



Sr. Sobrini Lacruz, Presidente en funciones

Sr. Ramos Antón, Consejero y Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 15 de noviembre de 2018, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre la Diputación de xxxx y la empresa qqqq, S.L.* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 25 de octubre de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre la Diputación de xxxx y la empresa qqqq, S.L. referente a la realización de documentación, análisis, descripción y valoración de los puestos de trabajo y confección de una nueva relación de puestos de trabajo.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en esa misma fecha se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 474/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- Por Decreto de 6 de abril de 2016 se acuerda aprobar el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) y el expediente de contratación para la adjudicación del contrato de servicios consistente en la realización de

documentación, análisis, descripción y valoración de los puestos de trabajo y confección de una nueva relación de puestos de trabajo acorde a las necesidades actuales de la Diputación Provincial de xxxx, mediante procedimiento abierto, con un presupuesto base de licitación de 41.322,31 euros y 8.677,69 euros en concepto de IVA.

Segundo.- Mediante Decreto de 14 de junio de 2016 se adjudica el contrato a la empresa qqqq, S.L. (Consultoría qqqq), en los términos establecidos en los pliegos que sirven de base para la contratación y de conformidad con la oferta presentada.

Tercero.- El 1 de julio de 2016 se formaliza el contrato, en cuya cláusula tercera se establece un plazo de ejecución de seis meses menos quince días, de acuerdo con lo establecido en el PCAP y en la oferta presentada.

Cuarto.- En la Comisión Informativa celebrada el 17 de febrero de 2017 el Diputado Provincial del Grupo cccc formula una queja en la que solicita al Presidente de la Comisión que, al no haberse cumplido el plazo acordado para la finalización y entrega de la Relación de Puestos de Trabajo, la Corporación debería exigir a la empresa los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

El 3 de octubre de 2017, a requerimiento del Diputado Delegado del Área de Recursos Humanos, el Servicio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales emite informe en el que señala que existe un incumplimiento grave del plazo de ejecución del contrato, que preveía que la ejecución material del servicio sería de seis meses, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato, y que al día de la fecha no había tenido lugar aún la finalización de los trabajos contratados. Entendía el Servicio de Recursos Humanos que existían indicios suficientes para que la Corporación realizara la calificación que procediera por la incorrecta ejecución del contrato denunciada, ya que en la RPT no figura como uno de los elementos configurativos de los puestos de trabajo "la retribución por el complemento específico" que afecta profundamente al sistema retributivo de los funcionarios públicos y se configura como pilar básico de las retribuciones. Asimismo pone de manifiesto que el documento que la empresa entrega a la Corporación contiene una serie de irregularidades como son la confusión de la selección de funcionarios con la provisión de puestos de trabajo, la generalización de la libre designación como sistema exclusivo de acceso a una serie de puestos de trabajo sin explicar cuál es la especial

confianza o responsabilidad de esos puestos -es decir, sin justificación alguna- y que la titulación exigida para diversos puestos encuadrados dentro de la Escala de la Administración Especial no coincide con una concreta titulación académica o profesional. A mayor abundamiento señala que tampoco consta que a lo largo de todo el proceso seguido hasta ahora (más de un año) se haya adoptado ningún acuerdo en mesa de negociación de los distintos documentos que se han ido presentando.

Quinto.- Por Decreto del Diputado Delegado del Área de Recursos Humanos de 14 de junio de 2018, previo informe de la Secretaría General de la Diputación Provincial de xxxx, con base en la denuncia de incumplimiento del plazo formulada por el Servicio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales y del informe emitido por el Secretario de la Corporación, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato, proponiendo la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista al efecto. Se da trámite de audiencia al contratista por un plazo de diez días naturales. No se concede trámite de audiencia al avalista, al haberse constituido la garantía definitiva en metálico por importe de 1.439,21 euros.

El 22 de junio la empresa contratista solicita el traslado del expediente completo con suspensión del plazo para formular alegaciones. El 5 de julio presenta alegaciones en las que señala que el incumplimiento alegado no corresponde a una obligación esencial por no estar así expresamente recogido en los pliegos, por lo que, en todo caso, se estaría ante un error subsanable, con el que tampoco están de acuerdo. Asimismo manifiesta que la responsabilidad es de la Administración, pues existe una voluntad contraria a la ejecución del contrato desde el momento en que ésta ni siquiera ha contestado a sus múltiples requerimientos. Además, por parte de la Administración hay un incumplimiento grave, al no cumplir con lo estipulado en la cláusula 17 del PCAP, que prevé la constitución de una comisión de seguimiento integrada por el Diputado Delegado de Personal como presidente y como vocales un representante de cada una de las secciones sindicales con representación en los órganos unitarios (Junta de Personal y Comité de Empresa), los miembros de la Comisión de Recursos Humanos y los responsables técnicos asignados por la empresa adjudicataria a efectos de facilitar la participación de los trabajadores en las distintas fases de elaboración del proyecto, pues no ha existido ninguna reunión de dicha comisión.

Sexto.- Por Decreto de 10 de agosto de 2018, sin necesidad de elevar propuesta de resolución al Consejo Consultivo de Castilla y León (por considerar que no hay oposición del contratista al no haberse recibido en el Servicio de Contratación ningún escrito de alegaciones por vía telemática ni comunicación por parte del registro general de entrada de alegaciones de la empresa durante el plazo conferido al efecto), se resuelve el contrato por deficiencias en su cumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223.f) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con incautación de la garantía definitiva, lo que se notifica al contratista el 13 de agosto.

Séptimo.- El 3 de septiembre el contratista presenta recurso de reposición frente al citado Decreto, ya que había presentado alegaciones referentes a la resolución del contrato dentro del plazo concedido.

Mediante Decreto de 7 de septiembre se estima parcialmente el recurso de reposición presentado y se anula y deja sin efecto el Decreto de 10 de agosto, al haberse presentado las alegaciones en plazo, que habían tenido entrada en el registro general el 5 de julio. Se tienen por presentadas en tiempo y forma y se incorporan al expediente de resolución del contrato. Asimismo se acuerda, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la suspensión del plazo máximo legal para la resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo y la recepción de dicho informe, lo que se notifica al contratista.

Octavo.- El 24 de octubre de 2018, previo informe en el que se desestiman las alegaciones formuladas por el contratista, se formula propuesta de resolución del contrato por causas imputables al contratista, con incautación de la garantía definitiva.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, al tratarse de un expediente tramitado por la Administración Local que versa sobre la resolución de un contrato administrativas con oposición por parte del contratista, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El presente contrato se rige por el PCAP, el TRLCSP (aplicable al contrato de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –LCSP-), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En cuanto al procedimiento de resolución contractual, éste se ha iniciado el 14 de junio de 2018, por lo que es de aplicación el artículo 191 de la LCSP, relativo al "Procedimiento de ejercicio", que establece como trámites preceptivos para la resolución del contrato la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 193.3 de la LCSP para el supuesto específico de "Resolución por demora y prórroga de los contratos.

En este caso, en el procedimiento de resolución contractual seguido se han cumplido los requisitos fijados en el citado artículo 191 de la LCSP y en el artículo 109.1 del RGLCAP, ya que se ha concedido trámite de audiencia al contratista, sin que resulte necesaria la concesión de trámite de audiencia al avalista al haberse constituido la garantía en metálico, y con el presente dictamen se cumple lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

Finalmente, a diferencia de la regulación anterior -que no establecía un plazo específico de duración del procedimiento-, el artículo 212.8 de la LCSP determina que el plazo máximo en que estos procedimientos deben ser instruidos y resueltos es de ocho meses.

Por ello, el procedimiento no ha caducado, pues se inició el 14 de junio de 2018 y el 7 de septiembre la Administración hizo uso de la facultad de suspensión al amparo del artículo 22.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, debidamente notificada al interesado, tal y como obra en el expediente.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 190, 212 y 213 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

Del mismo modo, el artículo 114.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, dispone que "El órgano de la Entidad Local competente para contratar según la Ley ostenta también la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento. Igualmente, podrá modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente".

3ª.- Es doctrina consolidada del Consejo de Estado, según la cual, con carácter general, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico -en este caso el incumplimiento de los plazos por el contratista-. Por ello, cuando concurren diversas causas de resolución del contrato, con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo.

En este sentido se ha pronunciado este Consejo Consultivo (por todos, los Dictámenes 1.042/2008, de 18 de diciembre; 1.222/2009, de 26 de noviembre; 32/2010, de 18 de febrero; 1.561/2011, de 19 de enero de 2012; 273/2012, de 24 de mayo; 371/2013, de 29 de mayo; 865/2013, de 23 de enero de 2014, y 458/2014, de 16 de octubre).

Tal doctrina se ha plasmado en el vigente artículo 211.2 de la LCSP: "En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo".

4ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, la Administración contratante alega como causa de resolución la contenida en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP: "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".

La intervención del Consejo Consultivo en un caso como el presente, ha de centrarse en examinar la concurrencia de la causa de resolución alegada y si este incumplimiento puede considerarse imputable al contratista.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, expresiva de que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor, así lo proclaman las Sentencias de 10 de febrero de 2001, 27 de abril de 2000 y 27 de mayo y 6 de marzo de 1999.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 ha declarado que "a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación". Más aún, dice la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales "sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas", pues, como añade esta misma Sentencia, "lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista".

El Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración, ha mantenido ya desde su Dictamen nº 41.941, de 1 de marzo de 1979, que "la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento,

pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura". En su Dictamen nº 42.000, de 22 de febrero de 1979, mantiene además que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas".

Por consiguiente, habrá de ponderarse, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, sin que pueda caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

Por obligaciones contractuales esenciales deben entenderse aquellas que derivan del objeto del contrato, de tal manera que su incumplimiento determina que no puede alcanzarse el fin perseguido con este. Por tanto, si el objeto del contrato no se cumple es evidente que procedería la resolución.

En el supuesto objeto de dictamen se trata de un contrato de resultado, que tiene por objeto la realización de análisis, descripción y valoración de los puestos de trabajo y confección de una nueva relación de puestos de trabajo acorde a las necesidades actuales de la Diputación Provincial de xxxx, conforme a las prescripciones técnicas redactadas por el Técnico de la Administración General.

La naturaleza jurídica de la RPT, según la última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, es la de un acto administrativo con destinatario plural o indeterminado.

El artículo 74 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante TREBEP), se refiere a la RPT como un instrumento técnico organizativo al señalar que "Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su

caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos”.

En lo que se refiere a la Administración Local, el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRRL), atribuye a las Entidades Locales la potestad de autoorganización.

Los trabajos de redacción de la RPT y valoración de los puestos de trabajo serán realizados por los responsables técnicos propios o por una comisión técnica de valoración designados al efecto o por técnicos externos o consultora a la que se adjudique la contratación de dichos servicios.

Al respecto, el artículo 305 del TRLCSP referente a la ejecución de los contratos de servicio dispone:

“1. El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación.

»2. El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato”.

En cuanto al cumplimiento de estos contratos, el apartado 1 del artículo 307 del TRLCSP señala que “La Administración determinará si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho”.

Pues bien, en el presente caso, la Administración alega, para proceder a la resolución del contrato, el incumplimiento del plazo para su ejecución y diversos incumplimientos en la elaboración de la RPT, como son la falta de retribución del complemento específico, la forma de provisión de los puestos de

trabajo, la justificación de la libre designación, la titulación exigida para puestos de la Administración Especial y la falta de acuerdo en la Mesa de Negociación de los documentos que se han ido presentando.

En relación con el plazo de ejecución del contrato, la Administración considera que las condiciones que ofertó la empresa en cuanto a dicho plazo determinaron que el contrato les fuera adjudicado, por lo que al no haber elaborado el contratista la RPT dentro del plazo ofertado, de ser aceptado este incumplimiento por la Administración implicaría una violación del principio de igualdad de condiciones para los ofertantes de manera que no se garantizarían las mismas oportunidades y significaría dar al adjudicatario ventajas indebidas que no estaban en los pliegos sin haberse alterado las circunstancias de hecho tenidas en cuenta en la adjudicación del contrato.

La cláusula 6 del PCAP dispone que "El contrato tendrá una duración de seis meses, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato.

»El servicio se prestará conforme la programación establecida en el Pliego de Prescripciones Técnicas".

La cláusula 7 del PPT establece que la ejecución material del servicio será de seis meses, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato.

La oferta presentada por el contratista señala que el plazo de ejecución es "de cinco meses y dos semanas. Bajando en 15 días el plazo máximo de 6 meses".

Así pues, si el contrato se formalizó el 1 de julio de 2016, éste debería haber concluido el 16 de diciembre según lo manifestado por el contratista en su oferta o, en todo caso, el 2 de enero de 2017, de acuerdo con lo dispuesto en los pliegos.

La cláusula 17 del PCAP, en cuanto al cumplimiento del contrato, señala que para la imposición de penalidades por demora en la ejecución se estará a lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP.

El TRLCSP, en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa, solo permite la resolución por

incumplimiento del plazo por parte del contratista cuando concurre culpa en su actuación o, dicho sea de otro modo, cuando el retraso le es imputable. El artículo 212.4 del TRLCSP dispone así que "Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato". La doctrina jurisprudencial ha matizado que tal incumplimiento ha de ser relevante para que quede legitimada tan drástica consecuencia, pues, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001, recapitulando la doctrina jurisprudencial, a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, "lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación".

Por consiguiente, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede solo la imposición de penalidades hasta el límite del 10% del presupuesto total del contrato (artículo 212.1 del TRLCSP).

No se configura en los pliegos que rigen la contratación el cumplimiento de plazo de ejecución del contrato como una obligación de carácter esencial, lo que podría dificultar *a priori* la posibilidad de resolver el contrato por tal causa. Sin embargo, la omisión de la calificación del carácter esencial de esta obligación no obsta para que la Administración, justificando debidamente la esencialidad de la obligación, pueda proceder a la resolución del contrato por este motivo.

En este sentido, es doctrina de este Consejo Consultivo que una obligación puede ser esencial, aunque no figure como tal en los pliegos y en el contrato, atendiendo al carácter básico de dicha obligación (por todos, los Dictámenes 1.222/2009, de 26 de noviembre; 32/2010, de 18 de febrero; 528/2013, de 18 de julio; 742/2013, de 18 de octubre y 115/2014, de 11 de abril).

Esta posibilidad de atribuir carácter esencial a obligaciones no calificadas como tales en el contrato o en los pliegos se admite también por otros órganos consultivos. Así, el Consejo Consultivo de Madrid, en el Dictamen 408/2011, señala: "En este punto, la indiscutida exigencia legal (art. 206 g) y jurisprudencial (SSTS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones 'esenciales' del contrato limita en buena medida la potestad resolutoria de la Administración, pero ello no significa que la Administración no pueda hacer uso de esa facultad ante incumplimientos del contratista esenciales pero no calificados como tales en los pliegos o en el contrato. Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (así por ejemplo SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados". En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 20/2011, de 12 de septiembre.

Para determinar si el plazo de ejecución puede configurarse en el presente caso como una obligación de carácter esencial aunque los pliegos no lo recojan, hay que remitirse a la cláusula 17 del PCAP, referente al cumplimiento del contrato, a efectos de verificar si la ejecución del contrato en plazo afecta al objeto de éste y a la cláusula 3 del PPT, que describe las fases de elaboración del proyecto.

La cláusula 17 del PCAP dispone que "El objeto del contrato deberá cumplirse conforme a lo señalado en el Pliego de Prescripciones Técnicas y Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rigen la contratación.

»El contratista ejecutará el contrato a su riesgo y ventura y los servicios se realizarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en este pliego y en el de prescripciones técnicas que sirven de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el Servicio Agropecuario (sic).

»El adjudicatario aportará para cumplir con el contrato el equipo humano, técnico y organización que sean necesarios para el desarrollo óptimo del proyecto.

»El adjudicatario deberá nombrar un responsable de Equipo que será el interlocutor entre la empresa adjudicataria y la Diputación Provincial de xxxx.

»La Diputación de xxxx se obliga a facilitar los datos necesarios referidos al número de personal, características, retribuciones, así como toda la información precisa para el desarrollo del proyecto. El Jefe de Servicio de Personal coordinará este trabajo.

»Si implica tratamiento de datos de carácter personal, el adjudicatario deberá respetar en su integridad lo establecido en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal así como toda la normativa vigente en esta materia.

»A efectos de facilitar la participación de los trabajadores en las distintas fases de elaboración del proyecto, se constituirá una comisión de valoración y seguimiento integrada por el Diputado delegado de Personal como presidente, como vocales un representante de cada una de las secciones sindicales con representación en los órganos unitarios (Junta de Personal y Comité de Empresa), los miembros de la Comisión de Recursos Humanos y los responsables técnicos asignados por la empresa adjudicataria. Esta comisión se reunirá al finalizar cada fase estipulada en la cláusula tercera de este Pliego, en la que será informada de los avances del Proyecto, a efecto de que puedan realizar propuestas y observaciones. Todo ello sin perjuicio de la preceptiva negociación de la que habrá de ser objeto el Proyecto definitivo.

»El contratista deberá guardar sigilo respecto a los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato, de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, salvo que el Órgano de contratación, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del contrato, no lo estime aconsejable”.

Por su parte, la cláusula 3 del PPT señala que “El servicio se realizará con estricta sujeción a este Pliego de Prescripciones Técnicas y al Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares y conforme a las fases de elaboración que a continuación se recogen.

»Para el desarrollo de los trabajos incluidos en el contrato, el adjudicatario deberá realizar un proyecto, desarrollando las siguientes fases, pudiendo introducir mejoras en cada una de las fases en su propuesta técnica, que en ningún caso supondrá mayor coste para la Diputación o ampliación del plazo de ejecución del contrato:

»1ª Análisis, diseño y valoración de los puestos de trabajo existentes. Actualización de la descripción funcional de servicios y unidades (...).

»2ª Propuesta del documento de referencia (...).

»3ª Proyecto de Relación de Puestos de Trabajo. (...)"

En los pliegos no se establece ningún plazo para las diferentes fases de la ejecución del contrato.

El contratista aporta en el anexo a su oferta un cronograma de 5 meses y dos semanas en el que se especifica la duración de cada fase y las labores a realizar en cada una de ellas.

De las cláusulas de los pliegos anteriormente citadas se desprende que para la elaboración de la RPT la Administración se obliga al suministro de datos necesarios referidos al número de personal, características, retribuciones, así como toda información precisa para el desarrollo del proyecto.

Por lo tanto, es determinante para verificar si el contrato se ha ejecutado en plazo si la Administración ha puesto a disposición del contratista todos los datos necesarios para elaborar la RPT pues, si esto fuera así, el retraso en la ejecución podría entenderse como una voluntad contraria del contratista a su ejecución.

De los documentos obrantes en el expediente se pone de manifiesto que se hizo una entrega de la primera parte de la RPT el 29 de diciembre de 2016 y el 20 de febrero de 2017 se procedió a la presentación de la RPT completa

para su análisis por la Mesa de Negociación, si bien no consta un acto de recepción formal.

En sus alegaciones el contratista manifiesta que desde el 1 de julio de 2016, fecha de la firma del contrato, se plantea una reunión con los sindicatos, que no comparecen. Señala que reciben la anterior RPT en Excel y el 29 de julio de 2016 remiten al coordinador del trabajo un documento con dudas sobre la plantilla. El 1 de agosto recibe la respuesta a las dudas sin que queden claras ciertas concreciones respecto a la plantilla, a partir de la cual se suceden una serie de llamadas telefónicas y correos a fin de aclarar multitud de discordancias. El 6 de septiembre continúan con comunicaciones tanto telefónicas como por correo porque seguían sin cuadrar los distintos documentos que el coordinador les había remitido (en cuanto a personal y plantilla). El 19 de octubre se remiten los formularios a los sindicatos y el 8 y 19 de noviembre se comunican a efectos de concertar una entrevista que se fija para los días 22, 23 y 24 de noviembre con los sindicatos y el equipo de gobierno. Posteriormente se remite documentación y el 28 de noviembre se envía el registro de horas extras y el organigrama del personal del centro residencial y los turnos de cada uno de ellos. El 29 de diciembre se entrega el borrador inicial de las memorias y hasta mediados de enero se presentan informes de alegaciones por las distintas secciones sindicales y, una vez analizados, el 20 de febrero se remiten los documentos modificados y las fichas.

El 21 de marzo de 2017 el contratista se personó en la Diputación Provincial para tener una reunión con las partes y solventar las dudas existentes, tras la cual se informó de que la negociación de la RPT comenzaría en breve tras la resolución de ciertas dudas. Pasados varios meses se notifica al contratista que hay complicaciones en la negociación y la dificultad existente para poner en práctica la RPT, por lo que presenta factura el 31 de octubre de 2017.

Por lo expuesto, no cabe hablar de una voluntad contraria del contratista a la ejecución del contrato, por lo que la demora en la entrega de la RPT no es un retraso culpable y debió procederse, en su caso, a la imposición de las penalidades a las que alude la cláusula 17 del PCAP, pero no a la resolución del contrato por este motivo y más cuando el plazo, en este caso, no incide en el interés público y la Administración tampoco lo ha justificado, ya que la argumentación dada sobre la repercusión en otros licitadores del

incumplimiento del plazo en la ejecución se refiere a un criterio de adjudicación, pero no afecta al objeto del contrato.

En relación con el resto de incumplimientos alegados, hay que tener en cuenta que el objeto de la RPT se configura como obligación esencial del contrato, aunque no se especifique en los pliegos. Su contenido debe ser el señalado en el artículo 74 del TREBEP, para considerarse debidamente cumplido. Por lo tanto comprenderá, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.

El artículo 90 de la LRBRL establece que cada Corporación Local formará la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización en los términos previstos en la legislación básica de función pública. Corresponde al Estado establecer las normas conforme a las cuales deben confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, descripción de puesto de trabajo tipo y condiciones requeridas para su creación.

El apartado b) del artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública establece que "Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral".

La cláusula 3 del PPT, referente al proyecto de RPT, dispone que "Para cada puesto se elaborará un documento o ficha que lo describa y cuyo contenido mínimo será, es decir, no tendrá carácter limitativo:

- »-Código del puesto.
- »-Número de puestos homogéneos.
- »-Denominación del puesto de trabajo.

- »-Servicio o unidad de competencia.
- »-Tipo de puesto, singularizado o no.
- »-Nivel de complemento de destino.
- »-Retribución por complemento específico.
- »-Forma de provisión.
- »-Dependencia funcional.
- »-Responsabilidad de supervisión.
- »-Condiciones particulares de desempeño: plazas que pueden acceder, formación específica, requerimientos específicos, otros requisitos...
- »-Descripción de funciones.
- »-Datos exigidos en la normativa reguladora de las RPT del Estado.
- »-Observaciones”.

El apartado d) de la citada cláusula “Retribuciones complementarias” señala que “Se referirán al nivel de complemento de destino y complemento específico que corresponda a cada puesto, cuando haya de ser desempeñado por personal funcionario, o los complementos relativos a categoría profesional, o especial responsabilidad, dedicación disponibilidad, etc., para el personal laboral, en su caso, en el correspondiente convenio colectivo.

»Se elaborará un documento denominado ‘Valoración de puestos de trabajo de la Diputación Provincial de xxxx que servirá de base para establecer las retribuciones complementarias propuestas para cada puesto de trabajo y que seguirá el método de ‘puntuación por factores’ teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 30/84 (en lo que se mantenga vigente), RD 861/1986 y EBEP. La valoración se hará atendiendo a condiciones particulares de desempeño, dificultad técnica, dedicación incompatibilidad, responsabilidad,

peligrosidad, así como a criterios de especialización, responsabilidad, competencia, mando y complejidad funcional de los servicios a los que esté asignado el puesto.

»Quedará constancia documental de las operaciones de valoración de los puestos de trabajo”.

Se alega como incumplimiento el que no aparezca cuantificado el complemento específico, que se configura como un elemento necesario de la RPT por lo que su inobservancia afecta al objeto del contrato.

El artículo 93 de la LRBRL establece:

”1. Las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública.

»2. Las retribuciones complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado”.

»3. Las Corporaciones locales reflejarán anualmente en sus Presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública”.

El artículo 4 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local dispone:

”1. El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en un puesto de trabajo.

»2. El establecimiento o modificación del complemento específico exigirá, con carácter previo, que por la Corporación se efectúe una valoración del puesto de trabajo atendiendo a las circunstancias expresadas en el número 1 de este artículo.

»3. Efectuada la valoración, el Pleno de la Corporación, al aprobar la relación de puestos de trabajo, determinará aquéllos a los que corresponde un complemento específico, señalando su respectiva cuantía.

»4. La cantidad global destinada a la asignación de complementos específicos figurará en el presupuesto y no podrá exceder del límite máximo expresado en el artículo 7.2,a), de esta norma”.

Uno de los elementos imprescindibles de la RPT son las retribuciones complementarias que lo integran. En el documento entregado por el contratista, que es un proyecto de RPT, no se señala valoración económica pero sí puntos. La contratista manifiesta en sus alegaciones que en la memoria del documento entregado ha señalado lo siguiente: “Igualmente dentro del expediente, y una vez se negocien las medidas en la mesas de negociación, así como el calendario de implicación, habrá de realizarse una memoria económica presupuestaria de las implicaciones que dicha aplicación deberá tener en cada ejercicio presupuestario.

»Dado que en la actualidad, no se pueden determinar que los puntos sean definitivos, pues es objeto de negociación entre ambas partes, así como tampoco es el momento procedimental oportuno para empezar a debatir y proponer un valor del punto, que habrá de salir de dicha negociación, es imposible hacer un análisis en la actualidad de las consecuencias económicas del presente documento.

»Es por todo ello, que este documento se entregará una vez se hayan determinado fehacientemente todos los elementos que en la actualidad están a falta de negociación.

»Obviamente una vez se hayan concretado los diferentes elementos se irán entregando valoración económica de las medidas que se vayan manteniendo, así como en la entrega final que habrá de ser sometida a aprobación irá el documento íntegro con las diferentes valoraciones económicas

de cada medida a adoptar o por adoptar, así como el total de la repercusión en el presupuesto de gastos, si se tomaren todas las medidas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 26 de febrero de 2002, 18 de noviembre de 2003 o 27 de marzo de 2006) ha destacado que no es necesario que en las RPT figure una indicación exhaustiva de las características de cada uno de los puestos de trabajo, lo que se hace extensivo a sus retribuciones complementarias. Manifestándose esa circunstancia en la posibilidad de que en tal instrumento de ordenación del personal se consignen retribuciones distintas para puestos con igual denominación, pero no se precise de manera detallada cuáles son los datos y condiciones particulares que determinan la disparidad. Es decir, la omisión por sí sola de esos datos en la RPT no permite calificar como discriminatoria esa diferencia de trato retributivo en cuanto que no excluye que, efectivamente, puedan existir elementos o aspectos adicionales no indicados en la RPT que justifiquen la distinción. Y, en estos casos, y como pone de manifiesto la STS de 29 de abril de 2009, es a la Administración a la que corresponde probar ese elemento diferencial puesto que es ella la que ha decidido ese trato desigual por juzgarlo conveniente para los intereses generales que persigue. Sin olvidar que es también dicha Administración la que tiene a su alcance la información sobre las circunstancias de cada puesto de trabajo y, por lo mismo, la mayor disponibilidad y facilidad probatoria.

En relación con la fijación del complemento específico en la Administración local, deben distinguirse dos fases: a) Actuaciones anteriores a la fijación del complemento específico, que a su vez, consta de dos etapas: valoración previa de los puestos de trabajo y aprobación de las RPT y b) Comprobación si la fijación del complemento específico ha sido o no legalmente procedente.

Así pues, el establecimiento o modificación del complemento específico exigirá, con carácter previo, que la Corporación efectúe una valoración del puesto de trabajo. Los estudios técnicos que sirvan de base a esta cuantificación no son objeto de aprobación por ningún órgano administrativo, sino que constituyen una documentación aneja interna que puede servir de orientación al órgano administrativo competente a la hora de formar su voluntad en la fijación y cuantificación del complemento específico, mediante la aplicación de una «discrecionalidad técnica»

Efectuada tal valoración, el Pleno de la Entidad, al aprobar la RPT, determinará aquellos puestos a los que les corresponde un complemento específico y señalará su respectiva cuantía, pudiendo negociarse la participación de las organizaciones representativas de los funcionarios en la valoración previa y objetiva de los «puestos de trabajo» a efectos de determinar a cuáles de ellos se debe asignar un complemento específico; también a efectos de posibles modificaciones o incluso eliminaciones. Una vez elaborada la RPT y antes de su aprobación por el órgano competente, deberá ser objeto de la preceptiva negociación con los representantes de los trabajadores, a través de la mesa general de negociación. Así lo dispone el TREBEP que incluye entre las materias de preceptiva negociación en su artículo 37.1 m) «los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos».

El artículo 37.2 del TREBEP excluye de la obligatoriedad de negociación las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, salvo que tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, y en ese caso procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere el citado texto refundido, siendo causa de nulidad su omisión.

Por todo ello y en atención a que en el proyecto de RPT elaborado por la empresa se contiene una puntuación referente al complemento específico efectuada por la valoración de unos factores, no se ha incumplido con una obligación sustancial del contrato. Tal y como se ha señalado, es el Pleno de la Corporación el que tiene que cuantificar el complemento que debe ser sometido a mesa de negociación.

El hecho de que los puntos no se hayan cuantificado económicamente no supone una causa de resolución del contrato, pues si la Administración, a la vista de la documentación recibida, considera que el proyecto de RPT no se ha adecuado a lo establecido en los pliegos debería haber dado al contratista la posibilidad de subsanación a la que se refiere el artículo 307.1 del TRLCSP.

En cuanto a las formas de provisión el artículo 78 del TREBEP señala que “La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a

cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública". En el presente caso el contratista amplía las existentes, pues alude al concurso oposición. El artículo 61.6 del TREBEP establece que "Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación".

Por ello el concurso-oposición se configura como un procedimiento para acceder a la condición de funcionario, mientras que la provisión es el sistema que se aplica para la movilidad del personal que ya pertenece a la Administración.

La Administración no se ha dirigido al contratista para la corrección de este aspecto que, finalmente, deberá abordarse en la mesa de negociación.

Sobre la libre designación la jurisprudencia ha sido constante a la hora de recordar que se trata de un sistema excepcional de provisión que solamente procede en ciertos puestos en los que concurren determinadas circunstancias, y que por lo tanto la Administración asume la carga de justificarlo convenientemente, siendo numerosísimas las sentencias del Tribunal Supremo que han sentado tal doctrina. Entre los pronunciamientos más significativos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009 sostiene que la RPT, como acto normativo en el que se plasma la clasificación y ordenación de los distintos puestos de trabajo con sus respectivas condiciones y características, no necesita contener una motivación explícita acerca de las razones por las que opta por la libre designación para cubrir determinados puestos. Esa motivación sí debe contenerse en la exposición de motivos o en el expediente que se haya seguido para la aprobación del acto, generalmente a través de una memoria técnica justificativa o de informes emitidos. En esta misma línea, otra Sentencia de la misma fecha afirma que la motivación no puede consistir en que la propia RPT, o alguno de sus actos preparatorios, formule a esos efectos una remisión genérica a las estructuras orgánicas de la Administración actuante o a las disposiciones que definan y regulen sus organigramas.

La Sentencia citada en último lugar, así como la de 16 de julio de 2007, declaran igualmente que no es posible que la motivación parta de un planteamiento generalizador y atribuya a una determinada pluralidad

homogénea de puestos de trabajo el carácter directivo o la especial responsabilidad —y, consecuentemente, se aplique como modo para su provisión la libre designación—, simplemente por ostentar tales puestos un determinado complemento de destino o nivel, o por el mero hecho de encontrarse en un determinado lugar de la organización administrativa. Por el contrario, la motivación ha de ser individualizada y referirse a cada puesto de trabajo en concreto caso por caso, y debe proyectarse sobre las funciones específicas o contenidos propios de cada uno.

En el documento entregado se señala expresamente que la libre designación es un procedimiento excepcional de provisión, y se motivan los puestos que se considera deben ser de libre designación, por lo que no se aprecia ningún incumplimiento.

En relación con los puestos de administración especial consideran que requieren una titulación concreta. Al respecto cabe señalar que para que pueda sentarse la competencia de unos cuerpos o escalas, descartando la de otros que también la tienen con carácter genérico, resulta absolutamente imprescindible que la exclusividad esté legal o reglamentariamente reconocida.

Una clara muestra de este criterio general se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2006 que, recordando la doctrina contenida en la Sentencia de 27 de mayo de 1998, proclama que hay que atender fundamentalmente al nivel de conocimientos que se derivan de los títulos profesionales, pero huyendo de la determinación de una competencia exclusiva general. De modo que los funcionarios puedan actuar de acuerdo con la capacidad profesional que acrediten sus títulos, pero sin que sea indispensable que actúe siempre el profesional estrictamente especialista. Pues, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanza de carácter técnico, éstas dotan a sus titulados de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos, sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido. Idéntico criterio emplea la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009, con cita de la de 17 de octubre de 2002, que sostiene que ante puestos de trabajo cuyos contenidos no guardan exacta correspondencia con titulaciones académicas determinadas, de suerte

que tal contenido (en su globalidad) puede resultar compartido por las disciplinas propias de varias titulaciones, se impone que el desempeño de tales puestos esté abierto a los funcionarios pertenecientes a todas ellas, de forma que cada una pueda incidir en áreas determinadas de esa globalidad.

Por último, en cuanto a la falta de negociación colectiva, ésta no es una cuestión que atañe al contratista, pues no es parte en ella, aunque puede intervenir como asesor en el caso de ser convocado a las mesas de negociación (artículos 33 y siguientes del TREBEP).

Por todo lo expuesto cabe señalar que los defectos observados en el proyecto de RPT no constituyen un incumplimiento imputable al contratista, por lo que no cabe resolver el contrato ni incautar la garantía, que tampoco será automática ante el incumplimiento del contrato, sin haber intentado previamente su subsanación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 317.1 del TRLCSP y, en último término, imponer las penalidades a las que se refiere el artículo 212 del TRLCSP y al que alude la cláusula 17 del PCAP.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede la resolución del contrato suscrito entre la Diputación de xxxx y la empresa qqqq, S.L. referente a la realización de documentación, análisis, descripción y valoración de los puestos de trabajo y confección de una nueva relación de puestos de trabajo.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.