

CONVENIO DE COLABORACIÓN. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

JULIO GALÁN CÁCERES

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

Palabras clave: contratos administrativos, servicios públicos, convenio de colaboración, contrato administrativo de servicios.

ENUNCIADO

La Comunidad Autónoma de «XXX» es titular de un terreno de uso público de gran extensión, lleno de especies arbóreas, espacios verdes, así como numerosas especies vegetales de diversa índole y pequeños lagos naturales y artificiales, que hacen las delicias de los numerosos ciudadanos que acuden allí, sobre todo en los periodos de primavera y verano, para disfrutar de la naturaleza.

La Administración de 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 frecuentemente acontecían en dicho lugar. Además, 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 dichos accidentes, realizando una primera cura, en ocasiones tan importante de cara a la posterior evolución de las sesiones, así como contactar con los medios precisos para la evacuación de los lesionados.

Haciéndose, finalmente, eco de tales peticiones 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, por otra parte, ya se encargaba de tal servicio en otros lugares próximos con idénticos problemas y competencia de otras Administraciones públicas.

Por otro lado, la Comunidad de «XXX» se encuentra, asimismo, preocupada por los numerosos incendios que asolan los terrenos de la Comunidad durante prácticamente todo el año, pero especialmente en el periodo 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 procedimiento de licitación por procedimiento abierto, en el que se van a tener en cuenta varios criterios para la adjudicación del contrato, publicándose en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, pero no en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). 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 satisfacción por parte de la Administración en el cumplimiento de contratos similares celebrados con anterioridad.
2. El presupuesto del contrato es de 12.020,24 euros, estando prevista la revisión de precios.
3. Se especifica que la duración del contrato será de un año.

La mesa de contratación, en sus actuaciones, actuó con el presidente de la misma y la asistencia de dos de sus cuatro vocales.

El contrato acaba adjudicándose a la empresa «LA DE SIEMPRE, SA» 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.

La ejecución del contrato no se inicia hasta el día 15 de junio debido a las condiciones climáticas 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 en el cumplimiento del mismo, y en aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), acuerdan de mutuo acuerdo prorrogar el contrato por otro año más.

El precio del contrato se había ido abonando, conforme a lo previsto en los pliegos, con el importe de una subvención que había otorgado la Administración General del Estado a la Comunidad «XXX» al objeto de financiar dicho contrato, habiéndose venido abonando la citada subvención trimestralmente. Sin embargo, el último pago no se hizo efectivo. Esto provocó que la Administración no pagara al contratista, por lo que este dirigió escrito a aquella en reclamación de la cantidad adeudada, recibiendo como contestación que se dirigiese a la Administración General del Estado que era la culpable de que aquel pago no se hubiera podido efectuar.

Es de resaltar 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 alguna de las cláusulas del pliego no resultaban ajustadas a derecho.

Finalmente, finalizado el plazo de duración del contrato acordado, el contratista prosiguió, pese a ello, con la actividad de vigilancia aérea durante cuatro meses más, con conocimiento de la Comunidad Autónoma y sin que, en ningún momento, esta dirigiera requerimiento a aquel para que cesara en su actividad. Reclamado el importe económico por dicho periodo de tiempo el órgano competente de la Administración desestima esta solicitud alegando que no existía vínculo contractual alguno cuando la actividad se prestó y que la misma se debió a la exclusiva y unilateral voluntad del contratista.

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 tipo de vicio de invalidez que no se publicara ese contrato en el DOUE?
4. ¿Podría tener alguna justificación la circunstancia de que la publicación del anuncio de licitación se hiciera con ocho días de antelación al que han señalado como el último para la recepción de solicitudes?
5. ¿Resulta ajustada a derecho la adjudicación a favor de la empresa a la que se hizo, pese a no acreditar el bastanteo de poderes el aval bancario aportado como garantía?
6. Comente el ajuste a derecho de las cláusulas recogidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
7. ¿Actuó con arreglo a derecho la mesa de contratación?
8. ¿Tendrá alguna incidencia jurídica el hecho de que la ejecución del contrato no se haya iniciado hasta el día 15 de junio?
9. ¿Es ajustada a derecho la prórroga del contrato acordada?
10. ¿Cómo deberá resolverse el recurso interpuesto por un licitador que fue excluido en su momento?
11. ¿Tiene razón la Comunidad Autónoma cuando, ante la reclamación de la parte adeudada al contratista, se la deniega alegando que la Administración General del Estado no ha pagado el último plazo a que estaba obligada?

12. ¿Tiene razón la Administración al negarse a pagar el importe de los cuatro meses de actividad realizado por la contratista, una vez que había finalizado el contrato?

SOLUCIÓN

1. Viabilidad del convenio de colaboración.

Respecto a la viabilidad jurídica del convenio de colaboración debemos en primer lugar, destacar que nos encontramos ante un servicio público de titularidad administrativa. Esa actividad consistente en establecer un servicio de asistencia sanitaria o de primeros auxilios a los que resulten accidentados en ese terreno de dominio público, participa de todas las notas características esenciales del servicio público, cuya titularidad y responsabilidad recaen, en este caso, en la Administración autonómica titular del terreno.

Cuestión distinta será la forma de gestión de ese servicio público. En este sentido, existe un artículo clave en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es el artículo 4.º d) de la misma que señala que quedan fuera del ámbito de la presente ley «los convenios de colaboración que con arreglo a las normas específicas celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetos al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta ley o normas administrativas especiales».

Por lo tanto, observamos cómo la sumisión de la Administración a la Ley de Contratos no depende de la voluntad de aquella, sino de cuál es el objeto concreto a realizar. Si no fuera así, de nada valdrían todos los principios recogidos en la normativa sobre contratación administrativa tales como el de publicidad o concurrencia, que constituyen una garantía esencial para los administrados en sus relaciones con la Administración y un instrumento fundamental para controlar las potestades discrecionales de aquella. No es la voluntad administrativa la que decide su sumisión o no a la legislación sobre contratos administrativos. Lo esencial es lo que se va a hacer, el objeto, la finalidad, y si el mismo se encuentra regulado en esta legislación es obligatorio someterse a ella respetando las prescripciones de la misma.

En el caso que analizamos y, en principio, parece fuera de toda duda que al tratarse de un servicio público, si decide su gestión indirecta, habrá de someterse a la normativa sobre contratación administrativa.

Con respecto a esa gestión indirecta, se refiere el artículo 251 de la LCSP, afirmando que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia. Debemos significar que dicho servicio debe tener un contenido económico o similar que le haga susceptible de explotación por los particulares, porque de lo contrario ¿quién va a tener interés en rea-

lizar una actividad que no le va a producir ninguna ganancia? Ello quiere decir que no cualquier servicio público es susceptible de ser gestionado por los particulares, sino que, en principio, ha de ser rentable económicamente para los contratistas, bien porque percibe ingresos de los usuarios del servicio directamente, o bien, porque es la Administración la que remunera aquellos.

En el caso que comentamos, la Administración tendría varias posibilidades. En primer lugar, gestionar directamente el servicio, especialmente si no cobra nada a las a los usuarios por el mismo. En segundo lugar, sería posible la gestión indirecta, bien a través de la concesión, si los usuarios pagaran una tarifa por los servicios, o bien, a través del concierto, con persona que viene dedicándose ya a esta actividad –como es el caso que nos ocupa, porque así lo dice el relato de hechos al afirmar que venía realizando aquella con otras Administraciones–. Esta modalidad de explotación parecería más lógica en el caso presente puesto que la rentabilidad económica, si el servicio se presta en forma gratuita a los usuarios, es inexistente.

Por otro lado, no podemos olvidar que el artículo 25 de la LCSP permite a la Administración concertar los contratos, actos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o los principios de buena administración.

En conclusión, en este caso, pudiera estar justificada la realización de un convenio de colaboración con esa persona jurídico-privada, dada la nula rentabilidad económica para la misma si el servicio se presta de forma gratuita proveniente de los usuarios del servicio, pero también es cierto que el objeto de la actividad puede quedar encuadrado en el contrato de gestión de servicios públicos, en cuyo caso deberíamos aplicar lo ya señalado en el artículo 4.º d) de la LCSP, debiéndose, entonces, poner en marcha el oportuno expediente de contratación para la adjudicación del contrato.

2. Naturaleza del contrato para la vigilancia aérea.

El contrato a celebrar respecto a los medios aéreos para la vigilancia y prevención de incendios, será un contrato administrativo de servicios, definido en el artículo 10 de la LCSP y regulado en los artículos 277 y siguientes del mismo texto legal.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en Informe 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».

Por lo tanto, nos hallamos ante un contrato de servicios, y no de gestión del servicio público, por lo que, a efectos de clasificación de la empresa, es importante, ya que el primer contrato

exige la clasificación cuando el presupuesto es igual o excede de 120.202,42 euros, mientras que en el segundo no es preceptiva la clasificación del contratista, aunque en este caso por razón de su cuantía no lo era.

3. No publicación del contrato en el DOUE.

No constituye vicio de invalidez alguna pues no era obligatoria dicha publicación, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 126.2 de la LCSP, al no estar sujetos a regulación armonizada no era preceptiva dicha publicación.

4. Publicación 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 señalado en el artículo 143 de la LCSP que establece el plazo de 15 días como mínimo para la presentación de solicitudes. Sin embargo, puede estar justificado el establecimiento del plazo de ocho días, si se han seguido las normas del procedimiento de urgencia, porque en este caso, el artículo 96 señala que se reducirán a la mitad los plazos de licitación y adjudicación. Debemos tener en cuenta que el relato de hechos señala expresamente que estaba próximo el periodo estival, con lo cual el peligro de incendio aumenta y, por tanto, existía cierta urgencia en que el contrato se adjudicara cuanto antes para afrontar el citado problema.

Ahora bien, no conviene olvidar que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, esta actuación de urgencia no tiene que venir demandada por la negligencia o por la dejadez de la Administración que no previó lo que pudo ser previsible, porque en este caso, la Administración aplicaría cuando quisiera estas reglas especiales, restrictivas en todo caso porque reducen el plazo para presentación de solicitudes. Si ello fuera así, estaría actuando en clara desviación de poder y, por tanto, su actuación sería inválida.

En el caso concreto, desconocemos las razones de por qué se llega a la proximidad de la época estival sin haberse resuelto este problema, pero si ha sido por dejadez o negligencia administrativa, que no actuó cuando debió hacerlo, no podrá escudarse luego en esta circunstancia para aplicar una tramitación de urgencia en el expediente de contratación que ella misma ha provocado.

5. Ajuste a derecho de la adjudicación a la empresa «LA DE SIEMPRE, SA».

Esta adjudicación es totalmente ajustada a derecho. En primer lugar, porque fue la Administración la que estaba obligada a reaccionar, en su momento oportuno, si no se había acreditado algu-

no de los requisitos exigidos. Sería absurdo descargar las culpas sobre el contratista cuando la Administración dio por buena en su momento toda la documentación que presentó ese contratista. Nadie puede alegar vicios de invalidez si es culpable de ellos.

En segundo lugar, la falta de acreditación del bastanteo de poderes en el aval bancario presentado como garantía, era un defecto subsanable, porque no afecta a la existencia del poder en sí ni a su suficiencia, sino que es un requisito formal que la administración, en su momento, debió exigir a la empresa que lo subsanara, concediéndole un plazo para ello.

6. Ajuste a derecho de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Respecto a la primera de ellas que incluye como criterio de adjudicación el grado de satisfacción por parte de la Administración del cumplimiento de contratos similares realizados con anterioridad por la empresa contratista, debemos señalar que no es ajustada a derecho, ya que no concurre la nota de objetividad, como criterio de adjudicación, que se establece en el artículo 134 de la LCSP. Esto no es un criterio objetivo valorable, por no recaer sobre un contenido de la oferta presentada por el licitador sino sobre una calidad del oferente, apreciable subjetivamente a través de un juicio de valor, acerca del grado de satisfacción generado en la Administración contratante.

Respecto a la segunda de las cláusulas, consistente en la de incluir la revisión de precios en el contrato, tampoco es ajustada a derecho ya que el artículo 77.2 de la LCSP no permite la revisión de precios en los contratos menores, como es el que nos ocupa.

Finalmente, respecto a la tercera de las cláusulas que establecía la duración del contrato en un año es ajustada a derecho, conforme al artículo 179.1 de la LCSP.

7. Ajuste a derecho en la actuación de la mesa de contratación.

Con independencia de las cuestiones que vamos analizando y respecto a alguna de las cuales ya hemos señalado que se produjeron vicios de invalidez, teniendo en cuenta, exclusivamente, la composición de la citada mesa en sus actuaciones, queremos señalar que, en esta materia, las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar sobre la misma.

En defecto de la misma, el artículo 295.2 de la LCSP señala que la mesa de contratación estará constituida por el presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un secretario.

Por su parte, el artículo 79 del Reglamento General de la Ley de Contratos aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, señala que «en la Administración General del Estado...

la mesa de contratación estará constituida por un presidente, un mínimo de cuatro vocales y un secretario, designado por el órgano de contratación...».

En el caso que analizamos, se señala que la mesa actuó con el presidente y la asistencia de dos de sus cuatro vocales. Nada dice sobre la asistencia del secretario de la misma. Ante ello, podríamos aplicar lo dispuesto en el artículo 26.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que exige para la válida constitución del órgano colegiado la asistencia de su presidente, el secretario, o quienes les sustituyan y, al menos, la mitad de sus miembros. Al no asistir el secretario o su sustituto, existiría un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho contemplado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, por vulneración de las reglas esenciales que regulan la formación de voluntad de los órganos colegiados.

8. Consecuencias de que la ejecución no se iniciara hasta el día 15 de junio.

En relación 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, debemos señalar que, en principio, según el artículo 96 de la LCSP, en el caso de que se hubiere aplicado en la tramitación del expediente de contratación el procedimiento de urgencia, el plazo de inicio no puede ser superior a 15 días hábiles desde la notificación de la adjudicación definitiva, debiendo ser resuelto en caso contrario. Lógica prescripción, por otra parte, si de verdad se trata de un supuesto de urgencia, pues en caso contrario parece sentido el establecimiento del plazo.

En el caso que comentamos, es claro que no se respetó el plazo indicado. Ahora bien, como ya comentamos con anterioridad parece que existía causa justificada consistente en que el mal tiempo reinante impidió, hasta entonces, iniciar los vuelos de vigilancia contratados. El precepto señalado admite el retraso en la iniciación de la ejecución del contrato si se debe a causas ajenas a la voluntad del contratista y de la Administración, que parece el caso ante el cual nos hallamos.

9. Análisis de la prórroga acordada de mutuo acuerdo por la Administración y la contratista.

La citada prórroga no fue ajustada a derecho. En primer lugar, porque estamos en presencia de un contrato menor, por razón de su cuantía, que no admite prórroga alguna. En segundo lugar, porque es contrario a lo establecido en el pliego, en el sentido de que la duración del contrato se establece de un año, sin que se haga referencia ninguna a la posibilidad de la prórroga en el mismo, por lo que admitir aquella, en este momento, supondría una vulneración de los principios de publicidad y concurrencia. Hay que tener en cuenta que quizás, de haberse previsto la prórroga del contrato, otros contratistas pudieran haber concurrido.

Es posible que la Administración y el contratista se fundamentaran para prorrogar el contrato en el artículo 279.1 de la LCSP que dice literalmente «podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo». Pero es claro que hicieron mal uso del mismo porque esta circunstancia debía haberse previsto en el propio pliego y no acordarse, como ha sucedido en el caso que comentamos, sin previsión alguna.

10. Recurso presentado por un licitador excluido contra el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En primer lugar, respecto a la legitimación del licitador excluido para interponer un recurso contra ciertas cláusulas del pliego, en ese momento, es decir, después de finalizado el expediente de contratación y una vez adjudicado el contrato, es de dudosa existencia.

Si entendemos que dicho licitador fue excluido por la mesa de contratación, en su momento, por no reunir los requisitos exigidos para tomar parte en la contratación, lo que debió de hacer es presentar alegaciones contra esa exclusión que, con posterioridad, serían resueltas por el órgano de contratación. Por tanto, en este caso, si no realizaron aquellas alegaciones y fue excluido en aquel momento, podemos afirmar que carece de legitimación, en este momento, para impugnar la adjudicación definitiva del contrato, porque nada positivo puede obtener del planteamiento de ese recurso, aunque se estimarán sus pretensiones, porque él fue excluido en su momento y, por tanto, en ningún caso, aun anulándose la adjudicación efectuada, se le podrá adjudicar a él.

En segundo lugar, si entendemos que esa exclusión se refiere a que no fue el adjudicatario por el órgano de contratación, pero no concurría en él ningún motivo para la exclusión en la licitación, entonces, sí estaría legitimado para presentar el recurso, suponiendo que reaccionara en su momento contra la exclusión.

Respecto al recurso de que se trata, debemos señalar que, o bien se trata de un recurso de reposición, puesto que el pliego de cláusulas administrativas particulares es aprobado por el órgano de contratación y pone fin a la vía administrativa, o bien se trata, directamente, del recurso contencioso-administrativo, por la misma razón indicada.

De todas formas, en ambos casos el recurso es claramente extemporáneo, porque el citado pliego de cláusulas administrativas particulares fue aprobado el día 3 de marzo, y siempre que se hubiere publicado con anterioridad al día 5 de abril, como parece lógico por otra parte, tanto si se trata de recurso de reposición, para el que había un plazo de un mes desde la publicación (su art. 117 Ley 30/1992), como si se trata de recurso contencioso-administrativo, para el que había dos meses desde la citada publicación (art. 46 Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), es claro que habían transcurrido dichos plazos para poder interponer los citados recursos.

11. Negativa de la Administración contratante a pagar a la contratista, alegando que la Administración General del Estado no había hecho efectivo el abono de parte de la subvención prometida.

No puede servir de excusa esta causa para negarse a pagar lo adeudado a la empresa contratista.

La negativa, por parte de una Administración a pagar a otra parte de una subvención a la que se había comprometido, forma parte de las relaciones interadministrativas exclusivamente, sin que puedan proyectarse sus efectos negativos sobre un tercero, totalmente ajeno a dicha relación, como es la empresa contratista que ha cumplido con su obligación de ejecutar el contrato.

La normativa sobre la materia, al igual que los pliegos, señala quién es el obligado y responsable del pago a la empresa contratista, que no es otro que la citada Administración contratante. La relación contractual se ha producido entre la Administración autonómica y aquella empresa, sin que ninguna otra Administración forme parte de la misma. La Administración General del Estado no ha asumido ninguna obligación frente a la contratista. Por tanto, no pueden servir de excusa estas circunstancias para no abonar lo adeudado en virtud del contrato administrativo celebrado. Por ello, la Administración contratante deberá realizar lo necesario, incluida una posible modificación presupuestaria para obtener fondos con los que afrontar la deuda contraída.

Todo ello es independiente de que con posterioridad la Administración contratante se dirija, en virtud de esas relaciones interadministrativas surgidas, contra la Administración General del Estado reclamándole que se haga efectiva la subvención a la que se había comprometido.

12. Continuación del contrato por la parte contratista una vez vencido el plazo contractual.

La cuestión de si la Administración debe abonar el precio por lo realizado por la parte contratista una vez vencido el plazo de duración del contrato, no puede ser resuelta de manera incuestionada, sino que han de analizarse las circunstancias concurrentes.

En el caso que analizamos, el relato de hechos señala que la Administración conocía esta circunstancia, que no requirió, en ningún momento a la contratista para que cesara en su actividad, vencido ya el plazo contractual, habiéndose producido un resultado incuestionable como es un beneficio para ella.

La ley prohíbe el «enriquecimiento injusto» de nadie, por lo que la Administración, que consintió y se benefició de la actividad de la contratista, lo lógico es que haga frente al pago de lo realizado por aquella.

Esta doctrina del «enriquecimiento injusto» es admitida por numerosas Sentencias del Tribunal Supremo (entre otras, la de 26 de febrero de 1999 o la de 28 de septiembre de 2000) como correc-

ción al principio de inalterabilidad o imposibilidad de modificación de los contratos administrativos, salvo los casos previstos en la ley.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 26 y 117.
- Ley 30/2007 (Contratos del Sector Público), arts. 4.º d), 10, 25, 77.2, 96, 143, 126.2, 179.1, 251, 253, 277, 279.1 y 295.2.
- RD 1098/2001 (Rgto. General de Contratación), art. 79.
- SSTS, Sala Tercera, de 26 de febrero de 1999 y 28 de septiembre de 2000.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 21 de diciembre de 1993 y 7 de marzo de 1996.