

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. URBANISMO

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Magistrado

Palabras clave: contratos administrativos, procedimiento sancionador, urbanismo.

ENUNCIADO

En los servicios jurídicos de diversas administraciones se han elevado las siguientes consultas a fin de su resolución:

1. Por parte de un ayuntamiento se pretende la realización de un contrato administrativo de obras para la construcción de una nueva sede consistorial, toda vez que la actual ha quedado pequeña y obsoleta. El presupuesto del contrato se eleva la cantidad de un millón de euros. Tramitado el oportuno expediente de contratación se ha escogido como procedimiento de adjudicación el restringido con varios criterios de adjudicación. La mejor oferta presentada corresponde a una sociedad de responsabilidad limitada entre cuyos socios se encuentran el teniente de alcalde, su esposa y un hermano, así como el hijo del señor alcalde y un hermano de otro concejal. ¿Es posible la adjudicación del contrato a esa sociedad?
2. Adjudicado el contrato de forma provisional por la mesa de contratación, el órgano de contratación, con posterioridad, notifica al adjudicatario provisional que renuncia al contrato y no le interesa seguir adelante con el mismo. Ante ello, la empresa contratista presenta escrito exigiendo a la Administración la oportuna indemnización por los gastos sufridos, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, pues se ha producido un funcionamiento anormal de los servicios públicos.
3. La sociedad adjudicataria del contrato, en un momento dado, se fusiona con otra sociedad que no se encontraba clasificada en el oportuno registro, planteándose la duda de que se puede hacer ante este problema planteado.

4. Adjudicado un contrato de suministro a una empresa, con la finalidad de satisfacer las necesidades que el nuevo edificio plantea, esta presentó factura una vez ejecutado el contrato. Posteriormente, se recibió un documento que coincide con dicha factura, pero con distinta rúbrica. Este documento está endosado, pero no consta la fecha en que se cedió el cobro por la empresa adjudicataria del contrato ni la fecha en que se aceptó. A la Administración se le plantea la duda de a quién debe abonar el importe del contrato ejecutado.
5. Se ha producido una modificación en el planeamiento urbanístico. Considerando un vecino que tiene derecho a indemnización por ello, ha presentado un escrito al ayuntamiento y otro a la comunidad autónoma en reclamación de aquella. ¿A quién le corresponde hacer frente a esa indemnización?
6. Iniciado un procedimiento sancionador mediante acuerdo del 7 de agosto, recae resolución sancionadora el día 10 de octubre. Intentada por dos veces, en forma legal, la notificación de la resolución al sancionado, la última el día 7 de febrero del año siguiente, resultan infructuosas, por lo que el órgano competente ordena 10 días después la publicación edictal. Enterado entonces el sancionado de la resolución sancionadora presentó recurso contra la misma solicitando su anulación, en base que se había producido la caducidad del procedimiento sancionador.
7. En el procedimiento sancionador a que se refiere el número anterior, el interesado, en un momento dado, solicitó copia de ciertos documentos unidos al expediente. Al transcurrir más de tres meses antes de esa solicitud entendió estimada la misma por silencio administrativo estimatorio.
8. La Administración, en su momento, había autorizado la cesión de un contrato de gestión de servicios públicos a un tercero. El nuevo adjudicatario no ha prestado la garantía correspondiente, sin embargo, el anterior reclama, de forma reiterada, el aval que depositó en este concepto. ¿Se debe proceder a la devolución del aval al primitivo contratista? ¿Sería aconsejable proceder al rescate de la concesión?
9. Una entidad pública empresarial ha realizado una actuación industrial en un municipio. Para los trabajos de construcción de la depuradora del polígono industrial subcontrató con otra empresa. Dicha empresa, a su vez, subcontrató a un autónomo de la localidad, que aún no ha cobrado los trabajos realizados. La empresa que lo contrató le ha comunicado que no puede pagarle, ya que está declarada en concurso.

La entidad pública empresarial ha tenido conocimiento verbal de este impago, pero ha contestado que ya ha satisfecho la totalidad del importe al que asciende el contrato con la empresa adjudicataria y que, por tanto, está liberada de cualquier otro pago, aunque aún no ha devuelto la garantía definitiva.

De todas estas subcontrataciones el ayuntamiento no tuvo conocimiento. Por otra parte, en el convenio suscrito en su día entre el ayuntamiento y la entidad pública empresarial se estipuló que la empresa ejecutaría por su cuenta exclusiva las obras de urbanización y que estaría exento del pago de cualquier tributo a pagar como consecuencia de la actuación industria.

10. El ayuntamiento contrató, por el procedimiento de tener en cuenta varios criterios para la adjudicación, unas obras. En el pliego de condiciones se establece que en lugar de baja se ofrezcan mejoras, que pueden consistir, bien en mejoras en la calidad de las obras, o bien en obras complementarias u otras obras. También se establece en el pliego que a los técnicos les debe pagar el contratista, tanto por la redacción del proyecto como por la dirección técnica, siendo técnicos previamente dirigidos por la Administración.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es posible la adjudicación del contrato de obras a la sociedad de responsabilidad limitada a que se refiere el relato de hechos?
2. Informe sobre el ajuste a derecho de la adjudicación provisional realizada por la mesa de contratación, la renuncia al contrato que hace la Administración y la reclamación, que en concepto de responsabilidad patrimonial efectúa el adjudicatario.
3. ¿Qué se deberá hacer ante la fusión operada?
4. ¿A quién deberá pagar el ayuntamiento?
5. En el supuesto de tener derecho a la indemnización por modificación del planeamiento, ¿a quién correspondería hacer frente a la misma, al ayuntamiento o a la comunidad autónoma?
6. ¿Tiene razón el sancionado al alegar la caducidad del procedimiento sancionador?
7. ¿Es correcta la interpretación que hace el interesado cuando solicita que la Administración le remita copia de unos documentos del expediente y al transcurrir tres meses sin que aquella se pronuncie entiende estimada por silencio administrativo la solicitud?
8. ¿Debe proceder la Administración a la devolución del aval? ¿Sería aconsejable el rescate de la concesión?
9. Si el ayuntamiento recepcionara la depuradora:
 - a) ¿Surgiría alguna obligación al mismo por esa deuda pendiente con el autónomo?
 - b) ¿Qué posibilidad le cabe al autónomo para reclamar a la empresa adjudicataria el abono de la deuda pendiente.
 - c) ¿Podría la entidad pública empresarial pagar parte de la deuda con la garantía aún en su poder?
10. ¿Es posible lo que se pretende en el punto número 10 del relato de hechos?

SOLUCIÓN

1. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece en su artículo 49 f) la prohibición para contratar con la administración de las personas físicas o los administradores de las personas jurídicas cursos «en... cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General». Dicha prohibición alcanza «a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de la persona que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas sustenten su representación legal». Esta disposición es plenamente aplicable a las entidades locales.

El artículo 178 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) considera incompatible con la condición de concejal a los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. Desde el punto de vista subjetivo, esta incompatibilidad se extiende al alcalde, al teniente de alcalde y al concejal, según resulta el artículo 196 de la propia LOREG, así como a su cónyuge y descendientes sujetos a patria potestad, por el citado artículo 49 g) de la Ley 30/2007, LCSP, pero no afecta a personas con otra relación de parentesco, como puede ser el hermano. Así lo ha declarado en numerosas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) (entre otros, Informes 37/98, de 16 de diciembre, e Informe 60/96, de 18 de diciembre).

Además la JCCA ha señalado que «ha de entenderse que la simple circunstancia de ser incompatible un administrador de la persona jurídica determina la prohibición de contratar esta última» (Informe 29/01, de 13 de noviembre). Ahora bien, en el caso planteado no se aclara si alguno de los socios que puede estar incurso en causa de incompatibilidad es administrador de la sociedad, en cuyo caso, sí estaríamos ante la prohibición para contratar del artículo 49 g) de la LCSP, pero no si tienen únicamente la condición de socio.

En conclusión, la prohibición del artículo 178 de la LOREG no alcanza a la participación accionarial en las sociedades contratistas, sino a los cargos electos individualmente, por lo que el hecho de que el alcalde o el teniente de alcalde tengan acciones en la sociedad no es causa de incompatibilidad para contratar.

En cuanto a los familiares, será causa de incompatibilidad el hecho de que la esposa del teniente alcalde o el hijo del alcalde (siempre bajo su representación legal) sean administradores de la sociedad, no la simple condición de socio. Respecto a los hermanos de teniente alcalde y de otro concejal no existe ninguna causa de incompatibilidad, aunque esta relación de parentesco obliga a aquellos a abstenerse de intervenir en el procedimiento o podrán ser recusados conforme los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Lo primero que debemos señalar es que la mesa de contratación no era el órgano competente para efectuar la adjudicación provisional, sino que el órgano competente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 135.3 de la LCSP, lo era el órgano de contratación. La mesa calificará la documentación, valorará las diversas proposiciones presentadas y propondrá, en su caso, la adjudicación provisional, según el artículo 144.1 del mismo texto legal.

En segundo lugar, la renuncia al contrato que se ha operado por parte de la Administración es de dudosa admisión en este caso. El artículo 139.1 de la LCSP señala que la renuncia solo es posible antes de la adjudicación provisional del contrato y, además, ha de ser por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En el caso que comentamos es cierto que la adjudicación provisional todavía no se había llevado a cabo, en forma legal queremos decir, porque lo que la mesa ha denominado adjudicación provisional, debe ser considerado como propuesta de adjudicación provisional, puesto que, como ya dijimos anteriormente, carece de competencia para ello, siendo competencia del órgano de contratación. Sin embargo, del relato de hechos no se deduce que concurriera razón alguna de interés público debidamente justificada que justificara la renuncia realizada; se nos dice simplemente que no tiene interés en seguir con el contrato. Por otra parte, la renuncia debería estar motivada, tanto por lo que dispone el ya citado artículo 139.1 de la LCSP, como por lo establecido en el artículo 54.1 de la Ley 30/1992. Al no respetarse el cumplimiento de estos requisitos legales podemos afirmar que ese acto administrativo del órgano de contratación por el que renunció al contrato, es anulable, por ser contrario al ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992.

Finalmente, respecto a la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por el adjudicatario provisional, según el criterio de la mesa de contratación, debemos señalar que no resulta procedente el concepto en el que se ha reclamado la indemnización por los gastos causados. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública es de carácter extracontractual, mientras que la reclamación que se plantea en este caso tiene lugar en el ámbito de un contrato administrativo, siendo por ello de naturaleza contractual. Esto no quiere decir que el perjudicado no tenga derecho a ser indemnizado, ya el artículo 139.2 de la LCSP prevé la compensación al contratista, en caso de renuncia al contrato por parte de la Administración, por los gastos ocasionados. Por otra parte, y en virtud del principio *pro actione* la Administración puede interpretar ese escrito como de ejercicio del derecho contemplado en el citado artículo 139.2, sin más, y pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, sin que sea necesario la devolución del escrito a la contratista para que lo denomine correctamente.

3. En el caso que comentamos, por razón de su cuantía, en concreto, por superar el presupuesto la cantidad de 350.000 euros, en este caso es de 1.000.000 de euros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54.1 de la LCSP, era preceptiva la clasificación del contratista que es sustitutiva de la necesidad de acreditar la solvencia.

Como la otra sociedad con la que se fusiona no estaba clasificada, siendo preceptivo el cumplimiento de este requisito, el contrato no podrá continuar ejecutándose por esa nueva sociedad cons-

tituida. Aparece una causa de nulidad del contrato que debe provocar o bien la revisión de oficio del mismo, conforme al artículo 102 de la Ley 30/1992, o bien la resolución del contrato por parte de la Administración.

4. La cesión de créditos es una figura jurídica prevista del Código Civil español y reconocido por la legislación vigente en materia de contratación administrativa.

El artículo 201 de la LCSP establece dicha posibilidad, al disponer que los contratistas «podrán ceder el mismo conforme a derecho». Con ello, la LCSP se está remitiendo al derecho común, según el cual la cesión consiste en la transmisión por el acreedor de la titularidad de su derecho de crédito a otra persona, siendo sujetos de la relación obligatoria el cedente y el cesionario. El deudor no es parte en el negocio de cesión, al no tener que manifestar ningún consentimiento para que se produzca: basta solo el del cedente y el del cesionario. El objeto de la cesión es todo crédito que sea transmisible, y este lo es, pues así lo reconocen expresamente las disposiciones citadas.

Sin embargo, el número 2 del artículo 201 de la LCSP dispone que para la validez de la cesión del derecho de cobro será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la Administración del acuerdo de cesión. De manera que, antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista surtirán efectos liberatorios. Igualmente, el artículo 1.527 del Código Civil dice que el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga la deuda al acreedor, quedará libre de su obligación. De donde se deduce que cuando tiene ese conocimiento queda obligado con su nuevo acreedor, el cesionario. El procedimiento normal para que el deudor tenga conocimiento de la cesión es la notificación de la misma, que si bien el Código Civil no la impone en el ámbito privado, sí es necesaria, y además fehacientemente, para que surta efecto frente a la Administración. Por otra parte, y frente a los demás terceros, el artículo 1.526 del Código Civil dice que la cesión no surtirá efectos hasta que su fecha deba tenerse por cierta, de conformidad con los artículos 1.218 y 1.227, referido, el primero, a los documentos públicos, y el segundo a la fecha de validez de los documentos privados.

Por su parte, el número 3 del citado artículo 201 señala que la eficacia de las sucesivas sesiones queda condicionada al cumplimiento del párrafo anterior, es decir, de la notificación fehaciente a la Administración.

Por lo tanto, y en virtud de todo lo establecido, en este caso, como no se comunicó la cesión del derecho del cobro a la Administración, esta está obligada a pagar al primitivo contratista, pues jurídicamente la cesión operada, a estos efectos, carecía de validez. Otra cuestión será las relaciones internas que se producen entre el cedente y el cesionario que deberán ventilarse, en caso de desacuerdo, por la vía del derecho privado y ante la jurisdicción ordinaria que corresponda.

5. La modificación y revisión del planeamiento da lugar, en ocasiones, a unos daños en el patrimonio de los afectados. Siempre que concurren los requisitos que determinan el artículo 139 de la

Ley 30/1992, el daño o lesión causado será indemnizable por la Administración a la que aquel sea imputable.

Por su parte, el artículo 35 a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, admite como supuesto indemnizatorio las alteraciones de las condiciones del ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística.

En el caso de que tenga derecho a la indemnización, lo cual ignoramos en el caso que comentamos, porque nada se dice al respecto, es lo cierto que en la elaboración y aprobación de un Plan General intervienen dos administraciones públicas: la municipal, que lo aprueba provisionalmente, y la autonómica, que lo aprueba definitivamente. Ello obliga a individualizar y concretar la administración a la que es imputable la previsión del planeamiento causante del daño.

El artículo 140 de la Ley 30/1992 establece la responsabilidad solidaria cuando el daño deriva de la gestión dimanante de actuaciones colegiadas entre varias Administraciones.

Conforme a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993, justificar esta responsabilidad solidaria de la Administración pública que interviene en el procedimiento para la aprobación de la modificación de un plan general, supone dificultad para el administrado verificar cuál es la Administración a la que realmente puede imputarse el daño causado, y lo fácil que ello resulta para las Administraciones autoras del plan.

En definitiva, el plan no deja de ser municipal, aunque la comunidad autónoma introduzca modificaciones en la aprobación definitiva, y tampoco deja de ser autonómico cuando tal aprobación se produce pura y simplemente, confirmando lo realizado por la entidad local, por lo que el Tribunal Supremo viene destacando la doble legitimación pasiva de la comunidad autónoma respectiva y del municipio.

Fácil resulta para las Administraciones autoras del plan eliminar la solidaridad, lo que pueden lograr sin más incluyendo en la memoria del plan las indicaciones necesarias para la imputación de sus determinaciones en orden a la atribución el pago de las indemnizaciones.

Es claro que con la adecuada previsión del planeamiento puede eliminarse la incertidumbre que justifica la solidaridad en la responsabilidad de ambas Administraciones. De no establecerse en la memoria y estudio económico, el municipio que aprueba provisionalmente y la comunidad autónoma que lo hace definitivamente, son solidariamente responsables frente a los administrados. A cualquiera de ellos puede demandar el administrado perjudicado la indemnización por el daño causado de no singularizarse la situación en los documentos del plan.

Por todo lo expuesto, por tanto, parece oportuna la reclamación planteada por el interesado a ambas Administraciones, si bien deberá especificarlo en ambos escritos para que dichas Administra-

ciones tengan conocimiento de ambas reclamaciones y, a los efectos, por un lado, de que no se produzca el enriquecimiento injusto por parte del reclamante, y por otra parte, de las relaciones interadministrativas que se pueden poner en marcha entre ambas Administraciones.

Finalmente señalar que el procedimiento se tramitará con arreglo a lo establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

6. Lo primero que debemos significar es que el plazo para dictar y notificar resolución en el procedimiento sancionador es de seis meses, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993, que regula el Procedimiento Sancionador.

Por otra parte, debemos recordar que como se trata de un procedimiento iniciado de oficio el plazo empieza a computarse desde el acuerdo de iniciación, a tenor de lo previsto en el artículo 42.3 a) de la Ley 30/1992.

El problema que se plantea en el presente caso, no es el día inicial del cómputo, que tiene lugar el día 7 de agosto cuando se dicta el acuerdo de iniciación, sino cuál fue el día final del cómputo del plazo de los seis meses que existían para notificar la resolución sancionadora. Es cierto que la resolución se dictó en plazo, pues la misma es de fecha 10 de octubre. Ahora bien el problema surge si cuando se notificó todavía se estaba en ese plazo de los seis meses o ya había pasado el mismo, porque la obligación de la Administración no es solo dictar resolución, sino notificarla (arts. 42 y 43 Ley 30/1992). Si no se notifica es como si no existiera.

En el caso que comentamos, se intentó notificar, en forma legal, en dos ocasiones, como exige la normativa, siendo la última de ellas el día 7 de febrero del año siguiente, y como resultaron infructuosas, días después se ordena la publicación edictal sustitutiva de la notificación. Luego el problema estriba en si el plazo de los seis meses debe computarse hasta el día 7 de febrero o hasta el día en que tiene lugar la publicación por edictos.

En este sentido, es importante destacar lo que establece el apartado cuarto del artículo 58 de la Ley 30/1992 que señala que «... a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado».

No debe confundirse el intento de notificación con la notificación misma, por lo que si la Administración intentó, en forma legal, la notificación de la resolución, el plazo de ese segundo intento es el que ha de computarse como día final a efectos del plazo máximo de duración del procedimiento. A tenor de lo previsto en el artículo y párrafo citado, lo que la ley exige es el intento que notificación, a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, y no exige la notificación como tal.

Por tanto, en este caso, vemos cómo el último intento de notificación se produce el día 7 de febrero del año siguiente. Como el procedimiento se inició el día 7 de agosto del año anterior, debemos señalar que el intento de notificación en forma legal se produjo en plazo, era el último día, y no se había producido todavía, por tanto, el transcurso de los seis meses para que se hubiera producido la caducidad del procedimiento.

7. El derecho de los interesados en un procedimiento a obtener copias de los documentos contenidos en el expediente, se regula en el artículo 35 a) de la Ley 30/1992. Este derecho se reconoce sin limitación temporal y sin establecer el plazo en que debe contestarse a la solicitud. La parquedad de la ley complica mucho la eficacia del derecho, desde luego cuando el obligado a facilitar la copia de los documentos prefiere evitarlo. Como nada ha especificado el legislador, parecen aplicables las reglas comunes del procedimiento administrativo, esto es, que el ciudadano debe formular la correspondiente petición, y la Administración correspondiente resolver de forma expresa y motivadamente si se deniega (art. 54 Ley 30/1992).

Ahora bien, en este supuesto, no tiene sentido hablar de silencio administrativo, toda vez que el silencio administrativo positivo produce un verdadero acto administrativo, que se podrá hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona (art. 43.5 Ley 30/1992); y la facilitación de copias dependen de los medios y, en última instancia, de la voluntad de la Administración. Por ello, la invocación del silencio positivo a la obtención de copias carece de virtualidad práctica, motivo por lo que parece que el legislador no ha establecido el plazo en que debe resolverse la solicitud. Por otra parte, la aplicación del plazo general de tres meses para que se produzca el silencio administrativo no facilita precisamente, por su excesiva duración, la efectividad del derecho.

Con independencia de todo ello, la figura del silencio administrativo se produce, conforme a los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992, respecto de la resolución del procedimiento, y no de otros actos de trámites que pudieran darse en ese procedimiento.

En conclusión, debemos señalar con carácter general que la solicitud de obtener copias por parte de los interesados de un expediente deberá resolverse con la mayor celeridad posible para no provocarle indefensión alguna, lo que sin duda podrá invocarse en el eventual y posterior recurso que pudiera interponerse contra la resolución definitiva el procedimiento. Si por otra parte, la tenencia de esos documentos por parte del interesado es imprescindible para una adecuada defensa de sus pretensiones, lo que deberá hacer, antes de que finalice el procedimiento, es solicitar la ejecución material para que se obligue a la Administración a remitirle esas copias, y esta solicitud pueda hacerla, si es necesario, ante la propia jurisdicción contencioso-administrativa, por una inactividad indebida por parte de la Administración. Ahora bien, como regla general, no necesita que se le declare el derecho, porque esto –obtener copias, como interesado, de los documentos que obren en el expediente– viene ya reconocido en la Ley 30/1992.

8. La LCSP exige para la formalización de los contratos, como requisito necesario, la prestación por el empresario de las garantías previstas en la ley como salvaguarda de los intereses públicos, en el caso de que tal obligación no haya sido exceptuada por el órgano de contratación.

Por su parte, el artículo 90.4 de la LCSP señala que en los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario.

Por otra parte, el artículo 209 no exige que previamente a la formalización de la cesión entre el adjudicatario y el cesionario, se aporte garantía por este último, limitándose a señalar el citado artículo 90.4 lo ya indicado en el párrafo anterior.

De forma que podemos señalar que existe una laguna legal, ya que, por una parte, nos encontramos con que la cesión se encuentra autorizada por la Administración, y formalizada entre cedente y cesionario; y por otra, que el cesionario no ha prestado la garantía definitiva del contrato, porque para la supuesta cesión del contrato, la ley no exige que se preste con carácter previo la garantía a la formalización de la cesión.

Pese a que la ley es tajante al señalar que no se devolverá o cancelará la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalizada la del concesionario, sin embargo, desde el momento en que la cesión reúne los requisitos del artículo 209 de la LCSP, el cesionario se subroga en todos los derechos y obligaciones del cedente, de forma que el cedente desaparece de la relación contractual. Y el hecho de la cesión del contrato no implica que pase a responder el cesionario, ya que el aval es un contrato entre el cedente y la entidad avalista, ajeno a la relación contractual o del contrato administrativo.

Por ello, entendemos que el aval depositado no va a responder del incumplimiento del contrato realizado por el cesionario, ya que la entidad avalista alegará que avalaba al cedente y no al cesionario. Esta es la causa, precisamente, por la que la LCSP exige que el cesionario presente aval.

Dicho esto, y partiendo de que se han cumplido todos los requisitos exigidos en el artículo 209 de la LCSP para la cesión, la Administración debe dirigirse ahora contra el cesionario o nuevo contratista, puesto que ya se ha subrogado en la posición del cedente que, repetimos, ha desaparecido de la relación contractual con autorización de la Administración pública.

Por otro lado, señalar que entendemos que lo realmente procedente es que la Administración acuda, en su caso, a la resolución del contrato por falta de prestación de garantía, y no parece conveniente utilizar la figura del rescate de la concesión. Ello porque si se acude al rescate de la concesión, se está admitiendo, implícitamente, que no existe ninguna actuación sancionable del contratista, sino que se decide poner fin al contrato por razones de interés público. Esto es, el rescate es una especie de expropiación que genera la correspondiente indemnización a favor del contratista desposeído, cifrándose la indemnización en el valor de los daños y perjuicios ocasionados al contratista.

Entre las causas de resolución de los contratos establecidas en el artículo 206 de la LCSP ya no se encuentra la falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva, como si se contemplaba en el artículo 111 apartado d) del derogado Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP) del 2000, y ello por la sencilla razón, de que la actual regulación de la cuestión, el artículo 135 de la LCSP exige que, antes de la adjudicación definitiva, el contratista debe prestar la oportuna garantía definitiva, si así se ha exigido en el pliego de cláusulas administrativas. Pero ello no quiere decir, por un lado, que el cesionario está obligado a prestar la garantía definitiva del contrato, como se deduce *a sensu contrario*, de lo previsto en el artículo 90.4 y, por otro lado, que si no accede al cumplimiento de esta obligación, no cabe duda de que incurre en un incumplimiento grave de sus obligaciones como contratista por lo que, podría alegarse, como causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, causa prevista en el artículo 206, letra g).

9. a) Entendemos que no. La subcontratación, regulada en el artículo 210 de la LCSP, debe distinguirse claramente de la cesión del contrato, ya que mientras que en esta se produce la subrogación del contratista (desaparece el primitivo y aparece uno nuevo; existe una novación subjetiva del contrato, por eso se exige la autorización administrativa previa y expresa y que el cesionario cuente con la misma solvencia y, en su caso, clasificación que la exigida al cedente); en la subcontratación no se modifica la situación del contratista frente a la Administración, ni esta queda vinculada con los subcontratistas (art. 210.4 de la LCSP). Por lo tanto, al no existir ninguna relación entre el trabajador autónomo y el ayuntamiento, este, por el solo hecho de la recepción de las obras, no adquiere ningún tipo de obligación de pago frente a aquel.

b) Aquí se plantea el problema de la naturaleza jurídica de la relación contractual entre una entidad pública empresarial y un contratista privado. El artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado califica como organismos públicos a los organismos autónomos, a las agencias estatales y a las entidades públicas empresariales, y aunque el artículo 53.2 señala con carácter general que las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, posteriormente el artículo 57 especifica que la contratación de las entidades públicas empresariales se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contrato de las Administraciones públicas. Además, la actual LCSP, en su artículo 3.º, apartado c), señala que a los efectos de esta ley se considera que forman parte del sector público, las entidades públicas empresariales.

c) Desde esta perspectiva, debemos señalar que si bien no existe relación entre los subcontratistas y el adjudicatario, por un lado, el artículo 211.1 señala que el contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas el precio pactado en los plazos y condiciones establecidas en el citado artículo y, por otro lado, el artículo 200.7 b) permite para el pago de obligaciones contraídas por el contratista con el subcontratista solicitar el embargo de las cantidades que el adjudicatario deba al contratista. Incluso el Tribunal Supremo, en algún caso, ha extendido la posibilidad de que el subcontratista (en este caso, el trabajador autónomo) solicite civilmente el embargo de la revolución de la garantía definitiva (Sentencia de 12 de mayo de 1994).

10. El artículo 134.1 de la LCSP señala que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización... u otros semejantes.

La JCCA en Informe 28/1995, de 24 de octubre, insiste en la necesaria objetividad de los criterios y, asimismo, en que la enumeración se efectúa en el entonces vigente artículo 86.1 del TRLCAP, coincidente en esencia con el referido actual artículo 134.1, pero no es exhaustiva, ya que pueden existir otros criterios objetivos, añadiendo que la primera conclusión que puede extraerse es que el órgano de contratación puede no hacer figurar el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación del contrato con varios criterios, si bien no ignora la importancia del criterio referente al precio, aunque no sea como criterio único. Por lo tanto, el factor precio concurre en el procedimiento con varios criterios de adjudicación, y a pesar de que es obviamente importante, no es de necesaria inclusión en los pliegos. De hecho, el citado artículo 134.1 señala que se atenderá a criterios directamente vinculados al objeto el contrato «tales como», de donde se deduce que el órgano de contratación puede incluir o excluir, los que estime pertinentes, pero siempre referidos al objeto del contrato.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto cabría admitir la posibilidad de establecer como criterio de adjudicación las mejoras objetivas que se citan, aunque sería conveniente, y no es incompatible con lo anterior, incluir también el precio como criterio para la adjudicación.

En lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, es sabido que el artículo 25 de la LCSP señala que la Administración puede establecer los pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o los principios de la buena Administración, y no se conoce norma alguna que prohíba que los gastos del proyecto técnico y dirección de las obras sean de cargo del contratista, práctica, por otra parte, muy habitual. El artículo 67.3 i) del Reglamento de Contratos aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que en los pliegos administrativos particulares del contrato de obras se especificará, en su caso, la imputación al órgano de contratación o al contratista de los gastos que se originen como consecuencia de los ensayos y análisis de materiales y unidades de obras o informes específicos sobre los mismos. Si esto se admite para unos gastos técnicos de carácter excepcional, o al menos no habitual, con mucha más razón y lógica ha de admitirse con referencia a gastos ordinarios, como son los de redacción del proyecto y dirección de obras, que pueden ser incluidos dentro del concepto de costes indirectos a los que se refiere el artículo 130.3 del citado reglamento.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 1.218, 1.227, 1.526 y 1.527.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 40, 178 y 196.

- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 28, 29, 35, 42, 43, 54, 58, 63, 102 y 140.
- Ley 6/1997 (LOFAGE), arts. 43 y 57.
- Ley 30/2007 (LCSP), arts. 49, 54, 90, 134, 135, 139, 144, 201, 206, 207, 209, 210 y 211.
- RD 1398/1993 (Rgto. Potestad Sancionadora), art. 20.6.
- RD 1098/2001 (Rgto. LCAP), arts. 67.3 i) y 130.3.
- RDLeg. 2/2008 (TR Ley de Suelo), art. 35 a).