que pot ser la mateixa persona o no.

El director de l'obra apareix mencionat, entre d'altres, als articles 101.3, 143.1, 146 i 147 de la LCAP i als articles 67.3.h, 139, 140, 144 i següents del RLCAP. Es tracta d'un tècnic facultatiu, és a dir, una persona amb coneixements tècnics específics.

La regulació d'aquesta figura es pot completar, supletòriament, amb les disposicions contingudes al Plec de clàusules administratives generals per a la contractació d'obres de l'Estat, aprovat pel Decret 3854/1970, de 31 de desembre. L'aplicabilitat d'aquesta norma deriva del que s'estableix als articles 48 de la LCAP i 66 del RLCAP, de la manca d'un plec de clàusules administratives generals per a la contractació d'obres de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i de la clàusula primera d'aquest Plec, que disposa que el contracte d'obres es regirà, entre d'altres disposicions, pel plec de clàusules generals en tot allò que no resulti vàlidament modificat pels plecs de clàusules administratives particulars.

La clàusula tercera d'aquest Plec contempla la figura del "facultatiu director de l'obra". La clàusula quarta, sota l'epígraf "Direcció de l'obra", estableix que:

El "facultatiu de l'Administració director de l'obra" (...) és la persona amb titulació adequada i suficient, directament responsable de la comprovació i vigilància de la correcta realització de l'obra contractada.

A més, permet que per dur a terme les seves funcions compti amb col·laboradors amb títols professionals o amb coneixements específics, que s'integraran en la "direcció de l'obra".



Les funcions del director de l'obra, llevat de les previstes expressament a la normativa, no necessàriament s'han de fer extensives a qualsevol funció inherent a la direcció del contracte, com per exemple la vessant més representativa, administrativa o fins i tot de control quan aquest no implica un coneixement tècnic específic; de tal forma que es poden dur a terme per una altre persona, com podria ser el director del contracte.

5. El primer dubte que planteja la consulta de l'Interventor General és la relativa a si els òrgans directius de l'Administració poden exercir les funcions pròpies de la direcció dels contractes públics o si aquestes funcions queden reservades a funcionaris de carrera atenent al que s'estableix a l'article 14 de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i als articles 24 i següents de la Llei 2/2007, de 16 de març, de cossos i escales de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Com s'ha dit abans, la direcció de l'execució del contracte és una potestat administrativa discrecional, atribuïda a l'òrgan de contractació, que permet diverses solucions d'exercici, ja sigui directament per l'òrgan de contractació, ja sigui designant un director del contracte, funcionari o no, o fins i tot, designant una persona aliena a l'Administració.

En conseqüència, serà l'òrgan de contractació qui designarà, atenent a les circumstàncies i les particularitats de cada expedient, amb la finalitat d'assegurar la correcta execució del contracte, la persona més adient per exercir la funció de direcció de l'execució del contracte, tot això sense perjudici de les funcions legalment reservades al director de l'obra en el contracte d'obres.

6. La segona qüestió plantejada fa referència a si, en el cas que els òrgans directius puguin exercir les funcions pròpies de la direcció dels contractes, aquestes funcions poden ser exercides per l'òrgan de contractació o si ha de ser un diferent.

Es tracta d'analitzar si els òrgans directius en sentit ampli, és a dir i pel que fa a l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, els consellers, els secretaris generals i els directors generals, poden exercir les funcions de direcció dels contractes.

D'acord amb l'article 2.1 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, els consellers són els òrgans de contractació de les distintes conselleries. En conseqüència, els



corresponen totes aquelles funcions reservades a aquests òrgans, entre les quals es troba la direcció, la inspecció i el control de l'execució dels contractes.

La Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, regula les funcions dels òrgans directius, i estableix que correspon als consellers subscriure els contractes en nom de l'Administració autonòmica. Pel que fa a les funcions dels secretaris generals i dels directors generals, aquesta Llei no fa cap referència expressa en matèria de contractació.

No obstant això, d'això no es pot concloure que no puguin exercir cap funció en aquesta matèria, doncs s'ha de tenir en compte que, en el cas dels directors generals, són els responsables últims de la gestió de la direcció general que tenen encomanada.

A més, tal com s'ha indicat a la Consideració Jurídica Cinquena, la direcció de l'execució del contracte és una potestat administrativa discrecional, atribuïda a l'òrgan de contractació, el qual pot decidir lliurement quina és la persona més indicada per assumir les funcions de direcció del contracte. Per tant, aquestes funcions poden ser exercides directament per l'òrgan de contractació o també per un diferent, a criteri del primer.

7. La tercera qüestió que planteja la Intervenció General es refereix a si en els contractes que no siguin d'obres s'ha d'exigir qualche tipus de titulació o qualificació tècnica al director del contracte d'acord amb la naturalesa d'aquest.

Ni la LCAP ni el RLCAP exigeixen cap requisit de titulació concreta o de qualificació tècnica per exercir les funcions inherents al director del contracte, tot això amb independència de les exigències de titulació específica del director de les obres, que, com s'ha argumentat, pot coincidir o no amb el director del contracte d'obra.

L'article 94.2 del RLCAP remet als plecs de clàusules administratives, generals i particulars, per a fixar les declaracions precises sobre la manera d'exercir la direcció, la inspecció i el control de l'execució del contracte. Per tant, el plec pot establir que el director del contracte tingui una titulació o qualificació tècnica determinada. En aquest sentit, es considera convenient l'especificació al plec de la titulació o qualificació requerida per a determinats tipus de contractes, en atenció a les característiques de l'objecte contractual.



Serà l'òrgan de contractació qui decidirà, prèvia valoració de l'objecte del contracte, i atenent a l'especialització i al grau de coneixements requerits, si és necessari o no exigir una titulació específica o una qualificació tècnica concreta per dur a terme les funcions pròpies del director del contracte.

8. La nova Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic introdueix la figura del responsable del contracte a l'article 41, amb la següent dicció literal:
1. *Els òrgans de contractació podran designar un responsable del contracte al qual correspondrà supervisar-ne l'execució i adoptar les decisions i dictar les instruccions necessàries amb el fi d'assegurar la correcta realització de la prestació pactada, dins l'àmbit de facultats que aquells li atribueixin. El responsable del contracte podrà ser una persona física o jurídica, vinculada a l'ens, organisme o entitat contractant o aliena a ell.*
 2. *En els contractes d'obra les facultats del responsable del contracte s'entendran sense perjudici de les que corresponguin al director facultatiu d'acord amb el que disposa el Capítol V del Títol II del Llibre IV.*

Així, la nova Llei estableix una facultat potestativa, atribuïda a l'òrgan de contractació, de designar un responsable del contracte, que exercirà les funcions equivalents a les que corresponen actualment al director del contracte, i al qual no s'exigeix cap requisit professional o personal específic.

La Llei introdueix la figura del responsable per a tots els tipus de contractes, inclòs el contracte d'obres, sense perjudici de les facultats que corresponen al director facultatiu. La remissió que fa l'apartat 2 de l'article 41 al Capítol V s'ha de considerar una errada material i s'ha d'entendre referida al Capítol I, que és el que realment regula les normes particulars del contracte d'obres. L'article 213 preveu la possible coexistència d'aquest director facultatiu amb la figura, opcional, del responsable del contracte, atribuint a ambdós la funció de controlar la correcta execució del contracte, en l'àmbit de la seva competència.

9. El darrer dubte que es planteja fa referència a si l'òrgan de contractació o els òrgans directius poden emetre els informes o les memòries acreditatives de la concurrència de determinades circumstàncies que s'exigeixen en els expedients de contractació administrativa, o si els han d'emetre les unitats administratives competents per raó de la matèria.

La LCAP exigeix determinades justificacions o l'emissió d'informes o memòries en relació a matèries diverses, com per exemple l'adequació del preu del contracte als preus de mercat (article 14.1), la utilització del procediment negociat sense



publicitat prèvia (articles 141, 182 i 210), o l'acreditació de l'existència de noves necessitats o causes imprevistes per modificar un contracte (article 101).

En ocasions la LCAP indica expressament quin és l'òrgan competent per emetre un informe, com per exemple el titular del departament ministerial, o el conseller, en el cas de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en els supòsits prevists als articles 141.f, 182.h i 210.g; la Direcció General de Patrimoni en el supòsit previst a l'article 182.g; i el director facultatiu de l'obra o el servei encarregat de la direcció i execució de les prestacions, segons si es tracta, respectivament, d'un contracte d'obra o no, en l'article 101. En altres ocasions la normativa no ho especifica.

En conseqüència, en els casos en què la normativa atribueixi aquesta competència a un òrgan específic serà aquest qui subscriu l'informe o memòria; però en els casos en què la normativa no es pronuncii sobre l'autoria de l'acte o l'atribueixi a l'òrgan de contractació, el legislador deixa la porta oberta perquè aquests actes puguin ser signats per la persona que decideixi l'òrgan de contractació en l'exercici de les seves facultats discrecionals, i que, per tant, pot ser ell mateix, un altre òrgan directiu o un funcionari.

Conclusions

1. Els òrgans directius de l'Administració poden exercir les funcions pròpies de la direcció dels contractes públics, ja que es tracta d'una potestat atribuïda a l'òrgan de contractació, el qual té la facultat d'exercir aquestes funcions directament o de designar un director del contracte, òrgan directiu o no, funcionari o no, tot això sense perjudici de les funcions legalment reservades al director de l'obra en el contracte d'obres.
2. En els contractes diferents al d'obres la normativa en matèria de contractació no exigeix que el director del contracte tingui obligatòriament una titulació o qualificació tècnica específica d'acord amb la naturalesa del contracte; això no obstant, l'òrgan de contractació, en l'exercici de la seva potestat administrativa i atenent a l'objecte del contracte, pot establir als plecs que el director del contracte tingui una titulació específica o una qualificació tècnica concreta.
3. La competència per a l'emissió dels informes i memòries acreditatius de la concurrència de determinades circumstàncies en els expedients de contractació administrativa, correspon a l'òrgan o unitat específic a qui estigui atribuïda legalment, sense perjudici que, quan la normativa no atribueixi aquesta



competència o l'atribueixi a l'òrgan de contractació, sigui aquest òrgan directiu qui subscrigui l'acte o n'encomani la realització a l'òrgan directiu o al funcionari que consideri adient.