

**Objeto de la consulta:** conocer la responsabilidad que se puede derivar al ayuntamiento de..... respecto de las obligaciones laborales que tiene con sus empleados la entidad sin ánimo de lucro a la que ha adjudicado mediante un contrato de gestión de servicios públicos, la atención de las personas mayores derivada de la prestación del servicio de viviendas de mayores.

Dicho servicio, según consta en el escrito de consulta, es prestado por el Ayuntamiento en colaboración con la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales a través de un convenio, en el que se establece que si el número de usuarios es inferior a cuatro la Consejería retiraría su ayuda económica.

Si finalmente se tiene que cerrar la Vivienda de Mayores y por tanto despedir a sus tres trabajadoras, ante la falta de liquidez de la entidad prestadora del servicio, el alcalde consulta si sería el ayuntamiento responsable subsidiario y tendría que pagar finalmente las indemnizaciones a las trabajadoras.

#### **Legislación y abreviaturas:**

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPC).
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).
- Estatuto de Autonomía de Castilla - La Mancha (EACLM).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).
- Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (JCCM).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

**Respuesta:** del escrito de consulta de referencia se deduce que el Ayuntamiento de..... ha celebrado un contrato de gestión de servicios públicos con una entidad sin ánimo de lucro para la prestación del servicio de Residencia de Mayores en su municipio, contrato cuya regulación se encuentra dispuesta en diversos artículos del TRLCSP.

El contrato de gestión de servicios públicos se define en el artículo 8 del mencionado texto legislativo como aquél 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 su competencia por la Administración encomendante.

La asistencia social y servicios sociales, entre la que se encuentra la promoción y ayuda a la tercera edad, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación es una de las competencias exclusivas de la JCCM, como así se establece en el artículo 31.1.20º del EACLM.

Por tanto, si el Municipio de..... está prestando el servicio de Residencia de Mayores, podría tratarse, de acuerdo con el artículo 7 de la LRBRL, del ejercicio de una competencia que no es propia ni atribuida por delegación, competencia que solo puede ser ejercida cuando no se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, son necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tiene atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En el presente caso, el ayuntamiento de..... presta el servicio de residencia de mayores en virtud de un convenio administrativo suscrito con la Administración Regional, dentro del marco de la cooperación económica, técnica y administrativa en asuntos de interés común, regulada en el artículo 57 de la LRBRL, y tiene carácter voluntario.

Así pues, podríamos estar ante la ejecución de un contrato nulo de pleno derecho por falta de legitimidad de una de las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 LRJAPC, artículo que declara nulos de pleno derecho entre otros, los actos de las Administraciones Públicas dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, lo cual podría dar lugar a la responsabilidad y a la obligación de indemnizar previstas en el artículo 139 y siguientes de la misma Ley.

No obstante lo anterior y para contestar a las cuestiones planteadas por el ayuntamiento, resulta imprescindible analizar el contenido del contrato de gestión de servicios públicos celebrado entre el Ayuntamiento y la entidad sin ánimo de lucro, prestadora del servicio (en adelante contratista).

Con carácter previo a la celebración de dicho contrato, entre las actuaciones preparatorias del mismo, el ayuntamiento de..... estuvo obligado a establecer el régimen jurídico del servicio, declarar expresamente que la actividad de Residencia de Mayores era asumida como actividad propia, atribuyendo las competencias administrativas, determinando el alcance de las prestaciones a favor de los usuarios y regulando los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio, como así se establece en el artículo 132 del TRLCSP.

Efectivamente, la Administración puede gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares, en virtud de lo establecido en el artículo 275 del TRLCSP.

Asimismo, resulta clave conocer los términos en que se redactó el citado contrato de gestión, conocer la modalidad de contratación elegida, es decir, si se trata de una concesión, de una gestión interesada, de un concierto o de una sociedad de economía mixta, pues de ello se va a derivar un régimen u otro de responsabilidad, tanto para el empresario como para la Administración.

Resulta además necesario conocer la duración que se pactó en el contrato y las causas de resolución que se previeron en el mismo.

El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, las cuales pueden ser revisadas en la forma establecida en el propio contrato, entre las que se debe incluir, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibe directamente de los usuarios o de la propia Administración, como así se establece en el artículo 281 TRLCSP.

De igual forma, la modificación del contrato de gestión está prevista en el artículo 282 TRLCSP, en virtud del cual, la Administración puede modificar por razones de interés público, cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

Efectivamente, la Administración está legalmente obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, cuando modifica, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las

características del servicio contratado, cuando actuaciones de la Administración determinan de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Las medidas para restablecer el equilibrio económico pueden consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, en la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, pudiendo prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes.

Para que el presente contrato pueda modificarse, ha de haberse advertido expresamente esta posibilidad en los pliegos o en el anuncio de licitación y ha de haberse detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello, en virtud de lo establecido en el artículo 106 TRLCSP.

Efectivamente, señala el citado artículo 106 que los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

El contratista tiene derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en el TRLCSP y en el contrato celebrado entre las partes, con arreglo al precio convenido, como así se establece en el artículo 216 TRLCSP.

De conformidad con lo previsto en los artículos 223 y 286 TRLCSP, entre las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, se encuentra la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación, la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, el incumplimiento de las obligaciones contractuales

esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, así como la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o las establecidas expresamente en el contrato o el rescate del servicio por la Administración para gestionarlo directamente.

Entre los efectos de la resolución del contrato por la causa que en el presente caso nos ocupa, como señala el artículo 288 TRLCSP, se encuentra la obligación por parte de la Administración de indemnizar al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio.

Habrà por tanto que estar a lo establecido en el contrato, si se previó en el mismo como obligación del ayuntamiento, la de asumir temporalmente la gestión directa del servicio en los casos en los que no lo preste el contratista por circunstancias que le sean no imputables, el de rescatar la concesión o la de extinguir el contrato por cualquiera de las causas previstas en la legislación y en el propio contrato.

Habrà que comprobar si se incluyó en el contrato la posibilidad de modificar las características del contrato y las tarifas a abonar por los usuarios, para mantener su equilibrio económico, en la forma dispuesta en el artículo 282 TRLCSP, con la consiguiente compensación al contratista cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

No debe olvidarse que en todo caso, con carácter general, es causa de resolución del contrato la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados.

Respecto a la responsabilidad subsidiaria que se puede derivar al ayuntamiento respecto del pago de las indemnizaciones que se tengan que abonar a las trabajadoras con motivo de la resolución de sus contratos de trabajo, debido a la resolución del contrato de gestión de servicios públicos, consideramos interesante la transcripción de un fragmento de la Sentencia 636/2014, de 11 de diciembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, la cual dispone a tenor de la doctrina emanada del TJUE que *“no cabe duda que en el presente caso nos hallamos ante un claro supuesto empresarial del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto está acreditado que el Ayuntamiento, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica que se le había concedido, y que se llevaba a cabo en el Centro Residencial “Virgen de Guadalupe”, asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad*

*y haciéndose cargo de todos los trabajadores que, como Cuidadores, prestaban sus servicios profesionales en el señalado Centro Residencial; y esta sucesión conlleva, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del ya mencionado artículo 44 del ET, que el Ayuntamiento codemandado deba responder solidariamente con la empresa demandada de las deudas salariales contraídas por ésta con los trabajadores demandantes, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida”.*

Efectivamente, el ayuntamiento de..... sería responsable subsidiario en el caso de que el contrato de gestión se resolviera por cualquiera de las causas mencionadas y el ayuntamiento rescatara el servicio, asumiendo directamente la gestión y explotación de la Residencia de Mayores, por razones de interés público, como así se dispone en el artículo 287 TRLCSP.

Ahora bien, en el caso de que el ayuntamiento no proceda al rescate del servicio, para determinar su responsabilidad subsidiaria respecto a los trabajadores, hay que tener en cuenta que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deben haber acreditado estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera determinadas por el órgano de contratación, según establecen los artículos 54 y 62 TRLCSP, indicados en el anuncio de licitación y especificados en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Asimismo, existe obligación de constituir una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, que responderán de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento o sobre las que se harán efectivas las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, como así se desprende de los artículos 95 y siguientes TRLCSP.

**Conclusión:** la falta de pago del precio convenido en el contrato de gestión de servicios públicos dará lugar a la resolución o modificación del mismo, según se haya pactado en el mismo.

El ayuntamiento puede proceder al rescate del servicio público para explotarlo y gestionarlo directamente y responsabilizándose de forma subsidiaria de las obligaciones para con los trabajadores. En este caso podría decretarse el rescate por parte del municipio de manera provisional hasta que la Administración Regional cumpliera con sus obligaciones relativas a la financiación y o gestión de la prestación de sus competencias propias.

No obstante lo anterior, el hecho de ser una entidad sin ánimo de lucro no significa que el contratista no disponga de solvencia económica y financiera, lo cual es necesario acreditar para celebrar este tipo de contrato y, en todo caso, procederá la ejecución de la garantía constituida con carácter previo a la formalización del contrato.

Toledo, 18 de marzo de 2015.