

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 30 DE JUNIO DE 2000 POR EL QUE SE RESUELVE DISCREPANCIA. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. CONVENIO DE COLABORACIÓN.

Con fecha 21 de junio en curso tuvo entrada en esta Intervención General el “**Informe en relación al modificado del Convenio entre la Consejería de y la Fundación “XYZ”, para la realización de actividades en el campo de la rehabilitación y reinserción de drogodependientes**”.

Del contenido del mismo y de la solicitud contenida en el citado Informe, cabe considerar éste como escrito de discrepancia al reparo formulado por la Intervención Delegada de el 13 de junio de 2000, en el que se estimaba que no se adecuaba el instrumento jurídico - Convenio- a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incurriendo el expediente en el supuesto del artículo 87.c) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Al objeto del análisis de la discrepancia planteada, se significan los siguientes

ANTECEDENTES

1. El 1 de enero de 1994 se suscribió por la Consejería de con la Fundación “XYZ” un Convenio para la Realización de Actividades en el campo de Rehabilitación y Reinserción de Drogodependientes.

En su cláusula Decimocuarta se establecía “La duración del presente convenio será desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1994, siendo prorrogable, de forma tácita por años naturales, sin perjuicio de la posible modificación económica y técnica de sus anexos con conformidad de ambas partes”.

2. De acuerdo con la cláusula decimocuarta se ha prorrogado el Convenio con modificación económica en cuanto al precio por plaza y número de plazas el 1 de enero de 1995, 1 de enero de 1996, 1 de julio de 1998 y 1 de septiembre de 1999, aprobándose el gasto correspondiente al año 2000, tramitado de forma anticipada, por el Consejo de Gobierno por importe de 70.999.681 ptas el 30 de diciembre de 1999 .
3. El 25 de agosto de 1999 por la Asesoría Jurídica en informaba la propuesta de modificación correspondiente a 1 de septiembre de 1999 favorablemente, si bien consideraba que “ dado el objeto del Convenio examinado, el mismo quedaría comprendido en el contrato de gestión de servicios públicos (Arts. 155 y ss. De la L.C.A.P), por lo que consideramos que las actuaciones futuras deberían ajustarse a esta figura contractual”
4. La propuesta del Modificado del Convenio referido ha sido informada favorablemente consta el trámite de audiencia al interesado, prestando su conformidad con la modificación propuesta

el 18 de mayo de 2000.

5. Con fecha 13 de junio de 2000 se repara por el Interventor Delegado estimando que el objeto del Convenio es una actividad regulada como “Gestión de Servicio Público”, y, en consecuencia, no podrían celebrarse Convenios de Colaboración en aplicación del artículo 3.1.d) de la L.C.A.P
6. En el escrito de discrepancia- Informe de “.....” se argumenta el carácter fundacional de la Institución con quien se propone modificar el Convenio y las actividades de carácter general que las mismas realizan.

Teniendo en cuenta los antecedentes precedentes, se deducen las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Establece el artículo 3.1.d) del citado R.D. Legislativo 2/2000, relativo a los negocios y contratos excluidos de la aplicación de la Ley de contratos que *“quedan fuera de su ámbito los Convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”*.

Examinado el Convenio en cuanto a su objeto, en su cláusula Quinta y Séptima se determina que la Fundación referida se obliga a dar un tratamiento completo de rehabilitación, integrando en su programa y métodos, a aquellos sujetos toxicómanos de la Comunidad de Madrid con el límite de las plazas que se determinan, y la Comunidad de Madrid abonará a la misma el precio correspondiente, valorado en un coste plaza día.

A juicio de esta Intervención, del análisis del artículo 206. Categoría 25 del Texto Refundido en relación con el Anexo 1 B de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios cabe considerar como contratos sometidos a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación los de “Servicios sociales y de Salud”.

El ordenamiento jurídico español regula estos “servicios sociales y de salud” preferentemente como contratos de gestión de servicios públicos, cuando no se prestan directamente por la Administración, y, en otros supuestos, como contrato de servicios.

Ya se considere su calificación jurídica, como contrato típico de gestión de servicios Públicos, ya como servicios, la conclusión es que, teniendo en cuenta su objeto, no podrían celebrarse convenios de colaboración con personas privadas, de acuerdo con el artículo 3.1.d) de la L.C.A.P.

2. Se argumenta por el Director “.....” como justificación para celebrar el Convenio,

que éste se celebra con una Fundación, que persigue fines de interés general, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1998, de 2 de marzo de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 3.1.c) del R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente se excluyen de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por razón del sujeto, con quien se celebra el Convenio, los suscritos con la Administración General del Estado, con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, entidades locales, sus respectivos Organismos Autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, no incluyéndose en la enumeración a las Fundaciones, sin perjuicio de los fines de interés general que persiguen las mismas.

Aún más, la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en la Disposición Adicional Octava la preferencia en la adjudicación de los contratos, cuando así se señale en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, para las proposiciones presentados por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas, *“siempre que dichas proposiciones iguales en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”*.

En definitiva, el carácter de Fundación no habilita desde el punto de vista subjetivo la celebración de Convenios de colaboración de conformidad con el artículo 3.1.c), sino, únicamente se habilita a que el órgano de contratación en caso de igualdad de proposiciones y siempre que lo haya establecido en el Pliego adjudique el contrato a estas entidades sin ánimo de lucro respecto a las que no lo son, pero evidentemente existe publicidad y concurrencia.

3. Precisos los conceptos anteriores, es de señalar que la Administración y la citada Fundación no pretenden celebrar un Convenio que incurriría en las prohibiciones y limitaciones ya señaladas, sino manteniendo el suscrito desde el 1 de enero de 1994 y prorrogado tácitamente para el año 2000, modificar no el Convenio como tal sino las condiciones económicas hasta diciembre de 2000, que según la cláusula decimocuarta era susceptible de modificación en el marco del Convenio suscrito, previa conformidad de las partes.

Entiende el Interventor delegado, al formular su reparo, que, siendo el objeto del Convenio una actividad regulada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el mismo no podría celebrarse ni modificarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1.d) de la citada Ley.

Ahora bien, el artículo 1255 del Código Civil consagra el principio del *“pacta sunt servanda”*. En este sentido, el Convenio prorrogado extiende sus efectos a todo su clausulado; en el supuesto examinado, a lo dispuesto en la cláusula decimocuarta que determina que, prorrogado el Convenio, las modificaciones económicas se acordarán por consentimiento

expreso de las partes. No se modifica en sí el Convenio, sino se cumple por el procedimiento que fue determinado en el mismo, es decir, se da cumplimiento a una de sus cláusulas o pactos, tal como fue acordado.

Examinada la propuesta cursada, se observa que el Convenio suscrito en enero de 1994 se mantiene en su clausulado tal como fue pactado, está en vigor y las partes por remisión de su contenido ejecutan el mismo al reconducir las modificaciones económicas al mutuo consentimiento expreso, a diferencia de las cláusulas jurídicas que se prorrogan tácitamente y en oposición al *ius variandi* de la Administración, en cuanto potestad exorbitante para modificar los vínculos contractuales.

El negar la posibilidad de modificar por mutuo consentimiento los anexos económicos implicaría rechazar la aplicación de la cláusula decimocuarta del Convenio, que la propia Administración por consentimiento tácito ha acordado, el no sujetarse al principio contractual señalado de “*pacta sunt servanda*”

En este sentido, esta Intervención, de acuerdo igualmente con los informes de la Asesoría Jurídica de 25 de agosto de 1999 y de 31 de mayo de 2000, entiende que la modificación propuesta se ajusta al procedimiento establecido en el propio Convenio para acordar las modificaciones económicas. Es decir, prorrogado el Convenio en todas sus cláusulas, y, por tanto, en cuanto a la facultad de modificación de las condiciones económicas durante su vigencia, previa conformidad de las partes, y no por el ejercicio del *ius variandi* de la Administración, la propuesta de modificación se justificaría en su propio clausulado.

4. La consideración de esta Intervención de que la modificación propuesta se ajusta a la legalidad y se adecua a lo pactado en el Convenio, no minora la crítica, compartida por la Asesoría Jurídica en su informe de 25 de agosto de 1999, así como por el Interventor Delegado en la Consejería, de que la Administración mediante la prórroga tácita mantenga negocios jurídicos que pueden contravenir el ordenamiento jurídico aplicable y que en su origen, es decir, cuando se prorrogan por años naturales, están exentos del propio control de legalidad a ejercer, entre otros órganos, por la Intervención, sencillamente porque la Administración perpetua el negocio jurídico sin acto expreso que precise fiscalización previa.

El propio legislador en el R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha rechazado el procedimiento de las prórrogas tácitas de los contratos como contrario al principio de concurrencia. Así, en el artículo 8 prohíbe prorrogar los contratos administrativos especiales por el mutuo consentimiento tácito, en el artículo 56 cualquier tipo de prórroga y en los contratos administrativos típicos ha limitado la posibilidad de prórroga expresa (Arts. 157, 198 y 174.2) y determina que no se admite la prórroga tácita (Art. 174.2), manifestación de la prelación del principio de concurrencia que debe presidir la contratación de la Administración, según el artículo 11 de T.R. 2/2000 citado.

En consecuencia, entiende esta Intervención General, compartiendo el criterio de la Asesoría

Jurídica, que debe adecuar aquellos negocios jurídicos convencionales existentes a la normativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que proceda el ampararse en la prórroga tácita de los mismos perpetuar negocios jurídicos que de celebrarse “ex novo” obtendrían el informe desfavorable en legalidad, tanto de la Asesoría Jurídica como de esta Intervención.

De las consideraciones precedentes, cabe extraer las siguientes

CONCLUSIONES

1. La Administración no podría celebrar Convenios de colaboración con Fundaciones no obstante su vinculación al interés general, que justifica su especial protección, al considerarse que las mismas son personas sujetas al derecho privado, cuando su objeto está comprendido en los contratos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o en normas administrativas especiales.
2. Los Convenios de Colaboración con personas sujetas al derecho privado vigentes se ejecutarán en los términos pactados y, en este sentido, la Administración en pro del interés público podrá acordar o adecuar sus cláusulas económicas por mutuo acuerdo expreso de conformidad con lo establecido en el propio Convenio.
3. Se estima que la Administración debe adecuar aquellos negocios jurídicos subsistentes y suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la misma, sin que proceda eludir su aplicación por el consentimiento tácito o prórroga tácita de los mismos.

De acuerdo con las consideraciones anteriores frente a la discrepancia planteada esta Intervención General resuelve rectificar el reparo formulado por el Interventor Delegado en la Consejería de y, de conformidad con la Asesoría Jurídica, y, sin perjuicio de las consideraciones precedentes, informar favorablemente la propuesta de gasto cursada.