



ASUNTO: CONTRATACIÓN

Participación del ayuntamiento en Ente Societario para la gestión de residencia geriátrica de asistidos y centro de día.

138/10

EP

INFORME

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha _____ , el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de _____ interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" Por el presente escrito solicito informe jurídico sobre participación del Ayuntamiento den ente Societario para la gestión de residencia geriátrica de asistidos y centro de día".

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)



III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERO.- Señala el art. 202 de la Ley de Contratos de Sector Público, que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y **para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente.** Estas modificaciones **no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.**

No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b).

SEGUNDO.- Continúa diciendo el mencionado art. 202 en su apartado segundo: La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior **deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.**

De la configuración legal del régimen de modificación de los contratos, hemos de concluir que la LCSP exige la concurrencia de diversos requisitos que podemos esquematizar en los siguientes tipos:

1º.- Requisitos de carácter material:

- Razones de interés público.

- **Para atender a causas imprevistas.**

- **No podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato**

2º.- Requisitos de carácter formal:



- Justificación debida de la necesidad de la modificación.
- La previsión expresa en el PCAP y en la formalización del contrato de posibilidad de modificación del contrato y de las condiciones en que podrá producirse.

La modificación propuesta entendemos que no se debe a causas imprevistas, dado que no se informan en la consulta respecto a las mismas, sino que, al contrario, parte de la iniciativa del concesionario. Pero además entendemos que el cambio del tipo de contrato de gestión de servicio público constituye una modificación de las condiciones esenciales de contrato, en la medida que supone incluir participación accionarial en la Administración concedente limitando la responsabilidad mercantil del adjudicatario.

En el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda, en cuanto a las limitaciones de las modificaciones de los contratos, especialmente en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, viene de forma reiterada poniendo la atención en la no alteración de los aspectos esenciales del contrato, en aras a garantizar el principio de libre competencia. En este sentido, debemos citar los Informes 52/2000 y 59/2000 ambos de 5 de marzo de 2001.

Así mismo hemos de señalar que de conformidad con la redacción inicial del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local -LRBRL, la gestión de los servicios públicos puede realizarse de manera directa e indirecta, encontrándose dentro de las formas de gestión indirecta las sociedades mercantiles o cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la Entidad Local.

Tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -LCSP, y concretamente en su disposición final primera, la redacción del apartado segundo del artículo 85 LRBRL ha pasado a tener el siguiente tenor: los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

- 1º.- Gestión directa:
- 2º.- Gestión por la propia entidad local.
- 3º.- Organismo autónomo local.



4º.- Entidad pública empresarial local.

5º.- Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

6º.- Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.

Las modalidades de contratación para efectuar la gestión indirecta de servicios públicos la encontramos regulada en el artículo 253 LCSP, conforme al cual la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

1ª.- **Concesión**, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

2ª.- **Gestión interesada**, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

3ª.- **Concierto con persona natural o jurídica** que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

4ª.- **Sociedad de economía mixta** en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

En relación a la posibilidad de participación conjunta del Ayuntamiento, de la actual empresa que los gestiona y de los trabajadores, la misma se encuentra limitada por los principios que inspiran la LCSP, toda vez que será la adjudicación del contrato a favor de una persona (física o jurídica) o varias personas (uniones temporales de empresarios) con capacidad y solvencia, la que determinará la configuración subjetiva y el régimen de participación en el contrato en concurrencia con la Administración, extremo que en principio nos aleja de la posibilidad de que las tres partes participen individualmente en el contrato.



IV. CONCLUSIÓN

A la vista de lo anterior cabe concluir que la posibilidad de gestionar un servicio público a través de una sociedad de economía mixta es una opción ajustada a la norma, dado que se encuentra expresamente habilitada por el artículo 253 LCSP; si bien la integración de los trabajadores del actual concesionario en una futura adjudicación habría de realizarse participando los mismos en el proceso de adjudicación, bien como persona jurídica o bien a través de la figura de uniones temporales de empresarios, si estos tienen previamente esta consideración, pero en cualquier caso observamos una dificultad importante en cuanto que lo que se pretende supondría una modificación sustancial al contrato inicial que imposibilitaría su realización al modo que se señala en la petición de informe y que requeriría en todo caso de un nuevo proceso de licitación sin posibilidad de adjudicación directa como parece se interesa y que supondría a juicio del funcionario que suscribe una actuación contraria a los principios que rigen la contratación pública fundamentalmente los relativos a la publicidad, concurrencia y total transparencia.

Badajoz, mayo de 2010