

SEPARACION DE FUNCIONES entre la actuación profesional del DIRECTOR DE OBRA y la DIRECCION FACULTATIVA, en la ejecución de las obras públicas ejecutadas por contrata.

Normativa que define las funciones de la Administración.- La Ley de Contratos del Estado.- El Reglamento.- El Pliego de Cláusulas Generales y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

La Ley de Contratos del Estado configura y tipifica la normativa por la que ha de regirse el contrato de ejecución de las obras públicas por el sistema de contrata.

Pueden a estos efectos, separarse las actuaciones contempladas en el ordenamiento jurídico en dos fases fundamentales.

La de preparación, consistente en los trámites de planificación, redacción del proyecto y su aprobación, dotación económica, contracción del gasto, preparación de las condiciones del contrato, aprobación de los Pliegos de Cláusulas particulares y licitación bajo los principios de publicidad y concurrencia.

Y otra segunda, que comprende desde la selección de la oferta y su adjudicación, hasta el cumplimiento total del contrato.

Dentro de esta segunda fase es donde tienen su contenido estas consideraciones sobre la actuación de los técnicos, que con titulación suficiente, y por imperativo de ley, deben actuar en el proceso de ejecución de la obra pública.

Su actuación y funciones dentro de la fase de ejecución de la obra, constituye el contenido de estas notas desarrolladas conforme a los preceptos de la Ley de Contratos del Estado, su Reglamento, el Pliego de Cláusulas Generales y los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares redactados expresamente para cada caso especial.

Normativa que define las obligaciones y derechos de la Administración Pública, en orden a la Dirección de Obra.

La normativa la determina el Artículo 44 de la Ley al decir:

Art. 44.- Las obras se ejecutaran con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato, y al proyecto que sirve de base al mismo y conforme a las instrucciones que en interpretación de este diere al contratista el facultativo de la administración, que serán de obligado cumplimiento para aquel, siempre que lo sean por escrito.

Este artículo establece dos principios legales de inexcusable observancia en orden a la ejecución de los trabajos.

Primero.- Que son ley del contrato las estipulaciones del mismo contenidas en la Ley, el Reglamento, y los Pliegos de Cláusulas.

Segundo.- Que su interpretación es prerrogativa de la Administración, quien decide su alcance y contenido, tanto de las cláusulas del contrato, como de la forma de llevar a término el desarrollo y materialización del proyecto.

La función de control de la ejecución del proyecto.

La primera actuación profesional no ofrece duda que corresponde a la Administración, en la forma establecida en el Artículo 52 del Reglamento al precisar las prerrogativas establecidas dentro del Capítulo IV, entre las que figura la siguiente:

Art 52.- La ejecución de los contratos a que se refiere este Libro se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y responsabilidad del órgano de contratación correspondiente, el cual podra despachar las instrucciones oportunas al empresario para el fiel cumplimiento de lo con-

venido e incluso en orden a la suspensión provisional o definitiva de la prestación.

Se configura como la prerrogativa de la administración de dar las órdenes que estime oportunas en orden al fiel cumplimiento del contrato, sin que de ello pueda deducirse que quede comprendida dentro de ella la obligación de asumir la dirección técnica de los trabajos.

El segundo párrafo del mismo artículo dispone a continuación:

Art. 52.- (Segundo párrafo). Los pliegos de cláusulas contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de llevar a cabo esta potestad administrativa.

Normativa que define los derechos y obligaciones del contratista en orden a la Dirección de la Obra.

El segundo párrafo del Artículo 44 de la Ley de Contratos del Estado concreta las obligaciones de cada parte en orden a la ejecución de la obra.

Art. 44.-Durante el desarrollo de las obras y hasta que tenga lugar la recepción definitiva es el contratista el responsable de las faltas que en la construcción puedan advertirse.

Queda de manifiesto en este Artículo de la Ley como obligación de la contrata la ejecución de la obra, con responsabilidad exclusiva hasta su entrega y recepción por la Administración.

El artículo 46 determinando la obligaciones recíprocas establece:

Art. 46.-la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en los casos de fuerza mayor.

La función de Dirección Facultativa de la contrata en orden a la ejecución material de los trabajos de construcción.

La segunda actuación profesional, exige determinar si las disposiciones vigentes sobre la ejecución de obras públicas y privadas, exigen que al frente de los trabajos de construcción deba encontrarse un técnico titulado competente y para ello deberán determinarse los siguientes extremos:

- 1º.- Si es precisa la presencia de un técnico-facultativo titulado al frente de los trabajos.
- 2º.- Si dicho técnico-facultativo tiene derecho a percibir honorarios por el trabajo.
- 3º.- En caso afirmativo, quien debe abonarlos, si la Administración directamente, o forman parte del precio que la contrata debe percibir por la ejecución y entrega de la obra en condiciones de funcionalidad.
- 4º.- Y por último, si es factible y necesario, o conveniente, su inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

La primera cuestión queda aclarada por el contenido del Decreto de 11 de Marzo de 1.971, núm. 462/1971 que determinó en su Artículo Tercero esta obligación.

La aparición de este Decreto, del Ministerio de la Vivienda, vino a exigir con carácter general e imperativo, la presencia al frente de todo trabajo de construcción, de un técnico facultativo con titulación suficiente y obligación permanente de residencia en su lugar de ejecución.

Esta disposición aun siendo dictada para obras de edificación por el Ministerio de la Vivienda, es de general aplicación a todo tipo de construcciones, por el principio de analogía que establece el Artículo Cuarto del Código Civil:

Art. 4.- 1) Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

Consecuentemente con lo anterior, es evidente que existen varias actuaciones técnico-facultativas en la fase de ejecución de cualquier clase de obra pública.

Una primera, reservada por ley a la Administración, ejercida a través de sus funcionarios técnicos, consistente en el control del contrato para el seguimiento de su ejecución.

Y una segunda, también de un técnico-facultativo, consistente en la dirección de los trabajos de realización del proyecto, que también ha de desempeñarse por un facultativo competente.

La segunda es evidente, porque existiendo Tarifas Oficiales aprobadas por Decreto de 19 de Octubre de 1.961, es indudable el derecho al percibo de honorarios.

La tercera cuestión consiste en determinar quien debe asumir el costo de dicho técnico facultativo. Para determinarlo debe sentarse como premisa que todos estos gastos han sido incluidos para formar el precio justo ofertado para la ejecución de la obra, conforme dispone en los artículos 67 y 68 del Reglamento, que dicen así:

Art.67.- El calculo de los precios de las distintas unidades de obra se basara en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para su ejecución.

Se consideran costes directos:....

Se consideran costes indirectos:...los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra.....

De cuanto antecede, se deduce que en la oferta pública se deben incluir todos los gastos necesarios para la ejecución de la obra, incluidos los costos de personal técnico.

Y si la ley exige la presencia de un técnico superior competente al frente de los trabajos, es evidente que la contrata debe considerar este costo en su oferta, cumpliendo para ello con toda la normativa legal que incida en materialización del proyecto conforme al contrato.

Por este motivo quedaron incluidas las Licencias urbanísticas, que tampoco estaban mencionadas en las leyes que rigen los contratos públicos y han sido muy discutidas pues las obras de la Administración Pública estaban exentas de la necesidad de estas licencias. Y al ser hoy día de inexcusable aplicación, y tratarse del pago de derechos necesarios para construir, se ponía en duda si formaban parte de la ejecución material o de la fase preparatoria del contrato para obtener su viabilidad. Determinándose por los Tribunales, que forman parte de los re-

quisitos legales precisos para ejecutar el proyecto y que por tanto son de costo de la contrata dentro del precio ofertado. Hecho que no se da con los honorarios de Dirección de los Trabajos o Dirección Facultativa de Obra, que es gasto que incide directamente en la ejecución.

Y la cuarta viene determinada en el Reglamento, aprobado por Decreto 3410/1975 de 25 de Noviembre, que dispone al particular en su Artículo 34, lo siguiente:

Art. 34.- Deberán aprobarse con anterioridad a la perfección y en su caso a la licitación de todo contrato, los pliegos de cláusulas administrativas particulares de explotación o de bases, que incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes del contrato.

Remite pues el texto comentado, después de declarar las prestaciones esenciales de las partes, al contenido de las obligaciones que se asumen en cada contrato, que son las contenidas en los Pliegos de Cláusulas Particulares; y así lo reafirma al decir:

Art.- 37 Los Pliegos se referirán a los siguientes aspectos de los efectos del contrato:

.....

2. Derechos y obligaciones de las partes.

.....

Parece explícito que en dichos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, es el lugar adecuado como instrumento legal, para realizar estas definiciones del contenido de las recíprocas actividades de las dos fases de la Dirección de Obra.

Determinación de las prestaciones de las partes.

Conforme queda expuesto la obligación de la contrata es ejecutar la obra conforme a proyecto, bajo control de la administración. Función esta que realiza a través de sus funcionarios técnicos como lo define la citada Cláusula Cuarta, del Pliego General.

De la otra parte, o sea la contrata, tiene como obligación ejecutar la obra, o sea materializar el proyecto y que requerirá, conforme queda expuesto en el citado Decreto núm. 462/1971, la necesidad de designar al frente de los trabajos a un facultativo competente con residencia obligada en el lugar de ejecución de la obra.

No existiendo legalmente la posibilidad de trasladar obligaciones de una parte a la otra, sino tan solo la de precisar cual es el contenido de las que corresponden a cada parte, deberá determinarse, si los conceptos que configuran el precio de obra contienen además del importe de mano de obra, materiales, beneficio industrial, licencias urbanísticas, anuncios, etc., algún otro concepto que sea necesario e indispensable para la ejecución de la obra conforme a proyecto y en condiciones de funcionalidad y uso, únicas en que la obra puede recepcionarse por la Administración.

Normativa legal que separa y delimita las funciones de control de ejecución de la obra, de las de dirección de los trabajos.

Contempla dicha separación de funciones con carácter vinculante el PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES aprobado por Decreto 3854/1970 de 31 de Diciembre, que en su Cláusula Cuarta dice lo siguiente:

CLAUSULA CUARTA.- DIRECCION DE LA OBRA. El Facultativo de la Administración. Director de la Obra (en lo sucesivo Director) es la persona con titulación adecuada y suficiente, directamente responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta ejecución de la obra.

Así pues se configura él como la persona responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta ejecución de la obra:

Los términos de esta definición no admiten otra interpretación que la contenida en el Art. 44 de la Ley sobre la forma de cumplir sus obligaciones la contrata, dando cumplimiento al contenido del Decreto de 11 de Marzo de 1971.

Como queda dicho confundir esta prerrogativa con una obligación, es mantener la tesis de que la normativa de Contratos del Estado contiene en sus disposiciones que un funcionario público pueda por imperativo legal realizar un trabajo en favor de la contrata, y este razonamiento no es admisible.

Y menos aún, admitir que tenga que sustituir en el cumplimiento de una obligación legal a la contrata, que deberá tener al frente de los trabajos a un facultativo titulado suficientemente para su realización.

Lo que en último término podría calificarse incluso como una malversación de caudales públicos, por realizarse inversiones de tiempo y dinero de la Administración para suplir obligaciones de una contrata.

La lectura del contenido de la CLAUSULA QUINTA del mismo PLIEGO GENERAL DE CLAUSULAS, saliendo al paso de esta posible interpretación dice:

Se entiende por Delegado de obra del contratista la persona designada expresamente por el contratista y aceptada por la Administración con capacidad suficiente para:

Ostentar la representación del contratista cuando sea necesaria su actuación o presencia, según el Reglamento General de Contratación o los pliegos de cláusulas, así como en otros actos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales, siempre en orden a la ejecución y buena marcha de las obras.

Organizar la ejecución de la obra e interpretar y poner en práctica las ordenes recibidas de la Dirección.

Proponer a ésta colaborar con ella en los problemas que se planteen durante la ejecución.

La Administración, cuando por la complejidad y volumen de la obra así lo haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, podrá exigir que el Delegado tenga la titulación profesional adecuada a la naturaleza de las obras y que el contratista designe ADEMAS el personal facultativo necesario bajo la dependencia de aquel.

Parece que queda argumentada la diferencia de las funciones, entre las de la Administración, y las de la contrata.

No sería pues necesaria siquiera aclaración en los Pliegos de Cláusulas Particulares, de la necesidad de que la Administración recordara el cumplimiento del contenido del Decreto de 11 de Marzo de 1.971, pues bastaría exigirle al dar comienzo a la ejecución de las obras, exigiendo la presencia del Director Facultativo de la contrata al momento de firmar el Acta de Replanteo y ante un caso de ausencia, únicamente hacerlo constar y requerir en la misma Acta al contratista para que antes de dar comienzo a los trabajos cumpla dicha normativa, bajo los apercibimientos de pararle los perjuicios que pudieran producirse por dicha inobservancia, por estar la obra sin Dirección Facultativa.

No obstante entiendo que no existe obstáculo legal a que se incluyan en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares tal necesidad de nombramiento, consignando que al frente de los trabajos de la contrata se deberá encontrar un profesional con titulación adecuada, y con contrato visado por su Colegio Profesional respectivo cumpliendo con ello la legalidad vigente.

Es más, creo que es preciso, que la Administración Pública, utilizando dicha posibilidad legal exija su presencia, ya que es consecuencia del cumplimiento de un precepto de cuya inobservancia se haría copartícipe.

Esta presencia y seguimiento del desarrollo de los trabajos bajo dirección facultativa es de legal e inexcusable observancia, pues toda obra requiere la presencia continua y diaria al frente de la ejecución de los trabajos de un facultativo, cuya ausencia haría incurrir en omisión, incluso penal, y con mayor gravedad a quien lo consintiese estándole atribuida la función del control de la obra.

Antecedentes históricos de la Direcciones de Obra en las contratas públicas.

Para deslindar este concepto, creo conveniente acudir a un repaso retrospectivo de la contracción de este gasto, que al igual que las licencias urbanísticas, no se contemplaba en la normativa sobre la materia, por una concurrencia de circunstancia anterior y coetánea a la redacción y promulgación de estas disposiciones legales.

Esta concepción legal de asumir la Administración los trabajos de proyecto y dirección facultativa, vienen determinados por el artículo primero de los Reglamentos

Orgánicos del Cuerpo Especial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, adscritos al Ministerio de Obras Públicas y justificado por la inexistencia de técnicos privados capacitados para la ejecución de las obras públicas, que en los respectivos artículos primeros de ambas disposiciones aprobadas respectivamente por R.D. y D. de 28 de Octubre de 1963 y 23 de Noviembre de 1956, decían lo siguiente:

Artículo 1º.- Corresponde a los Ingenieros del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, bajo la dependencia del Ministerio de Obras Públicas y de las Autoridades respectivas del orden administrativo, el estudio, dirección y vigilancia de....caminos, ferrocarriles, etc.

Legislación dictada en una época en que no estaban comprendidos sus estudios en los planes universitarios dio lugar a la creación de una Escuela Especial de Funcionarios Públicos, en la que una vez aprobados los estudios entraban a formar parte de la Administración y así queda reflejado en dichos Reglamentos Orgánicos.

Esta situación cedió paso a partir del año 1963 a estudios universitarios, que juntamente con otros titulados, permitió legalmente la exigencia a las contratas de la Administración de la presencia de titulados superiores al frente de los trabajos exigida por la normativa legal vigente, consistente en este caso en el citado Decreto de 11 de Marzo de 1971.

La existencia en el Pliego de Cláusulas Generales de la figura del Director de Obra, en combinación con el contenido de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales, confirmada y reformada por Ley de 26 de Diciembre de 1.958; hoy derogada, prestaba marco legal aparente a la presencia en las obras públicas de un facultativo de la Administración prestando servicios a las contratas.

Debe tenerse presente que cuando esta disposición se dictó fue bajo la vigencia de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales, de 26 de Diciembre de 1958 en la que la Administración Pública, a través de sus funcionarios cargaba sobre sus contratistas la Tasa del Ministerio de Obras Públicas aprobada por Decreto de 4 de Febrero de 1.960 núm. 138/60 por los necesarios trabajos de control a través de la Dirección e Inspección de Obras que establecía en su Artículo 1º lo siguiente:

Art. 1º.- Se convalida la tasa por prestación de trabajo facultativo de vigilancia, dirección e inspección de la explotación de las obras y servicios públicos a cargo del Ministerio de Obras Públicas....

Por otra parte, el concepto de Tasa de Dirección e Inspección de Obras, que consistía en una tasa del 4% se devengaba obligatoriamente por los adjudicatarios de obras por el servicio de Dirección, Inspección y Vigilancia de las obras, que venían obligados a prestar los funcionarios para control de las mismas, sin que de su contenido resultase en modo alguno la obligación de dirigir los trabajos propios de una Dirección Facultativa de los trabajos de ejecución de obra, para lo que basta leer su contenido.

No obstante, adicionado este hecho a la falta de profesionales libres en el mercado de trabajo se creaba una situación legalmente confusa, ya que en aquel tiempo tampoco existía una normativa legal que lo exigiese, que no apareció claramente hasta el año 1971.

Este es el trasfondo que producía la ausencia de Dirección-Facultativa en las contratas de obras; al que contribuía el contenido del Pliego General de Condiciones para la ejecución de las Obras Públicas aprobado por el Real Decreto de 13 de Marzo de 1903, que contemplaba la dirección de las obras por la propia Administración. Situación que fue profundamente alterada por la derogación de toda esta legislación y fundamentalmente por la posterior aparición del Decreto de 11 de Marzo de 1971.

Estas circunstancias concurrentes culminaron con la promulgación de la actual Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Reforma de la Función Pública, que hizo desaparecer los Cuerpos Especiales de la Administración, y consecuentemente hasta la más lejana posibilidad de atribuir estos trabajos a los funcionarios públicos que habían dejado de tener estas atribuciones, juntamente con las que les atribuía el derogado Pliego General de Condiciones de 1903.

Con lo expuesto queda de manifiesto la existencia de una doble concurrencia y actuaciones. Una de la Administración para el control y seguimiento continuado del exacto cumplimiento de las obligaciones contractuales, con facultades para el uso de todas las prerrogativas de la Administración.

Y otra segunda, a nivel de ejecución material de la obra, con obligación legal de nombramiento de un titulado competente, con contrato visado por un Colegio Profesional, al frente de los trabajos de Dirección Facultativa.

Situación legal resultante de su inobservancia.

Al no existir esta segunda Dirección Facultativa al frente de los trabajos, y existir sin embargo otra persona con la denominación de DIRECTOR DE OBRA, y sin constancia de si existe por parte de la contrata infracción por el incumplimiento de sus obligaciones de tener otro al frente de los trabajos, es consecuente la imputación al único profesional titulado, de los daños que se produzcan con motivo de la ejecución de la obra. Esto redundará, no sólo en perjuicio del funcionario, sino también de la propia Administración, que por vía de relación empleado-empleador se hace responsable subsidiaria de los actos de sus funcionarios e incide en la responsabilidad económica que se deriven de ellos.

Y al no existir al frente de los trabajos oficialmente otro facultativo, se produce una "colaboración aparente", que no real, entre la contrata y el Director de Obra de la Administración, que aparecen conjuntamente responsables del resultado, en contra de los preceptos legales que hacen recaer exclusivamente sobre la contrata la obligación de ejecutar la obra a su riesgo y ventura.

Con una particular incidencia producida por la aplicación de la actual legislación laboral, que tiene su expresión en el Estatuto de los Trabajadores, de 10 de Marzo de 1980, como texto fundamental, en el se establece como obligación empresarial, velar por la seguridad de los operarios, que estén bajo sus órdenes o la de sus dependientes y en virtud esta simulada dependencia del Director Obra de la Administración, se hace recaer sobre esta, a falta de un Director Facultativo contratado por el empresario, la falta de vigilancia, o de la adopción de las medidas o medios de seguridad necesarios para evitar accidentes o daños. De ahí la importancia de estas consideraciones.

Es evidente, que si la Administración asume indebidamente obligaciones de Dirección de Obra, se le exigirá a sus funcionarios una presencia constante y permanente al frente de los trabajos y, en caso de no poderlo hacer, incurrirán estos funcionarios en una omisión punible de funciones que les hará incurrir en culpa y a la Administración en la responsable económica de los mismos.

Que al no estar vinculado el funcionario en el ejercicio de su cargo al control de una sola obra, sino de varias y, por tanto, imposibilitado de estar presente como exige

el Decreto de 11 de Marzo de 1971, en todas y en todos los momentos, será inevitablemente declarado responsable por culpa en su ausencia o falta de presencia y vigilancia para evitar los accidentes y daños, mediante la prevención de las medidas de seguridad o técnicas que el desarrollo de los trabajos exija en cada momento.

Esta responsabilidad es exigible por dos vías, la de indemnización civil, de contenido únicamente económico, por estimar el perjudicado que no existía culpa penal. Vía siempre mas costosa y lenta. O alternativamente por la vía penal, mas rápida y económica, mediante la suposición de que existe culpa por omisión, y normalmente por la ausencia del Director de la Obra.

La primera quedaba muy reducida en la práctica, por el contenido del Artículo 1903 del Código Civil, en relación con el 1902 del mismo texto:

Art. 1902.- El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Que en relación con el párrafo quinto, del 1903, del mismo texto legal, determina que la Administración Pública no responde de los daños causados por sus funcionarios, más que cuando actúan por medio de un AGENTE ESPECIAL:

Art. 1903.- La obligación que impone el artículo anterior es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

...

El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.

Y dándose la circunstancia de NO HABERSE DEFINIDO LA FIGURA DEL AGENTE ESPECIAL, ni por la doctrina legal, ni por disposición ninguna, la responsabilidad de la Administración no era nunca exigible; por no haberse probado en ningún caso que diera la orden expresa al agente especial.

Por este motivo se acudía casi siempre a la vía penal.

La aparición de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de Julio de 1957, en su artículo 40, estableció la responsabilidad directa de la Administración Pública, y el subsiguiente derecho a ser indemnizados los ciudadanos por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos; salvo en caso de fuerza mayor. Con lo que queda abierta a la reclamación directa a la Administración, sin necesidad de dirigir la acción de resarcimiento contra el funcionario.

Frente a esta situación y como solución al problema de atender la cobertura económica de estas reclamaciones, las Administraciones Públicas han comenzado a dar cobertura a las posibles indemnizaciones a través del concierto de Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil.

Así lo establecen las Disposiciones Adicionales de las dos últimas Leyes de Presupuesto del Estado, para los años 1990 y 1991, y también en la Adicional DECIMO QUINTA, de la de este último año, que establece textualmente lo siguiente:

TERCERO.- El órgano de contratación con independencia de lo previsto en los apartados anteriores, podrá incluir en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y en función de la naturaleza y circunstancias que concurren en la obra sobre la que verse el proyecto la exigencia de responsabilidad solidaria del contratista consultor y del autor o autores del proyecto, por los daños y perjuicios que se originen durante la ejecución o la explotación de las obras, tanto para la Administración como para terceros por defecto o insuficiencia técnica del proyecto, o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido imputables a aquellos.

No ocurre así en los casos en que la acción ejercitada proceda de un hecho que pudiera calificarse como ilícito penal.

Especialmente en las que configuran la imprudencia que ocasione lesiones o muerte del personal que trabaja en la ejecución de las obras.

En estos casos a diferencia del ilícito civil, que hoy día tiene su cauce de reclamación directa contra la propia Administración Pública. El ilícito penal, requiere que exista un sujeto responsable contra el cual dirigir

la acción penal, ya que solo por vía de responsabilidad subsidiaria permite la ley pedir el resarcimiento económico a su empleador.

Así lo establece el Artículo 19 del Código Penal que dice:

"Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente".

Y por imperativo del contenido del anterior, en relación con el 22 del mismo texto legal.

"La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a ... entidades, organismos y empresas de cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido... empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio".

Con lo expuesto, y sin más comentario, quedan claras las conclusiones de a donde conduce esta anómala interpretación de las disposiciones que rigen la dirección facultativa de las obras.

Soluciones para evitar esta imputación indebida de responsabilidades.

Ante la posible exigencia de responsabilidad debe eliminarse totalmente la errónea imputación de ser el Director de Obra de la Administración, el responsable de las que se produzcan con motivo de su realización.

La solución no es otra que deslindar la función de estos, que no es ni directa, ni indirectamente como profesional al servicio de la contrata. Y consecuentemente al no serlo, no tiene obligación legal alguna de estar vigilando los trabajos de construcción y responder de sus vicios, faltas o accidentes.

Pero mantenida esta falsa apariencia derivada de las dos circunstancias concurrentes antes comentadas; o sea:

Primera: De una confusa exposición en los textos legales, consistente en asignarles indebidamente el cumplimiento de las obligaciones del contrato de ejecución de obra.

Segunda: Que en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares no se exija a la contrata, que cumpliendo con la legalidad vigente nombre un Director Facultativo, con contrato profesional visado en su Colegio Profesional, que le acredite como tal Director Facultativo de la Obra y con obligación de presencia al frente de los trabajos; así como de la obligación de presentarlo para tomar nota en el Libro de Ordenes de la Obra como requisito previo para dar comienzo a los trabajos y haciéndolo constar también, en el momento de redactar el Acta de Replanteo antes de dar comienzo a los trabajos.

De procederse así, al quedar constancia de la presencia de un Técnico Titulado Superior, nombrado por la contrata; e inscrito en su nombramiento en el Colegio Profesional correspondiente, debidamente visado, y siendo el Director Facultativo de los trabajos de la obra, es evidente que el Director de Obra-Funcionario Público, sólo tendría las propias funciones del control administrativo, económico, y técnico del contrato, revestido de todas las prerrogativas de interpretar, modificar, suspender, medir, valorar y recibir la obra.

Todo ello compatible con las posibilidades legales y conveniencia económica que se postula en esta nota, redactada con la esperanza de que pueda servir en alguna manera, para dejar establecidas las atribuciones y responsabilidades de los funcionarios públicos al servicio de la Administración.

Enero de 1991

