

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 20 DE JUNIO DE 2.003. CONTRATOS. DIVERSAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DE MENORES.

Se recibe escrito procedente del Instituto Madrileño AABC@solicitando aclaración oportuna sobre el procedimiento a seguir en relación a varias cuestiones relacionadas con los contratos de gestión de servicios públicos de acogimiento residencial de menores, por haberse producido disparidad de criterios entre la Intervención Delegada de la Consejería y el Letrado presente en las mesas de contratación.

Se adjunta informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid (en adelante, SSJJ), así como el informe preparado por el Instituto Madrileño AABC@en el que se incluyen los antecedentes y motivos que dan lugar a la consulta a los citados SSJJ.

Antes de entrar en el fondo del asunto y manifestar el parecer de este Centro Directivo sobre las cuestiones de fondo planteadas, parece oportuno señalar que el presente informe se emite sin perjuicio, del que, en su caso, pueda emitir la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como órgano consultivo de la Comunidad de Madrid en materia de contratación administrativa, por incidir la mayoría de las cuestiones sobre las que versa la consulta del Instituto Madrileño AABC@y el informe de los SSJJ en dicha materia.

ANTECEDENTES

Las cuestiones que se plantean se refieren a las relaciones jurídicas que ha venido estableciendo el Instituto Madrileño AABC@con los centros residenciales que prestan atención a los menores con medidas de guarda o tutela acordadas por la Comisión de Tutela XYZ@En un principio, dichas relaciones se materializaron a través de Convenios, bajo la denominación de "Conciertos", los cuales se han prorrogado, y se han ido "reconvirtiendo" recientemente en contratos administrativos de gestión de servicio público, adjudicados por procedimiento negociado sin publicidad, por imposibilidad de promover concurrencia en la oferta.

El Instituto Madrileño AABC@plantea respecto a los convenios y contratos administrativos vigentes, cuestiones diversas relativas a las plazas vacantes, posibilidad de ampliación de las existentes, sobre la naturaleza de los contratos (administrativo especial o de gestión de servicios públicos), así como la posibilidad de incremento del precio de la plaza/día por haberse producido un desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

CONSIDERACIONES

Para resolver las cuestiones que plantea el Instituto Madrileño AABC@parece oportuno seguir la misma sistemática que adoptó la petición de informe del Organismo a los SSJJ sobre las mismas cuestiones. A continuación se expondrá la posición de los SSJJ y posteriormente la de este Centro directivo.

1.- Sobre la posibilidad de tramitar las subidas del precio de los contratos de gestión de servicios públicos de acogimiento residencial de menores.

Respecto a esta cuestión, el informe de los SSJJ, comienza con una exposición de los criterios y preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), sobre la imposibilidad de revisión de precios por encima de las fórmulas concretas de revisión establecidas en el contrato, las normas relativas al precio cierto de los contratos, principio de riesgo y ventura, sobre los que fundamenta la imposibilidad de la aparición de

obligaciones económicas en la ejecución al margen de dichos preceptos. Posteriormente y tras rechazar la tramitación de concursos públicos para subir los precios de los conciertos vigentes, analiza la posibilidad de modificación de los contratos por razones de interés público, concluyendo que *"Siempre que la modificación contractual no altere sustancialmente las bases y criterios de la adjudicación del contrato, y teniendo en cuenta las razones de interés público que se justifiquen en cada contrato, atendiendo además al tiempo transcurrido desde el contrato inicial, cumpliendo los requisitos legal y reglamentariamente exigidos, debe admitirse la modificación para incrementar el precio/plaza concertado."*

Por otra parte se argumenta por los SSJJ la posibilidad de incrementar el precio de los contratos en la necesidad de restablecer el equilibrio económico financiero, antes que arriesgarse a una merma de la atención especializada (...), siempre que no se produzca una variación esencial de los términos esenciales del contrato que obliguen a una nueva contratación administrativa.

Se señala, igualmente que en el contrato típico de gestión de servicios públicos legalmente pueden modificarse, por razones de interés público, las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Sobre esta cuestión, concluye el informe, con la indicación de otras posibles soluciones, como son la modificación de las cláusulas de revisión de precios o con la concesión de subvenciones a la empresa contratista al amparo del artículo 60 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

Este Centro Directivo no comparte el criterio manifestado por los SSJJ en su informe sobre la cuestión de la viabilidad de la modificación del contrato para incrementar el precio plaza/día concertado, por haberse producido una desviación del equilibrio económico financiero de una de las partes, y que no es suficientemente cubierta con el sistema de revisión de precios que fue fijada inicialmente en los correspondientes pliegos.

Sobre este tema parece enormemente ilustrativo el informe 29/00, de 30 de octubre de 2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE), en el que se analiza la incidencia sobre las cláusulas de revisión de precios de los principios de riesgo y ventura y mantenimiento del equilibrio económico financiero de las prestaciones de un contrato, en un supuesto similar, un contrato de gestión de servicios públicos con una determinada fórmula de revisión de precios.

En dicho informe se parte de la idea de que los pliegos son la verdadera "ley del contrato", y por tanto surge la obligación de la Administración de pagar el precio revisado y el derecho del contratista a recibirlo, sin que pueda cuestionarse la inadecuación de la fórmula de revisión pactada, pues dicha cuestión, debió plantearse y ser resuelta en el momento anterior de elaboración y aprobación del pliego con arreglo al que se convocó la licitación del contrato.

Dicha afirmación no puede ser enervada por una alegación genérica a los principios de "riesgo y ventura" y de "mantenimiento del equilibrio económico financiero" de las prestaciones del contrato. Sobre el primero de ellos, se dice en el informe de referencia, que la revisión de precios es una excepción o atenuación de dicho principio, y sobre el segundo, que en el contrato de gestión de servicios públicos, se establece como contrapartida al "ius variandi" de la Administración y como derecho del contratista al mantenimiento de dicho equilibrio cuando, *consecuencia de modificaciones de la Administración* (la cursiva es nuestra) se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación.

Es por tanto necesario que, para que se produzca el restablecimiento del equilibrio Económico Financiero del contratista, la Administración tiene que haber introducido modificaciones en el

contenido inicial de la prestación a realizar por el contratista, modificaciones que tanto podrían suponer mayor, como menor prestación, o simplemente una modificación de un tipo de actividades por otras. Estaríamos ante una modificación del contrato en los términos y con las condiciones que sobre dicha figura recoge la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas.

Así, de acuerdo con el artículo 101 del TRLCAP, 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. El artículo 163 del mismo texto legal, en relación a la modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, del mismo modo posibilita que la Administración, también por razones de interés público puede modificar las características de servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Es cierto que en los contratos que se están analizando no se abonan tarifas por los usuarios, pero dicha circunstancia no puede ser determinante para que se pretenda una subida de dichas tarifas (en nuestro caso el precio del contrato que se abona al contratista por la Administración), sin que dicha modificación lleve aparejada una modificación del contenido de la obligación a realizar por el contratista, que como hemos visto anteriormente puede suponer más, menos, o distinto contenido respecto del inicial previsto en la licitación. Por tanto debe interpretarse el artículo 163 del TRLCAP, en el sentido de que la modificación de las tarifas debe llevar implícita una modificación del contenido de la prestación inicial. En ese sentido deben igualmente interpretarse los apartados dos y tres del artículo 163, en los que se establece la compensación al contratista que ha visto quebrantado el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerado básico en la adjudicación del contrato, como consecuencia de la modificación, o la no procedencia del derecho a indemnización del contratista cuando los acuerdos de modificación que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica.

La posibilidad apuntada de modificación del contrato, modificando el precio del mismo, con fundamento en las razones de interés público, aún con las cautelas que señala el informe de los SSJJ, no puede ser admitida, debido a que las condiciones en las que se produjo la adjudicación del contrato son las que deben de prevalecer durante la vigencia del mismo, y tanto el precio (con las correspondientes revisiones previstas en los pliegos, como las demás condiciones, y no deben ser alteradas de modo sustancial por vía de modificación consensuada, por cuanto supone un obstáculo a los principios de publicidad y concurrencia y de buena fe que presiden la contratación administrativa. Ello es así por que licitadores distintos del adjudicatario, podrían haber hecho proposiciones diferentes a las que presentaron si conocieran que una vez adjudicado el contrato se pudiera modificar un elemento esencial del contrato, como es el del precio con independencia de las fórmulas de revisión previstas en los correspondientes pliegos.

2.- Sobre la posibilidad de tramitar nuevos contratos por el procedimiento negociado sin publicidad, con fundamento en el artículo 159.2 a) del TRLCAP y si ello impediría la posterior cobertura de vacantes que se fueran produciendo y las futuras ampliaciones que se pudieran precisar.

Respecto a la primera parte de esta segunda cuestión que plantea el Instituto Madrileño AABC@ los SSJJ de la Comunidad de Madrid concluyen en que los antiguos convenios que se suscribieron para el acogimiento residencial de menores deben convertirse en contratos administrativos de gestión de servicios públicos, al amparo del R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y que estos contratos reconvertidos pueden tramitarse por el procedimiento negociado sin publicidad con las mismas empresas que venían gestionando el servicio cumpliendo las

exigencias de los artículos 92 y 159.2 del TRLCAP.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo nada tiene que objetar, siempre que se den las circunstancias que pone de manifiesto el Instituto Madrileño AABC@ esto es que se refiera a plazas de menores que se encuentran residiendo en los citados Centros, y con base en que no es posible la concurrencia en la oferta pues los niños se encuentran en un ambiente normalizado, y su traslado a otra entidad habría supuesto un desarraigo para los niños y perjuicios en su desarrollo, al encontrarse ya integrados en un entorno conocido del que forman parte (educadores, compañeros, barrio y colegio).

Los SSJJ también concluyen, y esta Intervención comparte, que cuestión distinta es la de los nuevos contratos de acogimiento residencial con entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, que vayan a prestarse en centros no concertados anteriormente. En este caso la regla general debe ser la del concurso y sólo excepcionalmente la del negociado.

Respecto a la segunda parte de la cuestión, posterior cobertura de vacantes y futuras ampliaciones de plazas, ya se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (JCCACM), en su informe 3/2000, de 8 de febrero. Concluía el órgano colegiado que no se deriva de los pliegos ni del anteproyecto de explotación de los contratos de gestión de servicios públicos celebrados por el Instituto Madrileño AABC@que tengan que ser modificados necesariamente en el sentido de reducir -amortizar- las plazas concertadas en los casos en los que se queden vacantes por causas no imputables al contratista, y por otra parte, que tampoco resulta de los pliegos y anteproyecto de explotación 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 y concurrencia e igualdad, no resulta lo más procedente.

Hechas las consideraciones anteriores, si el órgano de contratación, no obstante considerase oportuno ampliar el número de plazas respecto de las contratadas en el contrato primitivo, se deberá tramitar el oportuno expediente de contratación de modificación contractual con los requisitos que al efecto establecen los artículos 101 y 163 del TRLCAP, y por tanto audiencia del contratista, informe de los SS JJ, expediente de gasto y fiscalización previa.

3.- Sobre si es correcta la calificación de estas actuaciones como "Contratos de Gestión de Servicios Públicos" o si no se tratarían de "Contratos Administrativos Especiales" o, incluso si no sería factible la figura jurídica del Convenio (...).

Sobre esta cuestión se comparte la opinión de los SSJJ en el sentido de que no puede calificarse la contratación de la gestión del acogimiento residencial de menores como contrato administrativo especial, ni puede acudir a un convenio de colaboración al constituir el objeto propio del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, por aplicación de los artículos 5.2.a) y 3.1 d) del TRLCAP.

4.- Sobre cualquier otra cuestión relacionada con las anteriores.

De la documentación aportada, se ha puesto de manifiesto una cuestión que no parece oportuno dejar al margen, relativa a las dificultades de gestión por la duplicidad presupuestaria de las convocatorias de concursos con precios actualizados a las necesidades del servicio, y los convenios o procedimientos negociados en vigor.

Sobre esta cuestión únicamente resaltar que nada obsta para que la Administración, precisamente por haber constatado la no procedencia de la prórroga por más tiempo de dichos

convenios o de contratos con "precios desfasados", promueva la tramitación de los correspondientes expedientes de contratación de modo que hagan coincidir el plazo de ejecución de los nuevos contratos, con la fecha fin de las relaciones jurídicas anteriores, ya sean los convenios o procedimientos negociados que no se van a prorrogar. En ningún caso se produciría la duplicidad presupuestaria a la que se hace referencia en el escrito del Instituto Madrileño AABC@ pues si el convenio en vigor tiene fecha fin no coincidente con fin de año, únicamente se tendrán contraídos los créditos hasta esa fecha, y en el caso de que coincidan con la terminación del año natural, los nuevos expedientes de contratación se podrán tramitar de forma anticipada en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.4 del TRLCAP.

De las consideraciones anteriores se deducen las siguientes

CONCLUSIONES

- 1.- Las subidas de precio de las tarifas pactadas por plaza ocupada **no pueden tramitarse como modificación de contrato** por razones de interés público.
- 2.- Los convenios suscritos para el acogimiento residencial de menores deben convertirse en contratos administrativos de gestión de servicios, y se podrán tramitar por procedimiento negociado sin publicidad con las mismas empresas que venían gestionando el servicio, cumpliendo las exigencias de los artículo 92 y 159.2 del TRLCAP. En caso de nuevos contratos de acogimiento residencial con entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, que vayan a prestarse en centros no concertados anteriormente, la regla general será la tramitación de concurso.

Las plazas vacantes que se produzcan en los centros concertados pueden cubrirse con nuevos menores, así como pueden ampliarse las plazas iniciales siempre que se justifique adecuadamente, y se tramite el correspondiente expediente de modificación del contrato.
- 3.- No puede calificarse la contratación de la gestión del acogimiento residencial de menores como contrato administrativo especial, ni puede acudir a un convenio de colaboración al constituir el objeto propio del contrato administrativo de gestión de servicios públicos.
- 4.- La tramitación de nuevos expedientes de contratación, no producirán, en ningún caso, situaciones de duplicidad presupuestaria si se hace coincidir la terminación del plazo de ejecución de las relaciones jurídicas anteriores con el inicio de la ejecución de los nuevos contratos.

