

**ASUNTO: Gestión de determinados servicios públicos**

FC

\*\*\*\*\*

**INFORME****I. ANTECEDENTES:**

Desde junio de 2002 se viene gestionando por un particular los servicios de "cocina y comedor de Pisos Tutelados" y "comidas a domicilio -Centro de Día", sin que al parecer se hayan tramitado los correspondientes expedientes de contratación.

**II. NORMATIVA APLICABLE**

- Ley 7/85, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- R.D. legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. (TRRL).
- Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- R.D. legislativo 2/2000, por que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)
- R.D. 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas . (RGLCAP)
- Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL)



### III. FONDO DEL ASUNTO:

Antes de realizar cualquier consideración de orden jurídico debemos poner de manifiesto que por parte del Ayuntamiento solicitante del Informe no se nos ha proporcionado ningún tipo de antecedente procedimental sobre el que pudiéramos analizar la situación tanto de hecho como de derecho del asunto sometido a informe y, en su caso, proponer soluciones jurídicas fiables . Contamos tan sólo con el informe emitido por la Secretaría con fecha \_\_\_\_\_ de 2009. Consecuentemente con esto, será únicamente de los datos reflejados en referido Informe de Secretaría sobre los que podamos hacer ciertas consideraciones.

Del análisis de estos datos referidos observamos en primer lugar la circunstancia de el contrato sobre el que al parecer se ha agotado su vigencia con fecha \_\_\_\_\_ de 2008 es un contrato que nace sin el preceptivo expediente de contratación. En efecto, se dice que fue publicado en el BOP anuncio de licitación para la "explotación del servicio de bar, cocina y comedor del Hogar del Pensionista en Régimen de Piso Tutelado", quedando desierta por falta de licitadores.

Ante esta situación, y sin duda amparados en el artículo 159.2 e) del TRLCAP, se promovió un procedimiento negociado sin publicidad, cursándose invitaciones a diversos empresarios. Sin embargo nuevamente no se obtuvieron ofertas por parte de los empresarios invitados. Aquí debió finalizar expediente, dictándose resolución del órgano de contratación declarando desierto el procedimiento negociado. Sin embargo, no se hizo así, sino que "se negoció" con la empresa que ha venido gestionando el servicio hasta la fecha de hoy. Procedimiento por otra parte, absolutamente irregular y tildado de nulidad por cuanto lo procedente hubiese sido iniciar un nuevo procedimiento para la adjudicación de los servicios a través del entonces concurso, por cuanto la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad al que aludo el artículo 159.2 e) del TRLCAP, citado, se agota con su primera utilización, no pudiéndose acudir a él de manera sucesiva hasta que obtengamos un adjudicatario.

Por otro lado, decir, en cuanto a la forma de gestión de los servicios públicos objeto de controversia que, aunque sobre el fondo del asunto no tenga excesiva trascendencia, no estamos ante un "concierto con entidad pública o privada" sino, en su caso, ante una



concesión. En efecto, la configuración jurídica de este sistema de gestión de servicios públicos –el concierto- tanto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, como en el TRLCAP y en la LCSP está refiriéndose a la gestión del servicio con elementos propios del empresario que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate y en los que la Administración . No parece que sea éste el caso de los servicios objeto de este informe, ya que, al parecer, la infraestructura (edificios e instalaciones) son de titularidad municipal y no del empresario que viene gestionando tales servicios.

En definitiva nos encontramos ante una estricta situación de hecho no amparada en modo alguno por procedimiento administrativo tramitado en la forma establecida tanto en el RSCL como en el TRLCAP, vigentes en el momento de iniciarse la prestación de los servicios. Ciertamente es, situación de hecho, pero situación al fin y al cabo.

Podremos negar la existencia del procedimiento administrativo de contratación. Podremos negar la existencia de documento contractual y de todo acto administrativo que de cobertura a lo actuado, pero no podremos negar en modo alguno la relación contractual que, en base a la interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración, ampliamente sentado este principio por numerosa y reiterada jurisprudencia, de las que sólo destacaremos, como más recientes, las STS de de 2 octubre 2007 y la de 18 junio 2004

Concretamente en esta última, en su fundamento de derecho octavo se dice:

*Debe recordarse al respecto lo que esta Sala ya declaró en su sentencia de 18 de julio de 2003 ( RJ 2003, 7778 ) : «El ámbito propio de la doctrina del enriquecimiento injusto (...) son las actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular.*

*Pero se exige algo más con el fin de que esas situaciones no sean un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre competencia que rigen en la contratación administrativa: el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración».*



Como podemos observar esta sentencia del Tribunal Supremo nos pone sobre el fondo del asunto sometido a informe, en el sentido de hacer recaer sobre la Administración las consecuencias de su actuar cuando éste no está sometido al proceder legalmente establecido. Pero nos dice algo más, el interés público y su defensa debe primar, y prima, sobre el rigor procedimental, sin que, evidentemente, pueda servir esta tesis para amparar situaciones injustas o simplemente antijurídicas.

Pues bien, debemos determinar en este caso concreto, "servicios públicos de comedor, centro de día, etc", cuál es el interés público protegido y qué actuaciones caben ante la inexistencia de cobertura legal de los contratos mediante los cuales actualmente se están prestando los mismos. La respuesta es obvia, el interés público protegido es el bienestar de un determinado colectivo de la población de \_\_\_\_\_, la tercera edad, y más en concreto determinadas necesidades básicas de éstos.

Sentado cuál sea el interés público protegido y sus destinatarios podremos afirmar, o no, si por ausencia de cobertura legal de los procedimientos de contratación podemos hacer dejación de la protección de éste interés público y, en su caso, valorar las consecuencias de lo que se actúe por el Ayuntamiento.

La solución no es difícil ni repugna a la estrechez del procedimiento contractual. Ya sabemos la situación de partida, no hay adjudicación válida de la gestión del servicios o servicios. ¿Qué hacer ahora?

Lo primero es que el Ayuntamiento manifieste urgentemente su voluntad de volver al cauce procedimental, es decir, iniciar los trámites que tanto la LCSP como el RSCL establecen para la adjudicación del contrato de concesión de la gestión de estos servicios públicos, con, en su caso, de las actuaciones paralelas necesarias: Ordenanza Municipal, Reglamento de funcionamiento del servicio, etc. Es decir, debemos aprobar el expediente de contratación e iniciar el proceso de licitación y adjudicación, a fin de no perpetuar esta anómala situación.

Mientras tanto, un proceso de licitación lleva un tiempo durante el cual el interés público y las necesidades de sus destinatarios siguen vigentes, podremos utilizar dos posibles soluciones: una, quizás la menos ortodoxa, adoptar acuerdo ratificando la situación de hecho hasta la adjudicación definitiva del procedimiento abierto que paralelamente hemos iniciado. Otra, la más recomendada en iniciar, tramitar y ultimar un procedimiento de adjudicación a través de la



figura del contrato menor y cuya vigencia, sin exceder de un año, llegue hasta, precisamente, la adjudicación definitiva del contrato que estemos tramitando por procedimiento abierto.

Este es el informe emitido por el Servicio de Asesoramiento y Asistencia a las EE.LL., en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, que en uso de sus competencias y autonomía constitucionalmente reconocidas, resolverá lo pertinente.

En Badajoz, febrero de 2009