

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	CONVENIO DE COLABORACIÓN. CONTRATO	Núm. 47/2001
--------------------------------------	---	-------------------------

Julio GALÁN CÁ CERES
Profesor del CEF

• **ENUNCIADO:**

La Comunidad Autónoma de XXX es titular de un terreno de uso público de gran extensión, llena de especies arbóreas y arbustivas, espacios verdes, así como numerosas especies vegetales de diversa índole y pequeños lagos naturales y artificiales, que hacen las delicias de los ciudadanos de la Comunidad, sobre todo, a partir del período primaveral y durante toda la estación veraniega, períodos en que, especialmente durante los fines de semana, se llena de gentes dispuestas a disfrutar de la naturaleza y ansiosas de respirar un aire no contaminado. La Comunidad, desde hacía algún tiempo, venía preocupada por los numerosos accidentes, de escasa consideración, normalmente, y sobre todo entre la población más joven, que con frecuencia acontecían en dicho lugar. Por otro lado, había recibido numerosos escritos de vecinos y asociaciones vecinales en demanda de la instalación y funcionamiento de un servicio sanitario de primeros auxilios que pudiera atender, de forma inmediata, a las víctimas de esos accidentes, realizando una primera cura, a veces tan importante de cara a la posterior evolución de las lesiones, así como contactar con los medios precisos para la evacuación de los lesionados.

Haciéndose, finalmente, eco de tal petición decide atender a este servicio. Para ello, y dada la naturaleza del mismo, que no exige una infraestructura muy compleja ni especializada, ha acordado celebrar un convenio de colaboración con una empresa formada por la asociación de varios médicos y enfermeros bajo forma societaria, que ya se encargaba de tal misión en otros lugares con idénticos problemas y de titularidad municipal.

Por otro lado, la Comunidad XXX se encuentra, así mismo, preocupada por los numerosos incendios que asolan a los terrenos de la Comunidad durante prácticamente todo el año, aunque muy especialmente durante la época estival, cuya llegada no estaba lejana. Por eso, acuerda contratar medios aéreos a fin de que realicen funciones de vigilancia y de prevención de incendios. Anuncia el oportuno concurso mediante procedimiento abierto, publicándose el mismo en el BOE y en el Boletín Oficial de la Comunidad, pero no en el DOCE. La publicación del anuncio de licitación se produjo con una antelación de ocho días al señalado como el último para la recepción de solicitudes.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares, aprobadas el día 3 de marzo, constan, entre otros extremos, los siguientes:

1. Se incluye como criterio de adjudicación la solvencia específica del contratista en relación con este tipo de contrato y el grado de cumplimiento de contratos similares celebrados por aquél con la Administración Autonómica.

2. *El presupuesto del contrato es de 2.000.000 de ptas., estando prevista la revisión de precios.*
3. *Se especifica que la duración del contrato será de un año.*

La mesa de contratación, cuando decidió elevar el acta de la apertura de proposiciones y realizar la propuesta de adjudicación correspondiente, actuó con el presidente de la misma y la asistencia de dos de sus cuatro vocales.

El contrato se adjudica a la empresa «La de Siempre, S.A.» el día 1 de abril. Esta empresa, en su documentación, no había acompañado el correspondiente bastanteo de poderes en el aval bancario aportado como garantía definitiva.

La ejecución del contrato no se inicia hasta el día 15 de junio debido a las condiciones climatológicas adversas existentes hasta esa fecha.

Un mes antes de finalizar el plazo de extinción del contrato, la Comunidad y el contratista, dado el grado de satisfacción mutuo, y en aplicación de un precepto del TRLCAP, acuerdan prorrogar, de mutuo acuerdo, por un año más el contrato inicial.

El precio del contrato se había ido abonando, conforme a lo previsto en los pliegos, con el importe de una subvención otorgada por la Administración General del Estado a la citada Comunidad para este fin de financiar dicho contrato, habiéndose venido abonando dicha subvención trimestralmente. Sin embargo, la última de las entregas no se hizo efectiva por el Estado. Esto provocó que la Comunidad no pagara al contratista, por lo que éste dirigió escrito a aquélla en reclamación de la cantidad adeudada, recibiendo como contestación que se dirigiera a la Administración del Estado en reclamación de dicha cantidad, y ofreciéndose a poner a su disposición toda la documentación tramitada entre ambas Administraciones donde se acreditaba la existencia de la subvención.

Es de significar que uno de los licitadores que no había sido seleccionado, a la vista de su exclusión, presentó el día 5 de junio recurso oportuno aduciendo en defensa del mismo que algunas de las cláusulas del pliego no resultaban ajustadas a derecho.

Finalmente, finalizado el plazo de duración del contrato acordado por la Administración y el contratista, éste prosiguió con la actividad de vigilancia aérea durante cuatro meses más, con conocimiento de la Comunidad Autónoma que, en ningún momento, dirigió escrito a aquél requiriéndole en ningún sentido. Reclamado el importe económico por dicho período de tiempo el órgano competente de la Comunidad se niega a hacerlo efectivo alegando que ya no existía vínculo contractual alguno entre ellos y que si prestó aquella actividad fue por su exclusiva y unilateral voluntad.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Comentar la viabilidad legal del convenio de colaboración pretendido por la Comunidad Autónoma.
2. ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato celebrado para la vigilancia aérea?
3. ¿Constituye algún vicio jurídico que no se publicara ese contrato en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)?
4. ¿Tiene alguna incidencia la publicación del anuncio de licitación con ocho días de antelación al señalado como el último para la recepción de solicitudes?
5. ¿Resultó ajustada a derecho la adjudicación en favor de la empresa «La de Siempre, S.A.»?

6. ¿Eran ajustadas a derecho las cláusulas del pliego?
7. ¿Actuó correctamente la mesa de contratación?
8. ¿Tiene alguna incidencia jurídica que la ejecución del contrato no se inicie hasta el día 15 de junio?
9. ¿Resulta ajustada a derecho la prórroga del contrato acordada?
10. ¿Cómo deberá resolverse el recurso interpuesto por el licitador excluido?
11. ¿Tiene razón la Comunidad Autónoma cuando ante la reclamación de la parte adeudada al contratista le contesta que se dirija a la Administración del Estado?
12. ¿Tiene razón la Comunidad al negarse a pagar al contratista el importe de los cuatro meses de actividad cuando había finalizado el plazo contractual?

• **SOLUCIÓN:**

1. Respecto a la viabilidad jurídica del convenio de colaboración es de resaltar que nos encontramos ante un servicio público de titularidad administrativa. Esa actividad de establecer un servicio de asistencia sanitaria o de primeros auxilios a los que resulten accidentados en ese terreno demanial de uso público participa de todas las notas características y esenciales del servicio público cuya titularidad y responsabilidad recae, en este caso, sobre la Administración Autonómica titular del terreno. Cuestión distinta es la forma de gestión de ese servicio público. En este sentido dos son los artículos claves para responder a la cuestión planteada. Por un lado, el artículo 3.º del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas (TRLCAP), que dice literalmente: «Quedan fuera del ámbito de la presente Ley ... d) los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas, celebre la Administración con persona físicas o jurídicas sujetos al Derecho Privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

Por tanto, como vemos la sumisión al TRLCAP no depende de la voluntad de la Administración, sino del objeto del contrato. Si no fuera así, de nada valdrían todos los principios recogidos en la contratación administrativa tales como el de publicidad, concurrencia, etc., que constituyen unas garantías esenciales para los administrados en sus relaciones con la Administración y un instrumento esencial para controlar las potestades discrecionales de aquéllas. No es la voluntad administrativa la que decide su sumisión o no a la legislación sobre contratos administrativos. Lo esencial es lo que va a hacer, el objeto, y si ese objeto se encuentra regulado en esa legislación es obligatorio para la Administración someterse a ella, respetando las prescripciones y principios de la normativa administrativa.

En este caso y, en principio, parece fuera de toda duda que al tratarse de un servicio público, si decide su gestión indirecta, habrá de estar a lo previsto por el TRLCAP. Ahora bien, hay otro artículo fundamental de ese texto en referencia a la gestión indirecta que es el 155 «La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por particulares». Por tanto, observamos que no cualquier servicio público es susceptible de ser gestionado por los particulares, ha de tener un contenido económico. Dicho de otra manera, ha de ser rentable económicamente para el que lo explota, si no es así, ¿quién va a aspirar a quedarse con un contrato?, ¿a cambio de nada? Por otro lado, en la modalidad de concesión, como forma más natural de gestión indirecta, el concesionario se remunera con las tarifas que cobra a los usuarios de ese servicio público.

Luego la clave para saber si es posible o no el convenio de colaboración es saber la intención de la Administración, desde el punto de vista económico, con respecto a los potenciales usuarios del servicio. Si les va a cobrar o no por dicho servicio y si esto es rentable económicamente.

El tipo de servicio a que nos estamos refiriendo en la práctica se presta de forma gratuita en la mayoría de las ocasiones, lo que hace inviable, en principio, la gestión indirecta.

Ante esto, se abre la posibilidad de ese convenio de colaboración con una persona jurídica, como es el caso, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por lo acordado entre la Comunidad y la empresa, a tenor de lo previsto en el artículo 4.º del TRLCAP «La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de una buena administración, y deberán cumplirse a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla».

Resumiendo, es posible y viable el convenio, pero también podría la Administración optar por la gestión directa o por la indirecta, en sus modalidades especialmente de concesión e incluso de concierto.

2. La naturaleza del contrato respecto de los medios aéreos para la vigilancia y prevención de incendios, parece claro que se trata de un contrato administrativo típico de servicios contemplado en el artículo 196 del TRLCAP.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes de 21 de diciembre de 1995 y 7 de marzo de 1996) ha señalado literalmente «de las respectivas definiciones de estos contratos resulta que en el de gestión de servicios públicos, un servicio de titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares». Una de las consecuencias más importantes de la diferenciación entre ambos tipos de contratos estriba en que en el contrato de gestión de servicios públicos no es exigible la clasificación del contratista, que, por el contrario, resulta preceptiva en el contrato de servicios si el presupuesto es igual o excede de 20.000.000 de pesetas.

3. No era precisa la publicación en el DOCE de este contrato. Ni por razón de su cuantía (art. 203.1 TRLCAP), ni por su contenido, a tenor de lo previsto en el artículo 206 del mismo texto legal. Este precepto, en sus números 1 a 16, determina las modalidades de contratos de servicios que exigen la publicidad en ese Diario Oficial, no apareciendo la que nos ocupa.

4. Respecto a la publicidad del anuncio de licitación con una antelación de ocho días al señalado como el último para la recepción de solicitudes, en principio habría que aplicar el plazo general del artículo 78.2 del TRLCAP que establece el plazo general de 15 días, salvo en obras, que será de 26. Lo que parece que ha ocurrido en este caso es que se han seguido las normas del procedimiento de urgencia en cuyo caso, según el artículo 71, se reducen a la mitad los plazos de licitación y adjudicación. Afirma el relato de hechos que la época estival no estaba lejana.

Esto es admisible jurídicamente, ahora bien los supuestos de tramitación de urgencia vienen determinados en la ley. Por tanto, no es el mero deseo de la Administración de tramitarlo como urgencia lo que legitimará una actuación en este sentido. Ha de encontrar su legitimación en la ley. Si no

encuentra esta cobertura esa tramitación será inválida y no ajustada a derecho. El Tribunal Supremo (TS) ha tenido múltiples ocasiones de pronunciarse sobre ello, afirmando, en esencia, que si la actuación urgente viene demandada por la negligencia o la dejadez de la Administración que no previó lo que pudo ser previsible, no podrá luego, para enmendar esa negligencia, escudarse en la tramitación de urgencia que entre otros efectos produce la reducción de plazos de licitación y adjudicación a la mitad, reduciéndose las garantías de los ciudadanos.

5. La adjudicación a favor de la empresa «La de Siempre, S.A.» resultó ajustada a derecho. En primer lugar porque es la Administración la obligada a reaccionar cuando falta la acreditación de algún requisito. Sería absurdo descargar las culpas sobre el contratista cuando la Administración, en su momento, dio por buena toda la documentación. Y en segundo lugar porque se trata de un defecto subsanable. Tal falta de bastanteo no afecta a la existencia del poder en sí ni a su suficiencia, es un requisito formal, que debe acreditarse. Por tanto, la Administración debió darle un plazo de tres días para subsanar este defecto (art. 101 Rgto. de Contratación de 1975, en vigor en lo que no se oponga al TRLCAP y normas reglamentarias de desarrollo).

6. En el pliego se contienen dos cláusulas que no resultan ajustadas a derecho:

A. La revisión de precios no es posible en este contrato, al tratarse de un contrato menor (arts. 103.2 y 201 TRLCAP).

B. Esa condición exigida es contraria a derecho. No concurre la nota de objetividad exigida por el artículo 86.1 del TRLCAP. Esto no es un criterio objetivo valorable, como ha tenido ocasión de indicar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por no recaer sobre un contenido de la oferta presentada por el licitador sino sobre una calidad del oferente, denotable subjetivamente a través de un juicio de valor por la mesa de contratación, acerca del grado de satisfacción generado en la Administración contratante por el cumplimiento de análogos contratos precedentes ejecutados por el contratista.

7. Carecemos de base suficiente para saber si la mesa de contratación estaba o no constituida con el *quorum* exigido legalmente. Al tratarse de una Comunidad Autónoma hay que señalar que sobre esta materia puede existir legislación autonómica aplicable en primer lugar. De no ser así, tanto el artículo 81 del TRLCAP como el artículo 22 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial del TRLCAP, indican que estará constituida por un presidente, un mínimo de tres vocales y un secretario designado por el órgano de contratación. En este caso se afirma que estaba el presidente y dos vocales, pero no se nos indica quiénes eran éstos. En cualquier caso, habrá que estar, igualmente, a lo dispuesto en la Ley 30/1992 sobre los Órganos Colegiados (arts. 22 y ss.). En concreto, el artículo 26 exige, para su válida constitución, la presencia del presidente y secretario, o quienes le sustituyan, y la mitad, al menos, de sus miembros.

8. Respecto a la posible incidencia que pudiera tener el hecho de que el contrato no se inicia en su ejecución hasta el día 15 de junio, señalar que en principio, según el artículo 71.2 d) del TRLCAP, en el caso de procedimiento de urgencia, que es el que parece que en el presente caso se ha seguido, el plazo de inicio no puede ser superior a dos meses desde la fecha de adjudicación. Lógica

prescripción, por otra parte, si de verdad es un supuesto de urgencia. En el caso que comentamos es claro que no se respetó este plazo. Ahora bien, parece que existe causa justificada consistente en que el mal tiempo impidió hasta entonces iniciar los vuelos. El precepto comentado admite ese retraso si se debe a causas ajenas a la voluntad del contratista y de la Administración.

9. La prórroga del contrato no es ajustada a derecho. En primer lugar, porque al ser contrato menor no se admite la prórroga. Y en segundo lugar, porque contraría lo que se estableció en los pliegos que es la *lex inter partes*. En ellos se fijó la duración de dos años, sin que se estableciera nada respecto a una posible prórroga. Luego admitir ahora esa prórroga supondría vulnerar aquéllos, quebrantando, igualmente, los principios de publicidad y concurrencia. De haberse previsto esa prórroga quizás otros contratistas hubieran licitado. Probablemente, el artículo en el que se basaron Administración y contratista para prorrogar el contrato fuera el 198.1 que dice literalmente «podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo». Pero hicieron mal uso del mismo porque, como ya se ha apuntado anteriormente, esto será para el caso de que los pliegos y el contrato inicial lo previeran para todos los posibles oferentes.

10. El recurso del licitador excluido se resolverá declarándose extemporáneo. Los pliegos se aprobaron el día 3 de marzo y el recurso, que se basa en la ilegalidad de sus cláusulas, se presenta el día 5 de junio. Tanto si se entiende como de reposición como el contencioso-administrativo están fuera de plazo (un mes o dos meses, respectivamente). Además, parece que ese licitador no presentó ni reclamación ni nada contra aquél en su momento, es decir, que lo admitió como válido. Evidentemente, va contra los actos propios aceptar aquéllos e impugnar después el resultado porque no ha sido favorable a tus intereses.

11. Con respecto a la negativa del pago de lo adeudado por parte de la Comunidad alegando que no se hace efectiva la subvención e indicándole al contratista que vaya contra la Administración del Estado si quiere cobrar, no es ajustado a derecho. Éste será un problema de relaciones interadministrativas en las que el contratista queda al margen totalmente, y desde luego no puede servir como excusa para el cumplimiento de la obligación de pagar de la Comunidad Autónoma. El pliego y el contrato expresa con claridad quiénes son las partes contratantes, Comunidad y empresa, la Administración General del Estado no contrata, no es parte de esta relación jurídico-administrativa. No asume ninguna obligación frente al contratista, por tanto la relación con éste es inexistente. Y por otra parte, la Comunidad Autónoma no actúa como mandatario de la Administración General del Estado. En conclusión, esto no puede servir de excusa para que la Comunidad asuma su obligación de pago frente al contratista.

12. Finalmente, en referencia a que el contratista, finalizado el plazo contractual, continúa con la actividad de vigilancia aérea, no puede recibir una contestación incuestionable, sino que habrá que analizar las circunstancias de cada caso. Aquí se dice, en el relato de hechos, que la Administración conoció esta circunstancia y no pareció importarle, pues de lo contrario le hubiera requerido para que cesara en su actitud o al menos le hubiera informado del riesgo económico que implicaría para el contratista en el sentido de que no pensaba hacer frente al pago. Nada de esto sucede, luego parece que ha existido cierta anuencia de la Administración. Y lo que es más importante, aquélla se ha

beneficiado de esa vigilancia. Por todo ello, podríamos acudir a la teoría del «enriquecimiento injusto» para justificar que la Comunidad Autónoma está obligada a pagar esos cuatro meses de servicios. Precisamente, se admite la doctrina del enriquecimiento injusto por numerosas Sentencias del TS (entre otras, las de 26 de febrero de 1999 ó 28 de septiembre de 2000) como corrección al principio de la inalterabilidad o imposibilidad de modificación de los contratos administrativos, salvo casos previstos en la ley.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 3.º, 4.º d), 8.º, 71.2 d), 78.2, 86.1, 103.2, 196, 198.1, 201, 203 y 206.**
- **RD 390/1996 (CAP), art. 22.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), art. 22 y ss.**
- **Reglamento General de Contratación de 1975, art. 101.**
- **Informes de Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 21 de diciembre de 1993 y de 7 de marzo de 1996.**
- **SSTS de 26 de febrero de 1999 y 28 de septiembre de 2000.**