

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RÉGIMEN JURÍDICO

JULIO GALÁN CÁCERES

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y
Profesor del CEF*

Palabras clave: contratos administrativos, contrato de suministros, contrato de obras: procedimiento y régimen jurídico.

ENUNCIADO

Distintos departamentos ministeriales necesitan realizar los siguientes contratos:

- a) El arrendamiento de un bien inmueble para ubicar en él unas oficinas administrativas.
- b) La adquisición de una colección privada de cuadros a un reputado artista para adornar diversos salones de dependencias ministeriales.
- c) El arrendamiento de equipo y sistemas de telecomunicaciones.
- d) El transporte por ferrocarril de diversos bienes muebles desde un edificio donde se encuentran, hasta otro ubicado en distinta localidad.
- e) Concertar con un reconocido poeta para que ponga texto a diversas esculturas que van a ser exhibidas en un museo.
- f) Construir un aparcamiento subterráneo, remunerándose al contratista mediante la concesión de la explotación del mismo.
- g) La construcción de un pabellón polideportivo para la práctica de diversos deportes.

Respecto al último de los contratos citados, el ministro, mediante Orden Ministerial, desconcentra sus competencias para celebrar el contrato en un Director General de su Ministerio. Es

de significar que el órgano de contratación no desea constituir mesa de contratación alguna para la adjudicación del contrato.

El valor estimado del contrato se cifra en 12.000.000 de euros, sin que se determinara la cuantía por precios unitarios. Para su adjudicación se convoca procedimiento abierto con un solo criterio de valoración. Es de resaltar que la Administración va a facilitar a la adjudicataria del contrato medios auxiliares cuya buena utilización exigen garantías especiales por parte de aquélla.

El contrato es publicado exclusivamente en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

Debido a la escasez de edificios de esta naturaleza en la zona, el órgano de contratación desea acelerar la adjudicación del contrato.

En momento oportuno, por el órgano de contratación se procede a aprobar el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares del que destacamos las siguientes cláusulas y circunstancias:

- a) Se incluyeron algunas cláusulas contrarias a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas generales.
- b) El pliego no fue informado por el servicio jurídico correspondiente.
- c) Enumera como causa de prohibición para ser contratista, aparte de las mencionadas en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), otras dos nuevas causas.
- d) Establece consideraciones de tipo social con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, atribuyéndoles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de incumplimiento del contrato como causa de resolución.
- e) Establece como órgano competente, respecto a los efectos y extinción del contrato, en caso de extinción, a la jurisdicción ordinaria.
- f) Establece que el cómputo de los días se entenderán hábiles, en todo caso.
- g) Se establece como garantía definitiva el 5 por 100 del precio de licitación.

Por razón de la cuantía del contrato, la aprobación del gasto se efectuó por el Consejo de Ministros.

Publicado el pliego de cláusulas administrativas particulares el día 4 de marzo, una asociación de constructores de la localidad impugna los mismos el día 16 de igual mes, a través del recurso especial en materia de contratación. El recurso lo presenta en el Registro de la Delegación del Gobierno.

Abierto el periodo de licitación, se presentan las siguientes ofertas:

- a) Por parte de un hermano titular del órgano de contratación.
- b) Por parte de una sociedad anónima que, en su documentación, no acredita su clasificación en el registro de empresas clasificadas.
- c) Por parte de una sociedad de responsabilidad limitada que se encuentra clasificada, pero no acompaña documentación alguna para acreditar su solvencia.
- d) Por parte de una empresa francesa que no se encontraba clasificada en el registro de empresas clasificadas.
- e) Por parte de una unión temporal de empresas españolas, que no estaba formalizada en escritura pública y que se encontraba formada por los empresarios clasificados y por otros no clasificados.
- f) Por parte de una sociedad anónima, cuya escritura de constitución está depositada en el Registro Mercantil para su inscripción, sin que ésta se hubiera llevado a cabo todavía.
- g) Por parte de un empresario que, para ofrecer facilidades a la Administración, permite el pago aplazado del precio del contrato.

Finalmente, el contrato acaba adjudicándose provisionalmente por la mesa de contratación a la empresa francesa, pese a que no era la mejor oferta económica. En el plazo otorgado al efecto, la adjudicataria no constituye la fianza definitiva por lo que se selecciona un nuevo contratista al que se le notifica la adjudicación definitiva el 12 de noviembre y, sin haberse formalizado el contrato, se iniciará la ejecución del mismo.

Es de resaltar, el crédito reservado para esta obra en la partida correspondiente era de 11.500.000 euros. Enterado de ello la empresa adjudicataria, dirige escrito a la Administración solicitando la resolución del contrato.

En un momento dado, el contratista, sin causa justificada para ello, incumple los plazos parciales previstos para la ejecución del contrato, optando la Administración por imponerle las penalidades previstas. Acordadas por el órgano de contratación su imposición, se requiere a la contratista para que abone las cantidades económicas a que aquéllas se elevan, bajo apercibimiento de ejecución forzosa a través de apremio sobre el patrimonio.

Ante un nuevo retraso en la finalización de las obras, de nuevo por culpa de la contratista, la Administración opta, para no perder más tiempo, por concederle una prórroga del plazo para que finalice definitivamente aquéllas.

Con posterioridad, normalizada ya la ejecución del contrato, la contratista, con arreglo a lo pactado, presenta certificaciones parciales de obra para su abono por parte de la Administración. Sin embargo, pasado el tiempo, la Administración no le abona lo adeudado.

Como la empresa contratista tenía deudas con otra empresa suministradora, le transmite o cede el derecho de cobro a esta empresa.

Por otra parte, en un momento dado, ante la fusión de que fue objeto la empresa contratista por parte de otra empresa, solicita la resolución del contrato, a lo que se niega la Administración.

Pasando la contratista por serias dificultades económicas y de impago a sus acreedores, un Juzgado de lo Mercantil, antes de solicitarse por parte de aquélla, efectúa la declaración de concurso. Ante ello, la contratista solicita de nuevo la resolución del contrato por mutuo acuerdo que, también, es denegada por la Administración.

Finalmente, pese a todo lo ocurrido, no se llegó a resolver el contrato. Por ello, el contratista subcontrata el 70 por 100 del importe de la adjudicación a favor de una empresa que no se encontraba clasificada en el registro y sin que comunicara dicha subcontratación a la Administración. Es de hacer contar que nada preveía el pliego de cláusulas administrativas particulares al respecto.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Indicar la naturaleza jurídica de cada contrato que desea celebrar la Administración y su régimen jurídico, especificando en concreto si se regula por la LCSP.
2. ¿Resulta ajustada a derecho la desconcentración que se ha producido en el contrato por orden ministerial?
3. ¿Necesitaba ese contrato autorización de algún órgano administrativo?
4. ¿Es preceptiva la presencia de la mesa de contratación?
5. ¿Resulta ajustado a derecho que para la adjudicación del contrato se siga el procedimiento abierto con un solo criterio de valoración?
6. ¿Dónde deberá publicarse ese contrato, respecto a su convocatoria y licitación?
7. ¿Qué podría hacer el órgano de contratación para acelerar la adjudicación del contrato?, ¿qué efectos supondría?
8. Analice el ajuste a derecho o no de cada una de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares que se hacen constar en el relato de hechos.
9. ¿Resulta ajustado a derecho que la aprobación del gasto se efectúe por el Consejo de Ministros?
10. ¿Tiene la asociación de constructores de la localidad legitimación para recurrir el pliego de cláusulas administrativas particulares?, ¿está presentado el recurso en plazo?, ¿era procedente este recurso?, ¿está presentado el recurso en lugar adecuado? Suponiendo que todos los días fuesen hábiles, ¿cuándo se producirá el silencio administrativo y qué sentido tendrá este?

11. Comente cada una de las ofertas presentadas y si podrían ser adjudicatarios del contrato, suponiendo que reunieran todos los requisitos exigidos, salvo el que se hace constar en el relato de hechos.
12. ¿Fue ajustada a derecho la adjudicación provisional realizada por la mesa de contratación a favor de la empresa francesa, pese a que no era la que ofreció la mejor oferta económica?
13. ¿Qué pudo hacer el órgano de contratación ante la no constitución de la fianza definitiva por parte la adjudicataria?
14. ¿En qué plazo se debió formalizar ese contrato?
15. ¿Hubiera podido, en este caso, el órgano de contratación desistir o renunciar al contrato?
16. ¿Tiene alguna consecuencia jurídica que el contrato tuviera un crédito reservado de 11.500.000 euros? Si así fuera, ¿tiene razón la empresa contratista en pedir la resolución del contrato? Ante esta circunstancia, ¿qué debería hacer el órgano de contratación con ese contrato?
17. ¿Obra con arreglo a derecho la Administración imponiendo penalidades por el incumplimiento de los plazos parciales de ejecución? ¿Podría haber actuado de otra manera? ¿Resulta ajustado a derecho que se le requiera de pago con apercibimiento de apremio sobre el patrimonio?
18. ¿Resulta procedente la concesión de la prórroga otorgada a la contratista para que finalice la obra?
19. ¿A qué tendría derecho la empresa contratista ante el impago de la Administración?
20. ¿Vincula a la Administración la cesión del derecho al cobro a un tercero realizada en este caso?
21. ¿Procede la resolución del contrato solicitada por la contratista ante la fusión de empresa operada?
22. ¿Qué efectos tendrá la declaración de concurso sobre el contrato administrativo?
23. ¿Es posible acceder a la resolución del contrato por mutuo acuerdo pedido por la contratista?
24. Comente el ajuste a derecho o no de la subcontratación operada y las razones para una u otra respuesta.

SOLUCIÓN

1. Con respecto a la naturaleza y régimen jurídico de los contratos a que se refiere el caso, señalamos los siguientes:

- a) En relación al arrendamiento del inmueble, es un contrato excluido de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), a tenor de lo dispuesto en su artículo 4.º 1 p). Se trata de un contrato privado (art. 20.2) que se regirá en cuanto a su preparación y adjudicación por la LCSP y normas de desarrollo, supletoriamente por el Derecho administrativo y privado, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas del Derecho privado.
- b) Respecto a la adquisición y compra de una colección privada de cuadros, se trata de un contrato de suministro del artículo 9.º 1 de la LCSP (adquisición de productos o bienes muebles). Su régimen jurídico se determina en el artículo 9.º 1 de la LCSP, rigiéndose por la citada ley y normas de desarrollo y, en su defecto, por el Derecho privado.
- c) En cuanto al arrendamiento y sistema de las telecomunicaciones, es un contrato de suministros [art. 9.º 3 b) de la LCSP]. Su régimen jurídico será igual que el determinado para el supuesto b).
- d) En relación al transporte de muebles por ferrocarril, es un contrato de servicios del artículo 10 de la LCSP, en concreto del Anexo II, categoría 19. Su régimen jurídico será igual que el del apartado b).
- e) Contratar a un reconocido poeta para que ponga texto a cada una de las esculturas que se van a exhibir en un museo, es un contrato privado de creación literaria (art. 20.1 de la LCSP). Su régimen jurídico es coincidente con el del apartado a).
- f) El contrato por el que el contratista va realizar la construcción de un aparcamiento y se le va a remunerar mediante la explotación del mismo parece ser un contrato administrativo de concesión de obra pública del artículo 6.º de la LCSP. Su régimen jurídico será igual al de los apartados b), c) y d).
- g) Finalmente, la construcción de un polideportivo es un contrato de obras de primer establecimiento del artículo 6.º de la LCSP.

2. La desconcentración realizada por el ministro para la celebración de este contrato no fue ajustada a derecho. El artículo 293.1 de la LCSP permite la desconcentración en cualquier órgano, sean o no dependientes del órgano de contratación, pero exige que se haga por real decreto del Consejo de Ministros. Lo que sí podía hacer el ministro era la delegación de competencias. Por tanto, el acto será inválido.

3. Este contrato necesitaba la autorización del Consejo de Ministros, toda vez que el valor del mismo llegaba a los 12.000.000 de euros. En este sentido, el artículo 292.1 a) de la LCSP así lo exige cuando el valor estimado del contrato sea igual o superior a la referida cantidad. La misma autorización se requerirá cuando se pretenda su modificación o resolución.

4. Respecto a si en este contrato era preceptiva la existencia de la mesa de contratación, el artículo 295.1 de la LCSP señala que, salvo en el caso que la competencia para contratar corresponda

a una junta de contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.1, los órganos de contratación de las Administraciones públicas estarán asistidos por una mesa de contratación que será el órgano competente para la valoración de las ofertas. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la mesa será protestativa para el órgano de contratación. En este caso, puesto que se siguió el procedimiento abierto, era obligatoria la existencia de dicha mesa de contratación cuyos miembros son nombrados por el órgano de contratación.

5. No fue ajustado a derecho que se siguiera para la adjudicación un procedimiento con un solo criterio de valoración. En este sentido, el artículo 134 de la LCSP, referido a los criterios de valoración en las ofertas, señala en su apartado 3 c) que será obligatorio el procedimiento con varios criterios de adjudicación cuando se van a facilitar medios auxiliares cuya buena utilización exige garantías especiales por parte del contratista, como es el caso que nos ocupa.

6. Respecto a la publicación del contrato, convocatoria y licitación, a tenor del artículo 126 de la LCSP, se hará en el perfil del contratante, en el BOE y en el Diario Oficial de la Unión Europea (al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada según el art. 14 de la LCSP, ya que el valor del mismo es superior a la cuantía allí prevista).

7. El órgano de contratación para acelerar la adjudicación del contrato podría, con independencia de haber utilizado el procedimiento negociado, que no es el caso, declarar motivadamente la aplicación de la tramitación urgente del expediente que, a tenor del artículo 96 de la LCSP, supondría:

- Preferencia para su despacho por los órganos que intervinieran.
- Reducción a la mitad de los plazos para la licitación (salvo el de 15 días para elevar a definitiva la adjudicación provisional, que se reduce a 10 días, salvo supuestos de contratos sujetos a regulación armonizada –como es nuestro caso– en que no se reduce).
- El plazo de inicio de ejecución desde la fecha de la adjudicación no será superior a 15 días hábiles, en caso contrario puede resolverse el contrato, salvo que sea por causa no imputable.
- Constituida la garantía, la Administración puede acordar la iniciación del contrato sin previa formalización del mismo.

8. Respecto a las cláusulas incluidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, distinguimos lo siguiente:

- a) Si se incluye alguna estipulación contraria al pliego de cláusulas administrativas generales, el artículo 99.4 de la LCSP exige el informe previo de la junta consultiva de contratación administrativa.

- b) La falta del informe del servicio jurídico respectivo la permite el artículo 99.6 de la LCSP siempre que se ajuste a un modelo de pliego que haya sido objeto previamente de este informe. En otro caso, el mismo será preceptivo.
- c) Incluir nuevas causas de prohibición para ser contratista no contemplada en la LCSP no es ajustado a derecho puesto que esta materia está reservada a ley y no se pueden incluir otras que las contempladas en el artículo 49 de la LCSP.
- d) Tener en cuenta consideraciones de tipo social para promover el empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, atribuyéndole el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de incumplimiento como causa de resolución, es ajustado a derecho y así lo contempla el artículo 102 de la LCSP, permitiendo que en lugar de lo anterior se establezcan, en caso de incumplimiento de esas consideraciones, penalidades conforme al artículo 196.1 de la LCSP.
- e) Establecer como jurisdicción competente para el caso de litigios a la jurisdicción ordinaria, respecto a los efectos y extinción del contrato no es ajustado a derecho, ya que el artículo 21.1 de la LCSP señala que en los contratos administrativos la jurisdicción competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos y extinción es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- f) Incluir una cláusula que establezca que en el cómputo por días, éstos se entenderán hábiles no es ajustado a derecho. La disposición adicional decimoquinta de la LCSP establece que los plazos establecidos por días en esta ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que sólo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.
- g) La garantía definitiva era obligatoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83 de la LCSP. Será de hasta el 5 por 100 del importe de la adjudicación, no del precio de licitación (si subiera establecidos por precios unitarios sería el de licitación).

9. No es ajustado a derecho que la aprobación del gasto se realice por el Consejo de Ministros ya que, aunque es cierto que por razón de su cuantía debía autorizarlo, el trámite de la aprobación del gasto corresponde, en todo caso, al órgano de contratación, una vez completado el expediente, aprobándolo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación (art. 94 de la LCSP).

10. Analicemos, ahora, el recurso interpuesto el día 16 de marzo por una asociación de constructores de la localidad contra el pliego de cláusulas administrativas particulares publicado el día 4 de marzo a través del recurso especial en materia de contratación:

- a) Respecto a la legitimación para recurrir es indiscutible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 37.3 de la LCSP que señala que el recurso puede interponerse por personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicado o puedan resultar

afectados por las decisiones objeto del recurso y, en todo caso, por los licitadores. No cabe duda de que esa asociación y sus componentes son potenciales licitadores que interponiendo el recurso están defendiendo sus intereses.

- b) En cuanto a si el recurso está interpuesto en plazo, debemos contestar que, en principio, no, porque el artículo 37.6 de la LCSP señala el plazo de 10 días hábiles –7 en caso de procedimiento de urgencia– desde la publicación, contándose a partir del día siguiente. Como en este caso el pliego se publica el día 4 de marzo, se computa el plazo a partir del día 5, debiendo descontarse, por lo menos, un domingo, sin perjuicio de que pudieran existir otros días inhábiles. Por tanto, el último día del plazo para presentar el recurso era el día 15 de marzo.
- c) El recurso era procedente ya que el artículo 37.1 de la LCSP permite el mismo para los contratos sujetos a regulación armonizada. Además se trata, en el caso de los pliegos, de un acto de trámite cualificado.
- d) El recurso no está presentado en el registro adecuado pues el artículo 37.6 de la LCSP exige la presentación en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Cuestión distinta es que la Delegación del Gobierno envíe el recurso al órgano competente y llegue a éste en plazo.
- e) Suponiendo que todos los días fueran hábiles el silencio administrativo se produciría, según el artículo 37.9 de la LCSP, transcurridos 20 días hábiles desde el día siguiente a la interposición del recurso, siendo éste desestimatorio o negativo y pudiendo interponerse, entonces recurso contencioso-administrativo.

11. Análisis de las distintas ofertas presentadas, resolviendo si podían ser adjudicatarios, suponiendo que reunieran todos los requisitos precisos para ellos, salvo la especialidad a que se hace referencia en el relato de hechos:

- a) Presenta oferta el hermano del titular del órgano de contratación. No está incurso en causa de prohibición para ser contratista. El artículo 49.1 de la LCSP considera como causa de prohibición, en su apartado f), estar incurso en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado. Es evidente que el ministro está sujeto a la citada ley. La prohibición se extiende al cónyuge, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y a los descendientes. Por lo tanto, no se extiende a los hermanos. Lo que sí debe conllevar la presentación de esta oferta es que, si el ministro es el órgano de contratación, deba abstenerse o pueda ser recusado, ya que concurre la causa de parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado (art. 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).
- b) Sociedad española que no acredita su clasificación. Era preceptiva la misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54.1 de la LCSC ya que el contrato superaba los 350.000 euros. Ahora bien, el incidente es que no acreditaba la clasificación, no que no estuviera clasi-

ficado, luego lo que la mesa de contratación debiera hacer es darle un plazo de hasta tres días hábiles para subsanar el defecto.

- c) Sociedad de responsabilidad limitada que está clasificada y no acompaña la documentación para acreditar su solvencia. No hacía falta acompañar esta documentación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LCSP, si se trataba de contratos del mismo tipo que aquellos para los que ya había obtenido esa clasificación (art. 63.1 de la LCSP).
- d) Empresa francesa no clasificada. No precisaba el cumplimiento de este requisito al tratarse de una empresa perteneciente a un Estado miembro de la Unión Europea, aunque sí deberá acreditar su solvencia (art. 55.1 de la LCSP).
- e) Unión de empresas sin formalizar en escritura pública y compuesta por empresarios clasificados y no clasificados. A tenor de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LCSP, no necesitaba formalizar su unión hasta, en su caso, que resultara adjudicataria del contrato.

Respecto a que unos estaban clasificados y otros no, para todos era obligatoria la clasificación, siempre que, de forma individual, así lo exigiera la normativa. En caso contrario, la adjudicación a esta unión sería nula de pleno derecho según el artículo 32 b) de la LCSP. Quedarán obligados solidariamente y nombrarán un representante. Durará la unión hasta que el contrato se extinga.

- f) Sociedad anónima española cuya escritura de constitución se encuentra depositada en el Registro Mercantil, sin que la inscripción se hubiera efectuado todavía. El artículo 43.1 de la LCSP exige para contratar con el sector público la plena capacidad de obrar. El artículo 61.1, por su parte, señala que la capacidad de obrar de los empresarios que fuesen personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, debidamente inscrito en el registro público correspondiente, según el tipo de persona jurídica de que se trate. Para que una sociedad anónima tenga personalidad y capacidad es obligatorio su constitución en escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Por ello, cuando presenta la documentación y la oferta, carece de esa personalidad y capacidad. Si, antes de vencer el plazo de presentación de ofertas, adquiere la personalidad correspondiente y así lo acredita podrá tomar parte en este proceso de licitación. En caso contrario, está incurso en causa de prohibición para ser contratista.
- g) Empresario que ofrece el pago aplazado del precio. El artículo 75.7 de la LCSP lo prohíbe salvo que el sistema de pago se establezca mediante el arrendamiento financiero o con opción de compra, o lo autorice expresamente la LCSP u otra ley.

12. Respecto a la adjudicación provisional realizada por la mesa de contratación a la empresa francesa, pese a que no era la mejor oferta económica, no fue ajustada a derecho.

Ya dijimos con anterioridad que debió utilizarse el procedimiento con varios criterios de valoración, ahora bien, si ese defecto no se corrigió, y el procedimiento siguió adelante con un solo criterio de valoración, el artículo 134.1 de la LCSP establece que cuando sólo se utilice un criterio de

adjudicación, éste ha de ser necesariamente el del precio más bajo. Por su parte, el artículo 135.1 de la LCSP señala que cuando el único criterio a considerar sea el del precio, se entenderá que la oferta económica más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo, salvo que el órgano de contratación presuma fundadamente que no pueda cumplirse por sus valores anormales o desproporcionados.

Por otro lado, la mesa de contratación no era la competente para realizar la adjudicación provisional, siéndolo el órgano de contratación (art. 135.3 de la LCSP). La mesa, a tenor de lo establecido en el artículo 295.1, es órgano competente para la valoración de las ofertas, pero no para la adjudicación provisional.

13. Si el adjudicatario provisional no constituye la fianza definitiva, en el plazo marcado en la ley –15 días desde que se publicó la adjudicación provisional en un diario oficial o en el perfil del contratante–, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 135.5 de la LCSP, podrá efectuar una nueva adjudicación provisional al licitador siguiente a aquél, por el orden en que quedaron clasificadas sus ofertas, siempre que el adjudicatario muestre su conformidad. En este caso, se le concederán 10 días hábiles para que constituya la garantía definitiva.

Por otro lado, lo anterior no es obligatorio para el órgano de contratación que, si lo desea, puede proceder a una nueva convocatoria y procedimiento de selección del contratista.

14. El contrato debió formalizarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 140.1 de la LCSP, en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación de la adjudicación definitiva. Si no se formaliza, la Administración puede acordar su resolución e incautación de garantía si es por culpa del contratista. Si la culpa es de la Administración se indemnizará de daños y perjuicios al contratista, sin perjuicio de que éste pueda solicitar la resolución del contrato.

En relación a si se podía iniciar la ejecución del contrato sin la formalización previa, sólo en el caso de haberse decretado la tramitación urgente o de emergencia del expediente de contratación (arts. 96 y 97 de la LCSP) podía hacerse.

15. Respecto a si el órgano de contratación pudo renunciar o desistir del contrato, el artículo 139.2 de la LCSP señala que sí, siempre que se haga antes de la adjudicación provisional del contrato. En este caso, se compensará a los licitadores por los gastos ocasionados. El desistimiento está previsto en caso de existencia de infracciones no subsanables de las normas de preparación del contrato o las reguladoras del procedimiento de adjudicación, la renuncia, sólo por razones de interés público debidamente justificadas.

16. Que el crédito reservado fuera tan sólo de 11.500.000 euros, cuando el presupuesto o precio del contrato era de 12.000.000 de euros, es evidente que tiene consecuencias jurídicas.

El artículo 26.1 de la LCSP establece como contenido mínimo del contrato, en su apartado K, el crédito presupuestario (se entiende que suficiente). Por su parte, el artículo 93.3 señala que al

expediente de contratación deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la intervención. El artículo 94.1 establece que completado el expediente de contratación se dictará resolución motivada por el órgano de contratación, aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará la aprobación del gasto, salvo el supuesto excepcional previsto en la letra a), del apartado 3, del art. 134 –aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deben ser presentados por los licitadores–, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente.

Por su parte, el artículo 32 c) de la LCSP considera como causa de nulidad del contrato la carencia o insuficiencia de crédito.

Respecto a los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 35.1 de la LCSP señala que el contrato entrará en fase de liquidación. Y el apartado tercero señala que si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuidad de los efectos del contrato hasta que se adopten medidas urgentes para evitar el perjuicio.

En cuanto a la resolución del contrato pedida por el contratista, precisamente por la insuficiencia del crédito, en principio, no tiene razón de ser porque, como hemos visto con anterioridad, esto es motivo de nulidad del contrato que deberá revisarse de oficio por la vía del artículo 102.1 de la Ley 30/1992, pudiendo incluir la resolución, si concurren las circunstancias del artículo 139 de la citada ley, la oportuna indemnización de daños y perjuicios al contratista.

Ahora bien, si la circunstancia de crédito no suficiente provocara una falta del pago en el precio del contrato –en este sentido, el art. 200 dice que el contratista tiene derecho al abono del precio, señalando que se hará en los 60 días siguientes a la fecha de la expedición del certificado–, el artículo 206 f) de la LCSP considera como causa de resolución la demora en el pago del precio en el plazo señalado. Pero lo cierto es que en este caso el relato de hechos no dice que se dejara de pagar al contratista.

En conclusión, ese contrato, como hemos dicho con anterioridad, al concurrir causa de nulidad del mismo, lo procedente es revisarlo de oficio por la vía del artículo 102.1 de la Ley 30/1992 correspondiendo la resolución de este procedimiento al órgano de contratación (art. 34 de la LCSP).

17. La Administración, al imponer las penalidades al contratista por incumplimiento de los plazos parciales de ejecución, obró con arreglo a derecho, siempre que fuera por culpa de aquél (art. 196.4 de la LCSP). La proporción es de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato (salvo que el pliego prevea otra cosa). Cada vez que las penalidades alcancen el 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación puede acordar su resolución o la continuidad en la ejecución con más penalidades.

Ahora bien, la Administración podría haber optado por la resolución del contrato directamente, ya que el artículo 196.4 ofrece esa doble alternativa ante el incumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Lo que no fue ajustado a derecho es que se requiera al contratista el pago de las penalidades con apercibimiento de apremio sobre el patrimonio, pues el artículo 88 a) de la LCSP señala que las garantías responderán de las penalidades impuestas (recordemos que en el contrato de obras es obligatoria la constitución de la garantía definitiva, a tenor de lo previsto en el art. 83.1 de la LCSP).

Por su parte, el artículo 196.8, señala que las penalidades se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

18. La concesión de la prórroga del contrato no fue ajustada a derecho. El artículo 197.2 de la LCSP la permite, pero cuando el retraso no sea por culpa del contratista. En este caso, como fue por su culpa, lo procedente era lo que hemos señalado en el punto anterior o bien, la imposición de penalidades o bien, la resolución del contrato.

19. En relación con lo que tendrá derecho el contratista ante el impago de la Administración, señalamos que ésta tiene la obligación de abonar el precio en los 60 días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras. Si se demora, a partir del cumplimiento de ese plazo, pagará los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro, en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (art. 200.4 de la LCSP). Si la demora es superior a cuatro meses, el contratista puede proceder a la suspensión del contrato comunicándolo a la Administración con un mes de antelación (art. 200.5). Si la demora es por más de ocho meses, el contratista tiene derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios (art. 200.6).

Las comunidades autónomas pueden reducir los plazos de 60 días, cuatro meses y ocho meses antes señalados (art. 200.8 de la LCSP).

20. La cesión del derecho de cobro a un tercero por parte del contratista, a tenor de lo dispuesto en el artículo 201 de la LCSP, obliga a la Administración si se le notificó fehacientemente. En caso contrario, la Administración expedirá los mandamientos de pago a nombre del contratista y tendrá efectos liberatorios. Si el contratista se lo comunicó a la Administración, ésta debe expedir los mandamientos de pagos a favor del cesionario.

21. La circunstancia de que se hubiera producido la fusión de empresa, no es causa, necesariamente, de la resolución del contrato.

El artículo 202.4 de la LCSP señala en este sentido que en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

Otra cuestión es que la Administración y la contratista acordaran, al amparo del artículo 206 c) de la LCSP, la resolución por mutuo acuerdo del contrato. En este sentido, el artículo 207.4 exige que razones de interés público hagan innecesario o inconveniente la continuación del contrato para que pueda operar la causa de resolución antes citada.

22. La declaración del concurso al contratista es causa de resolución del contrato [art. 206 b) de la LCSP]. Ahora bien, mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestara garantías suficientes.

23. No era posible acceder a la resolución del contrato por mutuo acuerdo pedido por el contratista ya que el artículo 207.4 antes citado, señala que la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria e inconveniente la permanencia del contratista.

24. Respecto a la subcontratación operada en el caso no fue ajustada a derecho.

El artículo 210.2 e) de la LCSP, por un lado, fija el límite del 60 por 100 del importe de la adjudicación como máximo para la subcontratación, salvo que los pliegos establezcan otra cosa (en este caso, se subcontrató el 70%).

En segundo lugar, el artículo 210.2 b) exige que, en todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte que se subcontrata y la identidad del subcontratista justificando la aptitud de éste para ejecutarla con referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. Si estuviera clasificado el subcontratista no tiene que justificar nada. La acreditación de la aptitud puede realizarse inmediatamente después de la celebración de la subcontratación, si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifique.

Por lo tanto, en principio no es necesaria la clasificación del subcontratista, porque no se produce la subrogación en el contrato. El subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal que asumirá la responsabilidad total de la ejecución del contrato frente a la Administración (art. 210.4 de la LCSP).

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 28 y 102.1.
- Ley 30/1997 (LCSP), arts. 4.º 1 p), 6.º, 9.º 1, 10, 14, 20.1, 21, 32, 35, 37, 43, 48, 49, 54, 55, 61, 63, 75, 93, 94, 96, 97, 99.4, 126, 134, 135, 139, 140, 161.1, 196, 197.2, 200, 201, 202, 206, 207, 210, 292.1, 293.1, 295.1 y disp. adic. decimoquinta.