



INFORME 2/2008, DE 4 DE ABRIL, SOBRE NORMAS DE APLICACIÓN EN CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE COMPRENDEN EJECUCIÓN DE OBRA.

ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales ha dirigido solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los términos siguientes:

1.- La Consejería de Familia y Asuntos Sociales, a fin de crear plazas de atención residencial y de día para personas mayores dependientes de la manera más rápida, ágil y eficaz y al menor coste posible, proyecta licitar contratos de gestión de servicios públicos en los que los contratistas se hagan cargo de la elaboración de los proyectos y la construcción de los centros en los que han de prestarse tales servicios públicos y de la gestión de estos servicios durante un periodo concesional de 50 años. En síntesis, el proyecto de creación de estas plazas, tiene las siguientes peculiaridades:

a) El suelo en el que se construirán los centros se ha obtenido de los ayuntamientos en cuyo término municipal estén radicados, ya sea mediante una concesión gratuita de un derecho de superficie a favor de la Comunidad de Madrid, o mediante una cesión gratuita por dichos ayuntamientos a la Comunidad de Madrid de la propiedad de los solares correspondientes. En ambos casos los solares se adscribirán a la Consejería de Familia y Asuntos Sociales con la finalidad de construir en ellos residencias de atención a personas mayores dependientes con un centro de día incorporado en cada una de ellas.

b) La Consejería de Familia y Asuntos Sociales llevará a cabo un concurso público para la adjudicación de la gestión del “servicio público de atención a personas mayores dependientes en residencias y centros de día”, mediante concesión administrativa, cuyo régimen jurídico básico está establecido por Decreto 72/2001, de 31 de mayo (BOCM 4-6-2001).

c) Los contratistas se comprometen a gestionar el servicio público durante el periodo concesional (50 años) y a construir y equipar la residencia y centro de día en que debe prestarse dicho servicio, así como a mantenerla en condiciones normales de funcionamiento corriendo a su cargo tanto el proyecto de construcción, como la construcción misma y la conservación y mantenimiento del edificio.

d) *La concesión del servicio público implica la concesión del dominio público sobre el solar en el que se asienta el centro que se construya. Sólo será transmisible el derecho de concesión del dominio público unido a la concesión de la gestión del servicio público. En los pliegos se establecen las condiciones en las que pueden constituirse gravámenes sobre los derechos que otorga la concesión.*

e) *En los centros construidos, la Consejería de Familia y Asuntos Sociales reserva un determinado número de plazas y el resto son cubiertas libremente por el contratista, debiendo reunir sus usuarios el perfil como dependientes y las condiciones de edad y residencia en la Comunidad de Madrid que se especifican en los pliegos.*

f) *La Consejería abona al contratista, o cofinancia con el usuario, el precio plaza de adjudicación del servicio por las plazas que ocupa; en el caso de las plazas cubiertas por el contratista éste percibe el precio de adjudicación de los usuarios que ocupan las mismas.*

g) *En el precio licitación y, consecuentemente, en el de adjudicación se incluye el coste de la amortización de la inversión que deberá llevar a cabo el contratista para la construcción y equipamiento del centro en el que se presta el servicio. Esta repercusión del coste de la inversión no puede prolongarse por un periodo superior a 15 años desde la aprobación por la Administración del proyecto de obras. No existe un pago por la obra realizada separado del que se abona por la gestión del servicio público.*

h) *El servicio público debe prestarse de acuerdo con las prescripciones contenidas en el anteproyecto de explotación del servicio y la construcción de los centros ha de hacerse de acuerdo con lo prescrito en un documento, que forma parte inseparable de los pliegos, que contiene las bases técnicas de construcción de la obra y el equipamiento. Este documento recoge indicaciones generales sobre cómo debe hacerse y equiparse el centro, dependencias e instalaciones que debe contener, criterios de diseño y construcción, parámetros dimensionales, especificaciones constructivas, especificaciones sobre instalaciones, mantenimiento, criterios de equipamiento, niveles de calidad constructiva y de equipamiento, aspectos funcionales y otros aspectos. El contratista, dentro del marco definido por este documento, puede realizar su proyecto libremente, habida cuenta que tendrá que competir en el mercado para cubrir las plazas no financiadas por la Administración.*

i) *En la fase de licitación, quienes participen en el concurso, deberán aportar un anteproyecto de la obra y equipamiento y si resultan adjudicatarios deben elaborar en el plazo de tres meses, a su cargo, el proyecto de ejecución de la obra y cuantos estudios técnicos sean precisos para ello, remitiéndolo a la Administración para su aprobación. Aprobado el proyecto de ejecución el contratista procederá a contratar la obra y a ejecutarla, y, una vez finalizada, a equipar el centro. Todo ello en los plazos previstos en los pliegos.*

j) *Cuando el contratista comunica a la Administración que ha finalizado la construcción y equipamiento del centro y que éste se encuentra en condiciones de recibir usuarios y que dispone de todos los permisos y licencias para funcionar, se comprueba por la Administración, en presencia del contratista, que ello es así, levantando la correspondiente acta, y se procede a ocupar las plazas correspondientes tanto por la Administración como por el adjudicatario. Desde ese momento la Administración empieza a abonar al contratista el precio plaza de adjudicación, sin que antes haya abonado cantidad alguna por ningún concepto al contratista.*

k) *El adjudicatario debe obtener a su costa todas las licencias necesarias para construir el centro y ponerlo en funcionamiento, así como contratar a su cargo los suministros necesarios. Debe hacer, también a su cargo, la declaración de obra nueva. El centro se inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad, si bien vinculado a la concesión de la gestión del servicio público, circunstancia que queda inscrita con las condiciones establecidas en los pliegos que rigen la concesión.*

l) *En los pliegos por los que se regula el contrato se recogen todos los aspectos relacionados con la ejecución del mismo (garantías, revisión o actualización del precio, obligaciones de la Administración y del concesionario, reversión del servicio al finalizar el periodo concesional, penalidades por incumplimiento del contrato y otros aspectos inherentes a este tipo de contrato de gestión de servicio público).*

2.- *En el proyecto que pretende llevar a cabo la Consejería de Familia y Asuntos Sociales la prestación del servicio público constituye el núcleo esencial del contrato, siendo la construcción del centro una operación que tiene un alcance y una duración determinadas y un coste proporcionalmente muy pequeño en relación con el coste de prestación del servicio. Al tratarse de servicios a las personas que no se valen por sí*

mismas, los mayores costes son los costes de personal, siendo los costes de mantenimiento de la obra realizada muy pequeños proporcionalmente. Por otra parte la construcción del centro no da lugar a una obra compleja, pues está formada por un edificio con dependencias e instalaciones muy definidas, que no requiere de grandes estudios previos, siendo el más relevante la realización de un estudio geotécnico sobre el solar en el que se va a construir el centro.

3.- *Para ilustrar lo dicho en el apartado anterior basta considerar que:*

- a) La duración de la realización de la obra oscila entre 18 y 24 meses.*
- b) La duración de la prestación efectiva del servicio (excluido el periodo de construcción y equipamiento) está en torno a 48 años.*
- c) El coste de la construcción del centro supone en torno al 5 % sobre el importe total de la prestación del servicio durante todo el periodo concesional. Dos años y medio de prestación del servicio suponen un importe mayor que el coste de ejecución de las obras, incluida su amortización.*
- d) El coste del mantenimiento del centro no llega al 2 % del coste anual de la prestación del servicio. Es cierto que a medida que pasen los años y cuando los centros lleven funcionando más de 15 años deberán reponerse o mejorarse sus instalaciones, tanto por su obsolescencia como por el deterioro producido por su funcionamiento, pero este coste siempre será pequeño en proporción al coste de prestación del servicio.*
- e) Los costes de personal para prestar el servicio (no los costes para mantener la obra ejecutada) suponen en torno a un 73 % del coste anual del servicio, excluida la amortización de la inversión.*
- f) Los costes de prestación del servicio (excluida la repercusión de la amortización de la inversión) no originados por el mantenimiento de la obra suponen en torno al 98 % del coste anual del contrato.*
- g) El edificio en el que se ha de prestar el servicio constituye una obra acabada y poco susceptible de ampliación o modificación sustancial o de recibir añadidos o edificaciones complementarias exigidas por la prestación del servicio, siendo previsible únicamente alguna remodelación de menor*

importancia y las obras derivadas del mantenimiento del edificio y de sus instalaciones.

4.- Para garantizar una correcta prestación del servicio ha de describirse detalladamente en los pliegos en qué consiste, pues el régimen jurídico establecido define el servicio y su prestación de manera sustancial y general, y pormenorizarse las condiciones y particularidades de su prestación, lo que ha de tenerse en cuenta en la solvencia técnica y profesional a exigir a los licitadores, que en modo alguno debe estar relacionada con la ejecución de obras, pues el adjudicatario del servicio puede contratar la elaboración de los proyectos y la ejecución de la obra con empresas especializadas en tales cometidos. Asimismo no es suficiente la exigencia de garantías relacionadas con la construcción de edificios, sino que ha de darse a las garantías de prestación del servicio una importancia destacada, sobre todo porque consiste en la atención a personas con muchas necesidades de cuidados.

5.- El artículo 117.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que “en los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas”. Se hace referencia a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, porque estará en vigor y será de aplicación en el momento en que la Consejería inicie la tramitación del expediente de contratación correspondiente, pero todo lo dicho en este documento resulta pertinente considerando la legislación actual en esta materia (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que modificó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 19 de junio, a la que añadió, además de su modificación el título V “Del Contrato de Concesión de obras públicas”).

6.- Examinando el articulado de la Ley referido al contrato de concesión de obras públicas, se observa que prácticamente todas las prescripciones van dirigidas a la ejecución de la obra y a la explotación de la misma y rara vez se alude a la prestación del servicio público, parece como si se primaran los aspectos constructivos y la explotación de la obra como resultado, en el sentido de obtener ingresos derivados de dicha construcción, en vez de la prestación de un servicio que se remunera en razón de sus componentes y de su prestación y no sólo de la obra ejecutada, siendo la

remuneración de esta proporcionalmente poco relevante en relación con el importe total del contrato, como se ha indicado anteriormente.

7.- Por otra parte las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras públicas señaladas en la Ley 30/2007, parecen referirse a grandes obras de infraestructuras que requieren proyectos y estudios complejos, que tienen determinado impacto en el medio ambiente, que son susceptibles de trazado o configuración alternativos, que requieren grandes inversiones, que su realización puede interferir en el funcionamiento o ejecución de otras infraestructuras y que una vez realizadas forman parte de la red de infraestructuras públicas del país. Los centros que han de construirse según en el programa que pretende llevar a cabo la Consejería de Familia y Asuntos Sociales carecen de la complejidad citada, se construyen en solares cedidos por los ayuntamientos, están situados en zonas urbanas o urbanizadas en las que el planeamiento urbanístico prevé ese tipo de equipamiento social y no exigen expropiación alguna para disponer de los terrenos en los que se asientan.

8.- Además, se prevén en dichas actuaciones preparatorias del contrato, dos procesos que requieren información pública, uno referido al estudio de viabilidad y otro en lo que respecta al anteproyecto de construcción y explotación de la obra. Estos procesos alargan y complican innecesariamente la tramitación del expediente de contratación y su complejidad no guarda proporcionalidad con la finalidad y objetivos que se persiguen: prestar un servicio público en un centro cuya construcción resulta simple y muy definida. Bastaría, a juicio de esta Consejería, con la aprobación por el órgano de contratación “del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización” (artículo 117.2, primer párrafo, de la Ley 30/2007) y con la obtención por el contratista de la preceptiva licencia de obra y actividades y, posteriormente, de funcionamiento, para lo cual los ayuntamientos que han de concederlas comprueban todos los aspectos tanto desde el punto del vista del planeamiento y de los aspectos constructivos como desde el punto de vista de seguridad y salud y de adecuación de las instalaciones a la normativa actual, incluidos los aspectos medioambientales.

9.- Algunas de las prescripciones referidas al contrato de concesión de obra pública contenidas en los artículos 223 al 250 de la Ley 30/2007, encuentran su equivalencia y paralelismo en las contenidas en los artículos 251 al 265 de la misma Ley, referidas al contrato de gestión de servicios públicos; otras, las más específicas referidas a lo que supone construir un edificio no lo están y otras no resultan pertinentes con el tipo de obra que constituye la construcción de un edificio para prestar el servicio público de que se trata. En opinión de esta Consejería bastaría con aplicar las contenidas en los

artículos 251 al 265, complementándolas con alguna otra de los artículos 223 al 250 que resultara esencial o imprescindible para garantizar la adecuada construcción de la obra, cuestión que, por otra parte, sería objeto de inclusión en los pliegos de cláusulas de explotación.

10.- *Por todo lo anteriormente expuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se formula a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid consulta sobre si, dada la peculiaridad de los contratos de gestión de servicios públicos que pretende licitar la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, que se describen en este documento, resulta de aplicación en toda su extensión lo previsto en el artículo 117.2, último párrafo, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, o qué preceptos del contrato de concesión de obra pública contenidos en dicha Ley resultarían de imprescindible aplicación.*

CONSIDERACIONES

1.- La Consejería de Familia y Asuntos Sociales tiene proyectado licitar a partir del 30 de abril de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), contratos de gestión de servicios públicos de atención a personas mayores en centros residenciales de día, en los que el contratista adjudicatario debe hacerse cargo de la elaboración de los proyectos y la construcción de los centros, así como de la gestión del servicio público durante un periodo concesional de 50 años.

La citada Consejería formula consulta sobre si, dada la peculiaridad de los contratos de gestión de servicios públicos que pretende licitar y que describe detalladamente en su escrito, resulta de aplicación en toda su extensión lo previsto en el artículo 117.2, último párrafo, de la LCSP, o qué preceptos del contrato de concesión de obra pública contenidos en dicha Ley resultarían de imprescindible aplicación.

2.- Para responder a las cuestiones planteadas es preciso analizar la regulación que del contrato de gestión de servicios públicos realiza la LCSP, en concordancia con la regulación dada por su antecedente en vigor la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

La LCSP en el artículo 8, califica el contrato de gestión de servicios públicos como aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona

natural o jurídica la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de la competencia de la Administración encomendada.

La Ley amplía su objeto, respecto a la normativa anterior, al establecer en el artículo 251.1 que se podrán prestar mediante este contrato los servicios de la competencia de la Administración siempre que sean susceptibles de explotación por particulares, sin que se contemple la limitación a servicios de contenido económico que prevé la LCAP en su artículo 155.

Las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos se regulan en los artículos 116 y 117, disponiendo el apartado 2 de este último para los contratos que comprenden ejecución de obras, que “la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas”.

Este apartado se corresponde casi literalmente con el actual artículo 158.2 de la LCAP, que igualmente realiza una remisión genérica a la aplicación de los preceptos establecidos para la concesión de obras públicas. Si bien la remisión genérica se concreta en el desarrollo que efectúa el artículo 183 en sus apartados 2 y 3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por R.D. 1.098/2001, de 12 de octubre, del mencionado artículo 158.2, estableciendo que “a los proyectos de obras necesarias para el establecimiento del servicio público les serán de aplicación los artículos 122, 124, 125, 127, 128 y 129 de la Ley y 124 a 132 y 134 de este Reglamento”, relativos al contenido, aprobación, supervisión y replanteo de los proyectos. “Cuando el contratista deba redactar el proyecto de las obras necesarias para el establecimiento o explotación del servicio dicho proyecto habrá de ser aprobado por el órgano de contratación.”

El RGLCAP no hace ninguna alusión a los artículos que regulan la concesión de obras públicas en el título V del libro II de la LCAP, y no puede ser de otra manera dado que se publicó con anterioridad a que se produjera la inclusión del citado título en la LCAP con la modificación operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. No obstante, el artículo 158.2 de la LCAP ya figuraba así redactado con anterioridad a la citada modificación con lo que claramente se aludía con este párrafo a la regulación que efectuaba la LCAP de la concesión de obras públicas en sus artículos 130 a 134, también modificados por la Ley 13/2003, y que atendían básicamente a delimitar el contrato de concesión de obras públicas como

modalidad del contrato de obras y su relación con la concesión del servicio público, a la posibilidad de cesión a terceros de parte del contrato, la sujeción a la Ley de los contratos celebrados por los concesionarios y la definición de empresas vinculadas.

3.- Las normas preparatorias del contrato de concesión de obra pública, contenidas en los artículos 112 a 115 de la LCSP previstas para obras de infraestructuras normalmente de gran entidad y complejidad no parece que se correspondan con las necesidades que se derivan de unas obras de las características, importe, plazo y simplicidad de ejecución detalladas en el escrito de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales.

No se considera que la remisión genérica recogida en el artículo 117.2 de la LCSP deba entenderse como una aplicación íntegra y estricta de las disposiciones previstas para los contratos de concesión de obra pública, que puede no ser procedente atendiendo a las características y circunstancias concretas de la obra que se vaya a exigir realizar en el respectivo contrato de gestión de servicios públicos. Baste a título de ejemplo plantear que si el contrato de gestión de servicio público en cuestión incluye realizar una mera revocación de la fachada del inmueble en que se preste el servicio, es evidente que no sería procedente aplicar el trámite de información pública previsto en el artículo 112 de la LCSP. Es lógico entender, por tanto, que a las obras que en concreto se precisen realizar se le aplicarán exclusivamente los preceptos que proceda emplear del contrato de concesión de obras públicas, y por supuesto los preceptos que igualmente procedan de los indicados en el citado artículo 183 del RGLCAP, que desarrolla el 158.2 de la LCAP, y también, hasta que en su caso y de conformidad con lo dispuesto en la disposición final undécima de la LCSP se efectúe un nuevo desarrollo reglamentario, el 117.2 de la LCSP.

Por otra parte, como soporte legal de la postura mantenida es imprescindible citar el criterio teleológico recogido en el artículo 3.1 del Código Civil, al decir que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos.

4.- La regulación del contrato de gestión de servicios públicos se dirige básicamente a regular y garantizar la prestación del servicio público objeto del contrato, siendo la ejecución de posibles obras, para el caso de que las comprenda, una parte del objeto sólo accesorio a la prestación del servicio, por lo que en lugar de regularse específicamente en el contrato de gestión de servicios públicos se remite a las normas que puedan resultar de aplicación del contrato cuyo eje sí es la ejecución de las obras como es el contrato de concesión de obras públicas, siendo de aplicación al contrato aquellos preceptos que

resulten aplicables a las concretas obras a realizar comprendidas en el contrato de gestión de servicios, por lo que no se puede determinar a priori que preceptos son o no aplicables variando en función de las características de las obras que se deban realizar.

CONCLUSIÓN

En los contratos de gestión de servicios públicos, como en el supuesto planteado, que comprendan la ejecución de obras, a partir de su entrada en vigor, el 30 de abril de 2008, se aplicará lo dispuesto en el artículo 117.2 de LCSP, si bien entendiendo la aplicación de los preceptos del contrato de concesión de obras públicas atemperados a las características y condiciones de las obras a ejecutar por el concesionario comprendidas en el contrato de gestión de servicios públicos.