

**INFORME 7/2001, DE 4 DE OCTUBRE, SOBRE LA MODALIDAD DE LA CONTRATACIÓN A ADOPTAR POR LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, CUANDO SE APORTAN MEDIOS MATERIALES POR LA ADMINISTRACIÓN O POR LOS EMPRESARIOS.**

**ANTECEDENTES**

La Sra. Directora Gerente del Organismo autónomo administrativo Instituto Madrileño del Menor y la Familia, solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en los siguientes términos:

*1.- El Instituto Madrileño del Menor y la Familia tenía suscritos una serie de convenios con Entidades privadas sin ánimo de lucro, para la gestión de centros de atención a menores cuya tutela o guarda corresponde a dicho organismo, que paulatinamente se están convirtiendo en contratos de gestión de servicio público, de acuerdo con el criterio expresado por la Intervención.*

*2.- Los objetos más frecuentes de estos contratos son el acogimiento residencial de los menores, la atención de menores en régimen de centro de día, la realización de talleres de inserción sociolaboral, etc.*

*3.- En ocasiones, el Instituto pone a disposición del contratista un local de su titularidad, en cuyo caso el contrato se denomina “concesión”, por entender que la Administración pone los medios para la prestación del servicio, lo que corresponde con la definición establecida en la legislación de régimen local.*

*4.- En otros supuestos, es el contratista el que debe procurarse el local para la prestación del servicio, en cuyo caso el contrato se denomina “concierto”, por entender que la Administración no aporta medio alguno para la prestación del servicio y que el contrato se suscribe con una entidad que viene realizando prestaciones análogas, ya que se trata de entidades que ya venían prestando el servicio para el Instituto en virtud de los convenios mencionados.*

*De acuerdo con los antecedentes expresados y en virtud de lo establecido en los artículos 2.5 d) y 11 del Decreto 4/1996, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, solicito que por la citada Junta se emita informe en relación con las siguientes cuestiones:*

*1º) Si es correcta la consideración de los mencionados contratos de gestión de servicio público como “concesiones” cuando el local es aportado por la Administración y como “concierto” cuando lo aporta el contratista.*

*2º) Si puede la Administración, en el Pliego de un contrato en el que el local sea aportado por el contratista, contemplar la posibilidad de la variante o alternativa en virtud de la cual el local sea aportado por la Administración, con la consiguiente reducción en el precio.*

## **CONSIDERACIONES**

1.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas, esta Comisión Permanente considera conveniente pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los contratos de gestión de los centros de atención a menores cuya tutela o guarda corresponde al Instituto Madrileño del Menor y la Familia (IMMF).

La citada atención a menores no puede ser objeto de convenios de colaboración entre la Comunidad de Madrid y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado y por tanto quedar fuera del ámbito del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en aplicación de sus artículos 3 y 5, toda vez que su objeto está comprendido entre los contratos de carácter administrativo, por estar vinculado a la competencia específica del IMMF y declararlo así la normativa de servicios sociales.

Estamos ante un contrato administrativo de gestión de servicios públicos como correctamente lo califica el IMMF, en virtud de lo que establece el artículo 155.1 y 2 de la LCAP y el régimen jurídico básico de la prestación, destacando lo dispuesto en la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, la Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo IMMF y el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de tutela y guarda del menor.

Así, el artículo 51 de la mencionada Ley 6/1995, de 28 de marzo, dispone que “1. La Administración autonómica asumirá la tutela por ministerio de la Ley de menores en situación de desamparo, y la guarda temporal de menores a petición de sus padres o tutores, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. La Administración autonómica desarrollará los Servicios Sociales Especializados de Atención a la Infancia para el cumplimiento de estas funciones.”

2.- Se plantea como primera cuestión cuál de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos se debe adoptar para la gestión de los centros de atención a menores cuya tutela o guarda corresponde al IMMF y si es determinante la aportación del local por la Administración o por el contratista para adoptar la modalidad de concesión o concierto, respectivamente.

El artículo 156 de la LCAP establece las cuatro modalidades de contratación que puede adoptar el contrato de gestión de servicios públicos y que son las siguientes: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

Nos vamos a centrar en las figuras de concesión y concierto, por ser las modalidades objeto de consulta. Para ello reproducimos a continuación los apartados a) y c) del citado artículo 156:

“a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en el apartado 3 del artículo 130 de la presente Ley.”

Este último inciso abre la posibilidad de que los empresarios que concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de gestión de servicio público podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad, que será la concesionaria en el plazo y con los requisitos y condiciones que establezca el Pliego de cláusulas administrativas particulares, al igual que se establece para las concesiones de obras públicas.

“c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.”

De la literalidad del precepto parece desprenderse que la diferencia sustancial entre una y otra figura no radica en la aportación de determinados medios auxiliares para la gestión del servicio público, como puede ser el local en el que se presta el mismo, que se entiende que puede establecerse en el Pliego que lo provea tanto el contratista como la Administración, sino en el hecho de que en la concesión el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura para la Administración, en tanto que en el concierto la Administración contrata con un empresario que en su actividad privada ya realiza habitualmente prestaciones similares a las que constituyen el contenido propio del servicio público en cuestión.

La modalidad de concierto se da en áreas en las que concurren tanto la iniciativa pública como la privada, siendo muy utilizada en sanidad, educación, servicios sociales, etc.

En este sentido el artículo 205 del Reglamento General de Contratación del Estado (RGCE) dispone en su apartado 1, no afectado por la disposición derogatoria única de la LCAP que “la modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tengan análogo contenido al del respectivo Servicio.”

En la modalidad de concesión la doctrina considera que el contenido de la misma puede extenderse, según los casos, tanto a la gestión del servicio público como a la construcción de las obras, instalaciones o soporte físico que requiera la prestación concreta, o bien puede limitarse a la pura gestión del servicio público, cuando la prestación del mismo no exige la realización de obras, instalaciones o soporte físico o cuando éstas son aportadas directamente por el concesionario.

3.- Es competencia del órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 202 del RGCE, determinar en cada caso la modalidad de contratación de la gestión del servicio público concreto, salvo lo que establezcan sobre el particular los Reglamentos especiales propios del servicio. Es conveniente reseñar que el Título II del Libro II de la LCAP recoge para la gestión indirecta de servicios públicos las mencionadas modalidades contractuales, sin embargo, la regulación que realiza de las mismas es única para todas ellas, lo que ha merecido tradicionalmente la unánime crítica doctrinal, por considerar que estamos ante diferentes técnicas contractuales que no pueden dar lugar a un único contrato tipo.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares debe especificar los medios auxiliares que aporta la Administración, en su caso, comprendiendo toda clase de obras y bienes, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 165 de la LCAP y 211 del RGCE. Asimismo, debe recoger la expresa obligación del gestor de mantener en buen estado las obras e instalaciones con indicación de las obligaciones y derechos de la Administración y el gestor.

Aún cuando, como se ha mencionado, la regulación es la misma y, por tanto, aplicable a ambas figuras contractuales: concesión y concierto; parece claro que lo especificado en cuanto a la aportación de medios auxiliares por la Administración afecta

más directamente a la concesión que al concierto, debido a la distinta naturaleza de la modalidad de gestión. En el concierto el contratista ya realiza la actividad con carácter privado por lo que no será frecuente, por innecesario, que la Administración le aporte medios auxiliares para la prestación.

Por otra parte, deberán igualmente figurar en el Pliego las obras e instalaciones que en su caso hubiera de realizar el empresario para la debida explotación del servicio, expresando las que habrán de pasar a la Administración a la terminación del contrato. De esta especificación contenida en el artículo 211 del RGCE se deduce que en la concesión las instalaciones como puede ser el local en el supuesto que nos ocupa, puede establecerse en el Pliego de cláusulas administrativas particulares que lo aporte el contratista.

4.- En cuanto a la figura de la reversión, el artículo 164 de la LCAP dispone que “cuando finalice el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.”

De la expresión “a que esté obligado con arreglo al contrato”, se desprende que en la gestión de servicio público puede haber obras e instalaciones sujetas a reversión y otras que no reviertan a la Administración al término de la prestación, si así se ha pactado. Los Pliegos por tanto deberán recoger expresamente si se va a producir o no reversión, y en su caso el alcance de la misma y las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

La figura de la reversión es tradicional en la modalidad de concesión, por contra no suele aplicarse en la modalidad de concierto, dado que el empresario una vez finalizada la prestación con la Administración sigue con su actividad privada.

5.- De lo expuesto en las consideraciones anteriores puede concluirse que para la elección de la modalidad contractual de la gestión de servicios públicos, en nada es determinante la aportación del local por la Administración o por el contratista, puesto que tanto en la concesión como en el concierto cabe la aportación de medios auxiliares tanto por la Administración como por el contratista, siendo más frecuente en la concesión, dado que en el concierto el contratista, al estar realizando una prestación análoga, normalmente cuenta con los medios necesarios para ello.

6.- Para analizar la segunda cuestión planteada por el IMMF, es preciso examinar la

regulación que la LCAP efectúa de las variantes o alternativas. El artículo 87 de la LCAP regula la admisibilidad de variantes en los siguientes términos:

“1. El órgano de contratación sólo podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. En este supuesto, el pliego precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas.

2. La circunstancia de autorización de variantes se hará constar, además, en el anuncio de licitación del contrato.”

En este sentido, el artículo 80 del citado texto legal al regular la inadmisibilidad de proposiciones simultáneas de los licitadores, establece como excepción a la prohibición de presentar más de una proposición, la admisibilidad de variantes prevista en el transcrito artículo 87.

Del análisis de los artículos mencionados puestos en conexión con el principio de libertad de pactos recogido expresamente para la Administración en la LCAP en los términos previstos en su artículo 4, podría considerarse que no hay objeción a la posibilidad de incluir como variante la apuntada por el IMMF. No obstante, los términos en que se formula no parecen los más idóneos, dado que es dudoso que el licitador pueda ofertar como variante algo que no depende de él como es el hecho de que la Administración aporte el local.

7.- Por último, cabe mencionar que el artículo 163 de la LCAP establece que la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado, respetando en todo caso el equilibrio de los supuestos económicos considerados básicos en la adjudicación del contrato.

En el contrato de gestión de servicio público, a diferencia con el resto de contratos administrativos tipo, la LCAP no recoge como causa de resolución las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20 por 100 del precio primitivo del contrato con exclusión del IVA o representen alteración sustancial del mismo.

No obstante, sí se recoge en el artículo 167 d) de la LCAP, como causa de

resolución, el supuesto de que a consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato la explotación del servicio deviene imposible.

## CONCLUSIONES

Por lo anteriormente expuesto, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid entiende:

- 1.- Que la gestión de centros de atención a menores cuya tutela o guarda corresponde al IMMF, son contratos administrativos de gestión de servicios públicos.
- 2.- Que la aportación del local en que se va a prestar el servicio público no determina la modalidad de contratación.
- 3.- Que corresponde al órgano de contratación determinar la modalidad de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 del RGCE. En la modalidad de concesión, la Administración transfiere a un empresario la facultad de llevar a cabo la explotación de un servicio público, que gestiona a su riesgo y ventura, y respecto del cual la Administración continúa ostentando la titularidad del mismo. En la modalidad de concierto, la Administración contrata la gestión con un empresario que desarrolla una actividad privada de análogo contenido al servicio público de que se trata.
- 4.- Que en el contrato de gestión de servicio público se puede establecer en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, como variante o alternativa, la posibilidad de que el local en el que se realice la prestación sea aportado por la Administración o por el contratista con la correspondiente variación en la contraprestación económica, en los términos previstos en el artículo 87 de la LCAP.