

# La nueva definición del contrato de gestión de servicios públicos y sus consecuencias prácticas

09/27/2011

Teresa Medina Arnáiz

La intensa operación de ajustes que ha sufrido la normativa contractual en los últimos meses ha sido puesta de manifiesto en las opiniones anteriores, si bien resulta oportuno recordar que, desde abril de 2010, la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) ha sido modificada ya en diez ocasiones distintas. Una de las reformas más importantes tuvo lugar mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).

Las novedades más relevantes en esta materia se encuentran recogidas en su Capítulo V que agrupa los artículos 37 y 38 y en la Disposición final decimosexta que se refieren, principalmente, a la potestad de modificación contractual y a la colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, y al margen de estas dos importantes cuestiones, la LES contiene otras previsiones que también afectan a la contratación pública, y más concretamente a la LCSP. Así, se establece el requisito de dotar de mayor transparencia a la información de las licitaciones que lleve cabo el sector público estatal a través de la Plataforma de Contratación del Estado al obligar a que todos los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal se integren en dicha Plataforma. Una segunda reforma afecta al impulso de la participación de pequeñas y medianas empresas en la contratación pública fomentando la simplificación en los trámites administrativos y el ahorro de costes tras la supresión, con carácter general, de la garantía provisional y se posibilita la subcontratación obligatoria de determinadas partes de la prestación contractual bajo determinados requisitos.

Igualmente, a partir de la aprobación de la LES, se añade a la LCSP un nuevo Capítulo III, en el Título II del Libro I con un solo precepto, el artículo 73 bis, que regula la sucesión del contratista y, asimismo, se prevé aprovechar al máximo el potencial de la contratación pública para la consecución de otros objetivos como son los referidos a las políticas energéticas, ambientales y de innovación. Este comentario, sin embargo, va a centrarse en la nueva definición del contrato de gestión de servicios público al extender su ámbito de aplicación a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y en las consecuencias prácticas que esto conlleva.

Y es que, en el trámite de enmiendas en el Senado se introdujo - ex Disposición final quincuagésima quinta de la LES - una nueva definición del contrato de gestión de servicios públicos que modifica, desde el 1 de enero de 2011 y con vigencia indefinida, el artículo 8 de la LCSP al extender su ámbito de aplicación a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Se trataba concretamente de la enmienda núm. 615 del Grupo Parlamentario Socialista que justificaba dicha modificación en base al artículo 68.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social, que atribuye a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en su función de entidades colaboradoras, la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. También se sustentaba en el Informe

37/95, de 24 de octubre de 1995, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, que califica a los contratos que tienen por objeto prestaciones sanitarias a beneficiarios de la Seguridad Social, como contratos de gestión de servicios públicos. Con apoyo en estos argumentos, la nueva redacción del artículo 8 LCSP posibilita que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, puedan concertar prestaciones de asistencia sanitaria y recuperadora con otras entidades, mediante la realización del correspondiente contrato de gestión de servicios públicos.

En virtud de esta reforma, el contrato de gestión de servicios públicos es “aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 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 o Mutua encomendante”, siendo únicamente posible que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales realicen este tipo de contrato respecto de la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

Ahora bien, más allá de la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de este contrato, la reforma operada por la LES supone también un cambio en la propia naturaleza y en el régimen jurídico aplicable al contrato de gestión de servicios públicos. Esto se debe a que, al posibilitar que un contrato de gestión de servicios públicos se realice por entes que no tienen la consideración de Administración pública - como es el caso de las Mutuas - la calificación jurídica de este contrato puede variar entre la de ser calificado como contrato administrativo o contrato privado en función de la entidad contratante.

Y es que, en primer lugar es necesario recordar que dentro del amplio ámbito que la LCSP configura como sector público, y de las tres categorías de entidades sujetas a la misma - Administraciones públicas (artículo 3.2 LCSP), poderes adjudicadores (artículo 3.3 LCSP) y el resto del sector público - las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social merecen la consideración de entidades del sector público por declararlo así la Ley en su artículo 3.1.g) y, en virtud de ello, se debieran someter exclusivamente a la obligaciones derivadas del artículo 176 LCSP.

En segundo lugar, la categoría de contratos administrativos se reserva en exclusiva a los celebrados por las Administraciones públicas (artículo 19 LCSP), mientras que los contratos que celebren todos los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnen la condición de Administración pública serán considerados contratos privados y se les aplica un régimen distinto en cuanto a su preparación y adjudicación, efectos y extinción (artículo 20 LCSP). Además de esto, un contrato de gestión de servicios públicos llevado a cabo por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y calificado, por ello, de contrato privado, residenciaría en el orden civil la resolución de las controversias que surgieran entre la partes en relación con sus efectos, cumplimiento y extinción. Según el artículo 21.2 LCSP éste también sería el orden jurisdiccional competente para conocer “de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación” de estos contratos, “siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada”.

La compleja situación creada a partir de la nueva definición de este contrato me hace cuestionar si la verdadera intención del legislador era posibilitar que un contrato de gestión de servicios públicos pudiera ser calificado de contrato privado, o si se trata de un “despiste” ocasionado por la tramitación parlamentaria tardía al incorporarse en el Senado, en donde se modifica únicamente el artículo 8 de la LCSP y no se hace lo propio con el artículo 20 LCSP. Es posible que el anunciado texto refundido nos aclare esta cuestión.