

INFORME 3/2000, DE 8 DE FEBRERO, SOBRE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS CELEBRADOS POR EL ORGANISMO AUTÓNOMO INSTITUTO MADRILEÑO DEL MENOR Y LA FAMILIA.

ANTECEDENTES

Por la Gerencia del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia (IMMF), se da traslado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente escrito:

Los menores con medidas de guarda o tutela acordadas por la Comisión de Tutela del Menor están acogidos por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia en centros que o bien son propios y están gestionados directamente por el Instituto o bien son ajenos y están gestionados por Entidades sin fines de lucro.

Las relaciones jurídicas del Instituto con estos centros se regularon tradicionalmente mediante convenios, siendo suscritos los últimos a finales de los años ochenta y prorrogados anualmente.

Vista la necesidad de adecuar estas colaboraciones a lo regulado en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dados los requerimientos efectuados por la Asesoría Jurídica y la Intervención Delegada, se reconvirtieron estos convenios en contratos de gestión de servicio público en su modalidad de concierto.

Las adjudicaciones de estos contratos se eximieron de los procedimientos normales de licitación y se realizaron mediante procedimiento negociado, por no ser posible la promoción de concurrencia en la oferta, al amparo de lo establecido en el artículo 160.2 a) de la citada Ley 13/95, de 18 de mayo.

La aplicación de este supuesto se basó en las siguientes razones:

- *Todas las Entidades que en la actualidad se dedican con las debidas garantías al cuidado de menores de protección ya estaban colaborando con el Instituto.*
- *Los menores se encontraban residiendo en dichos Centros caracterizados por ser hogares cuasifamiliares con previsión de largo internamiento y con abundancia de*

grupos de hermanos. Su traslado hubiera supuesto romper con un ambiente normalizado e iniciar una nueva vivencia, lo que unido al notable desarraigo de estos niños, ocasionaría notorios perjuicios en su desarrollo dado que estaban integrados en un entorno conocido del que forman parte educadores, compañeros, barrio y colegio.

Mediante este sistema se contrataron numerosas plazas de menores con distintas Entidades.

Para mejor conocimiento se remite anteproyecto de explotación y Pliego de cláusulas administrativas particulares que sirvieron de base para la contratación de 137 plazas para menores y 29 plazas para menores minusválidos con la Asociación Mensajeros de la Paz.

Una vez iniciada la ejecución de estos contratos se ha observado que en algunos centros se están produciendo vacantes en las plazas que se han contratado, debido a distintos motivos: mayoría de edad, acogimiento familiar, retorno a su familia, traslado a otro centro y demás incidencias de índole diversa.

Por ello y de conformidad con lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 4/1996 en el que se aprueba el Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se formulan las siguientes consultas:

- Si las vacantes que se produzcan en las plazas concertadas hay que amortizarlas y contratarlas nuevamente mediante concurso abierto, con el correspondiente retraso en la disposición de las mismas, o por el contrario se pueden ocupar por otros menores que deban ser institucionalizados.*
- Si estos contratos son susceptibles de ser modificados en el sentido de poder ampliar el número de plazas contratadas si se considera conveniente por ambas partes.*

A este escrito se acompaña, como ejemplo, el anteproyecto de explotación de un contrato de gestión de servicio público (modalidad concierto) de acogimiento residencial de menores atendidos con cargo al IMMF y el correspondiente Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Consta también en el expediente otro escrito anterior del IMMF, dirigido al Servicio de Coordinación de la Contratación Administrativa de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, solicitando informe sobre el asunto, y a instancias

de dicho Servicio, dado que el mismo no tiene competencias consultivas, se ha dirigido la solicitud de informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Se acompañaban a aquel escrito dos informes del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, uno de ellos solicitado por el IMMF en fechas anteriores a la iniciación de los contratos de gestión de servicios públicos, sobre la viabilidad de seleccionar para la adjudicación el procedimiento negociado sin concurrencia, al amparo de lo dispuesto por el artículo 160.2 a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), y otro, posterior a la celebración de los contratos, emitido a instancia de la Intervención Delegada en la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, por el que, en atención al procedimiento de adjudicación utilizado y en base al escrito del IMMF, que dio lugar al primer informe citado, en el que consta que el procedimiento negociado se aplicaría únicamente a las Entidades y plazas ya ocupadas y que la contratación de otras nuevas se regiría por trámites normales de licitación, atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, el Servicio Jurídico entiende que no pueden existir plazas reservadas o vacantes, ya que cuando la plaza deje de estar ocupada por un menor concreto, debería ser amortizada.

CONSIDERACIONES

1.- Antes de entrar en el análisis de las cuestiones planteadas, debe recordarse que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con su Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 4/1996, de 18 de enero, es un órgano consultivo en materia de contratación administrativa, sin que sus informes sean vinculantes, no resultando, en ningún supuesto, órgano dirimente de las discrepancias que puedan plantearse entre los centros gestores y los servicios de asesoramiento jurídico y de control de la legalidad.

2.- Como claramente se desprende de los términos de la consulta son dos las cuestiones que se plantean en el presente expediente, estando ambas relacionadas con la modificación de los contratos celebrados por el IMMF para el acogimiento residencial de menores, pero en distinto sentido. Por una parte, se consulta acerca de si necesariamente los contratos de gestión de servicios públicos referidos tienen que ser modificados reduciendo o minorando su objeto, amortizando las plazas concertadas que queden vacantes, según términos del IMMF, y, por otra, si existe viabilidad jurídica de modificar el contrato en sentido distinto al anterior, es decir, ampliando el objeto del contrato con el objetivo de disponer de un número mayor de plazas para acogimiento de menores.

3.- Las dudas que se suscitan en el escrito del IMMF acerca de la modificación de los

contratos referidos deben ser resueltas, en principio, a partir de lo dispuesto en los artículos 102 y 164 de la LCAP y tomando en consideración el Pliego de cláusulas administrativas particulares y el anteproyecto de explotación que rigen aquéllos y que, al parecer, son el modelo adoptado, aunque no tipo, para cuantos contratos de gestión de servicios públicos para acogimiento de menores ha celebrado el IMMF.

4.- De acuerdo con el artículo 102 de la LCAP, el órgano de contratación puede, una vez perfeccionado el contrato, introducir modificaciones por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Según el artículo 164 de la LCAP, que es concordante, como no podría ser de otra manera, con el anterior, la Administración, también por razones de interés público puede modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Por su parte, el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, en el que se incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes intervinientes en el contrato y que debe considerarse ley del mismo, en su cláusula 15 “Modificación, interpretación, cumplimiento, extinción e incumplimiento del contrato”, explícitamente en su apartado 1 “Modificación” dice: “El contrato podrá modificarse por las normas y con los límites señalados en el artículo 164 en relación con el artículo 102 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo”. A la vista de los preceptos citados de la LCAP y de la cláusula 15.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, nada obsta a que el IMMF, si se dan las razones de interés público y demás requisitos legales, pueda modificar los contratos de gestión de servicios públicos para acogimiento de menores.

5.- No obstante lo expuesto en la consideración anterior, de la documentación obrante en el expediente se deduce que las dudas que se han suscitado en el IMMF acerca de la modificación de los contratos se deben al procedimiento de adjudicación seleccionado, el negociado sin concurrencia, selección fundamentada en la causa prevista en el artículo 160.2 a) de la LCAP, es decir, cuando no sea posible promover concurrencia en la oferta, causa muy amplia y abierta, que presenta importantes diferencias con las que se recogen en los artículos 141 a), 183 a) y 211 a) para el procedimiento negociado sin publicidad de los contratos de obras, suministros y consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, respectivamente. Diferencia que puede deberse a que el contrato de gestión de servicios públicos no está regulado por las Directivas comunitarias a diferencia de los anteriores. Por otra parte, ha podido contribuir también a suscitar las dudas la inicial voluntad del IMMF, expuesta en el escrito dirigido al Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales

solicitando informe sobre la viabilidad de seleccionar, a efectos de adjudicación, el procedimiento negociado sin concurrencia y de restringir éste a las plazas ocupadas en el momento de la celebración del contrato (del que se ha dejado constancia en los antecedentes) y proceder a la contratación de nuevas plazas mediante un procedimiento abierto.

En todo caso, en opinión de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa tal voluntad no se plasmó en el anteproyecto de explotación, que debe considerarse formando parte del Pliego de cláusulas administrativas particulares, pues en aquél, en el apartado “Estudio económico-administrativo del servicio”, después de establecer el precio tipo de la plaza ordinaria, de la de los minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales, y de la de los minusválidos profundos y menores con VIH, se alude a la reserva de plaza, entendiéndose por tal no sólo aquella que temporalmente no esté ocupada por un menor atendido por encontrarse éste en estancia temporal o de vacaciones con sus familiares, sino también la no ocupada por causas no imputables al contratista. Lo mismo cabe decir respecto de la no plasmación de aquella voluntad en el propio Pliego de cláusulas administrativas particulares, pues, como ya se ha expuesto en la consideración anterior, su cláusula 15.1 se refiere a la posibilidad de modificar el contrato, de acuerdo con los artículos 102 y 164 de la LCAP y tal modificación ha de ponerse en relación con el anteproyecto de explotación que prevé, como se ha dicho, la reserva de plaza no ocupada por causas no imputables al contratista. Por todo ello, puede deducirse que la voluntad del órgano de contratación fue la de no tener que acudir necesariamente a la modificación del contrato en el supuesto de plazas vacantes no ocupadas, lo que, en caso contrario, debería haber dejado explicitado claramente en el anteproyecto de explotación o en el Pliego de cláusulas administrativas particulares o en ambos, para conocimiento del licitador, después contratista, pues tal circunstancia podría hipotéticamente dejar vacío de contenido el contrato y no resultar de interés para aquél.

En cuanto a la viabilidad de modificar el contrato en sentido distinto al anterior, es decir, ampliando el número de plazas, tampoco resulta del anteproyecto de explotación y del Pliego de cláusulas administrativas particulares prevención en contrario, sin embargo, considerando que la adjudicación se efectuó sin atender a los principios a que deben sujetarse los contratos de las Administraciones públicas: publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, en opinión de esta Junta Consultiva, no resulta lo más procedente.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

- 1.- Que ni del modelo de Pliego de cláusulas administrativas particulares ni del de anteproyecto de explotación que rigen los contratos de gestión de servicios públicos para acogimiento residencial de menores celebrados por el IMMF, resulta que dichos contratos tengan que ser modificados necesariamente en el sentido de reducir -amortizar- las plazas contratadas, en el supuesto de que entre aquéllas y por las circunstancias que se señalan en el escrito de solicitud de informe, una o alguna pueda encontrarse en la situación de no ocupada por causas no imputables al contratista.

- 2.- Que, asimismo, tampoco resulta del Pliego de cláusulas administrativas particulares ni del anteproyecto de explotación citados en la conclusión anterior, que el objeto de los contratos de referencia no puedan ser modificados para disponer de más plazas de las contratadas, sin perjuicio de que considerando que la adjudicación se efectuó por procedimiento negociado sin concurrencia y sin atender, por consiguiente, a los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, no resulta lo más procedente.