



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 5 / 2 0 0 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 2 de abril de 2004.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ilustre Ayuntamiento de Pájara en relación con la *resolución del contrato para la gestión indirecta, mediante concesión administrativa, de la construcción y explotación de un Centro Hospitalario en el Plan Parcial Las Gaviotas de dicho término municipal, adjudicado en virtud de Acuerdo adoptado en sesión plenaria de fecha 19 de diciembre de 2002 a la U.T.E integrada por las entidades "Y.I., SL" y "C.D.C., SL" (EXP. 13/2004 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de entrada el 23 de enero de 2004, el Alcalde del Ayuntamiento de Pájara (Fuerteventura) solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP-2000) preceptivo Dictamen respecto de la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo plenario, por el que se pretende resolver el contrato para la gestión indirecta, mediante concesión administrativa, de la construcción y explotación de un centro hospitalario en el Plan Parcial Las Gaviotas, adjudicado en sesión plenaria de 19 de diciembre de 2002 a la U.T.E. integrada por las entidades "Y.I., SL" y "C.D.C., SL" (el contratista).

2. La Propuesta de Acuerdo se fundamenta, genéricamente, en los arts. 111 y 167 LCAP-2000, aunque se explicita que la causa concreta de resolución no es otra que la no formalización del contrato por motivo imputable al contratista, lo que hace

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

que el fundamento legal de la resolución que se insta se encuentre en el citado art. 167 y, por reenvío, en el apartado d) del asimismo citado art. 111, que en efecto contempla como causa de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos "la falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquella en plazo en los casos previstos en la Ley y la no formalización del contrato en plazo".

Tal y como asimismo menciona la Propuesta de Acuerdo que se somete a Dictamen, el art. 54.3 LCAP-2000 dispone que "cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia al interesado y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva"; eventualidad resolutoria en la que por disposición legal "procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados".

Consta en el presente procedimiento la audiencia al contratista y su oposición a la resolución instada cuya adecuación jurídica constituye cabalmente el objeto del presente dictamen.

3. Por lo que hace a la descripción del procedimiento de licitación y adjudicación, debe dejarse constancia de un incidente previo y distinto del que motiva la resolución instada y que no es otro que la petición por el contratista, el 12 de febrero de 2003, de una "ampliación del plazo conferido para acreditar la constitución de la garantía definitiva", aceptada implícitamente, toda vez que la fianza fue intervenida el 23 de abril de 2003, es decir, más de dos meses por encima del plazo legalmente dispuesto para ello, siendo así que, como se ha señalado, la no constitución de tal garantía es causa de resolución contractual.

Las razones de la no formalización del contrato las hace saber el contratista en su escrito de alegaciones a la apertura del procedimiento de resolución, que lleva fecha de registro de entrada 12 de diciembre de 2003. Tales motivos no son otros que las "conversaciones" que representantes del Ayuntamiento habían iniciado con el Servicio Canario de la Salud "a los efectos de suscribir el correspondiente Protocolo [entre ambos] por el cual el nuevo centro hospitalario (...) asumiría pacientes que corresponderían ser atendidos por el propio Servicio Canario de la Salud". Conversaciones que no fructificaron, aunque, según manifiesta el contratista, "al

menos se nos comunicará mediante oficio la procedencia de futuro en los términos hablados inicialmente".

Los hechos son, pues, que la formalización del contrato debió verificarse en el plazo de 30 días siguientes al de la notificación de la adjudicación (31 de enero de 2002). Sin embargo, la garantía definitiva fue otorgada el 23 de abril de 2003, por lo que no habiendo instado la Administración la resolución posible por no constitución debida de dicha garantía, los principios de respeto a los actos propios y el de buena fe contractual obligarían a entender, en la forma más favorable para el contratista, que ese plazo de 30 días para la formalización vencería el 23 de mayo de 2003. Fecha en la que, como se ha dicho, no se produjo formalización alguna. Falta de formalización que el contratista imputa a las referidas conversaciones sostenidas por el propio Ayuntamiento, lo que impide -en la tesis del contratista- que el Ayuntamiento pueda resolver el contrato. Por ello, el contratista solicita el sobreseimiento del expediente y se otorgue nuevo plazo para la suscripción del contrato pues "en breve (...) se formalizará el documento" de referencia.

## II

1. No cabe duda alguna de que los principios de buena fe, confianza legítima (art. 3.1 LRJAP-PAC) y el de respeto a los propios actos deben ser valorados a los efectos de resolver el presente expediente.

El comportamiento de la Administración ha sido tolerante y comprensivo, no sólo otorgando plazo complementario para la constitución de la garantía definitiva cuando podía -y debía- haber resuelto el contrato, sino porque de hecho ha estado en actitud pasiva esperando a que el contratista formalizara el contrato.

En efecto, del detenido examen de las actuaciones que nos han sido remitidas se infiere que muy probablemente el Ayuntamiento sostuvo tales conversaciones, pero no con la intención y con los efectos que pretende el contratista. En informe de 12 de diciembre de 2003, emitido respecto de la propuesta presentada por el contratista, se hace constar que la viabilidad económica de la concesión se hace depender "de un ingreso de 3,6 millones de euros en concepto de concertación entre el Hospital y el Servicio Canario de la Salud (...) sin que de ninguna manera se pueda garantizar por parte de la Corporación la consecución de dicho concierto, aunque se luchará, junto con el concesionario, desde esta Corporación para conseguir el

mismo". Y en el acta que documenta la reunión de la Mesa de contratación, de 13 de diciembre de 2003, se propone la adjudicación pero sin que "en ningún caso puede el Ayuntamiento asumir el compromiso de concertar los servicios sanitarios con el Servicio Canario de la Salud que [el contratista] prevé como necesario para el equilibrio económico del Servicio Hospitalario".

Es decir, en ningún momento la Corporación vinculó la suerte de la concesión adjudicada al éxito de las negociaciones, por lo que las conversaciones sostenidas no fueron la causa de la no formalización del contrato. Antes bien, tal causa no fue otra que el contratista no logró el concierto que necesitaba se suscribiera con el Servicio Canario de la Salud a fin de lograr el equilibrio financiero de la concesión. La no formalización del contrato es, pues, sólo a él imputable.

2. Ahora bien, no puede desconocerse que la propuesta presentada por el contratista pudiera haber sido inadmitida por la Mesa, la cual pudo proponer que el concurso quedara desierto (art. 88.2 LCAP-2000), por cuanto la seriedad de la oferta se condicionaba a un hecho futuro e incierto de cuya realización dependía la suerte del contrato, nada de lo cual tiene reflejo en los pliegos. Con todo, la elasticidad con que se pedía fuera formulada la oferta económica permitía una proposición como la señalada. Pero en este caso la perfección de la oferta no podía dilatarse más allá de la adjudicación o, en la tesis más favorable para el contratista, del plazo de la formalización del contrato.

Más aún, las conversaciones sostenidas por el Ayuntamiento intentaban que el convenio de cuya suerte dependía la viabilidad económica de la concesión se suscribiera y en tal caso ningún inconveniente hubiera habido para que el contratista formalizara. La Administración fue paciente y colaboradora, más allá de lo que el pliego disponía. De esa colaboración no puede sin embargo colegirse una suerte de comunidad de intereses entre la Administración y el contratista. El contratista fue declarado adjudicatario y en cuanto tal obligado al cumplimiento de todas las cláusulas que le obligaban. La consecuencia del incumplimiento no puede ser otra que la resolución.

3. En efecto, la Administración conocía *ab initio* que la viabilidad económica estaba condicionada a un hecho futuro e incierto cuya pendencia se prolongó más allá del término de la formalización del contrato sin que en ese momento se activara la potestad resolutoria. La Administración pudo resolver por varias razones dentro de lo dispuesto en la LCAP-2000 y pliegos y no lo hizo; pudo declarar desierto el

concurso y no lo hizo; no tenía obligación de interceder por el contratista ante el Servicio Canario de la Salud y lo hizo; no se formalizó en plazo y no se inició el expediente resolutorio. Éste se inició, al parecer, cuando ya no quedaban dudas de que las conservaciones no llegarían a buen puerto.

Las consecuencias de una actuación administrativa de estas peculiares características, no sometida *a radice* a la Ley y al Derecho son, como ocurre en este caso, la dificultad de deslindar -cuando las cosas no salen como se esperan- las respectivas esferas de derechos y obligaciones y, por extensión, de responsabilidades.

En este punto ha de señalarse que cuando la Administración genera signos externos que, incluso sin necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orienten al ciudadano hacia una determinada conducta (SSTS de 8 de junio de 1990, 22 de marzo de 1991 y de 9 de julio de 1996) se generan las condiciones para que se active la confianza legítima del contratista. La Administración consintió, fuera de la Ley y el pliego, determinada actitud de espera a sabiendas de que tales Ley y pliego imponían determinada solución. La Administración, así, es co-partícipe de los eventuales daños y perjuicios que en su caso se causen a los intereses públicos, por lo que en este caso procede la pérdida de la garantía provisional (v. art. 54.3 LCAP-2000), siendo conveniente moderar los posibles daños y perjuicios, sin los hubiere, en razón de las circunstancias y actitud de la Administración.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Acuerdo es conforme a Derecho, debiendo ser incautada la garantía provisional, si bien habrá de moderarse la indemnización de los daños y perjuicios, si los hubiere, dadas las circunstancias concurrentes que se han expuesto en el presente Dictamen.