

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SUBVENCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y Profesor del CEF

EXTRACTO

En el presente supuesto práctico se plantean cuestiones de diversa índole jurídica tales como incidencias en un contrato administrativo de gestión de servicios públicos (negativa de la contratista a cumplir la prórroga prevista y el pago a la misma por parte de la Administración concedente con ocasión de una huelga de los trabajadores que supuso la prestación del servicio por el 50 % de los trabajadores); en un contrato de servicios consistente en la instalación y mantenimiento del alumbrado público se excluyen de la contratación a las uniones de empresas (presentan ofertas licitadores incurso en causa de prohibición para ser contratistas, solicitud de esta para que la Administración le aumente el precio debido al incremento de su prestación por haber aumentado la ciudad); en otro contrato de servicios consistente en la seguridad en lugares públicos, su duración y el concurso de la empresa adjudicataria. Finalmente, se plantean cuestiones referentes a unos concejales que solicitaron la celebración de una sesión extraordinaria y llegado el día de su celebración retiraron los puntos del orden del día y se ausentaron; las consecuencias de la anulación judicial de parte de las bases de ejecución del presupuesto sobre unas asignaciones ya realizadas a los distintos grupos municipales; la forma de adjudicación de los puestos de un mercado; la solicitud de la revisión de precios por un contratista por la tardanza en el procedimiento de adjudicación; y la posibilidad de conceder unas subvenciones a miembros de una asociación cuyo objeto es hacer caer a los Gobiernos central y autonómico, para la defensa de algunos de sus componentes que fueron encausados por encadenarse a edificios catalogados como históricos.

Palabras claves: contratos administrativos, subvenciones, Administración local y daños originados por una sociedad mercantil municipal.

Fecha de entrada: 05-04-2014 / Fecha de aceptación: 07-04-2014

ENUNCIADO

En el Ayuntamiento de Madrid se han producido las siguientes situaciones:

PRIMERA

A través de la Concejalía de Medio Ambiente, Mantenimiento de la Ciudad y Seguridad, se pretende la celebración de los siguientes contratos:

- Recogida de residuos sólidos urbanos.
- Mantenimiento de alumbrado público.
- Seguridad en lugares públicos.

Para ello, pretende licitar los correspondientes contratos con las siguientes circunstancias:

- A) Contrato de gestión de residuos sólidos urbanos. Se pretende que el contratista ejecute una planta de transferencia en donde este municipio pueda verter los residuos generados por sus vecinos, y la misma empresa preste este servicio de recogida de residuos domiciliario. El coste anual a abonar al contratista por este servicio de recogida es de 3 millones de euros, anuales, incluyendo en dicho precio el coste de la obra que debe ejecutar y que debe finalizar a los dos años de adjudicado el contrato. En este contrato se estableció la obligatoriedad de garantía provisional. Un licitador, en el plazo para presentar la documentación y las ofertas, presentó compromiso de formalización del aval bancario, aportando el aval en el plazo que le otorgó la mesa de contratación para subsanar defectos. Esta empresa fue, a posteriori, la adjudicataria del contrato. La duración del contrato se fijó en 30 años, prorrogables por otros 10. Finalizado el plazo inicial, el contratista se niega a cumplir con la prórroga aduciendo su mala situación económica.
- B) Contrato de mantenimiento del alumbrado público. De igual manera se pretende que el contratista asuma el mantenimiento del alumbrado público de varios distritos que implica el arreglo, mantenimiento, reposición de farolas, etc. Estimándose el precio del contrato anual en un millón de euros, con la intención de que dure el mayor tiempo que permita la ley. Se prohíbe expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares que puedan concurrir a la licitación UTE (uniones temporales de empresas).

Presentaron ofertas, entre otros: a) un empresario, funcionario del Cuerpo de Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid; b) una sociedad anónima cuya mayoría del capital social pertenece a un concejal del Ayuntamiento de Madrid; y c) una sociedad de responsabilidad limitada en cuyo capital social tiene

una participación del 15 % un funcionario del ayuntamiento, jefe de sección en la Concejalía de Medio Ambiente.

Respecto de la actuación de la mesa de contratación destacamos lo siguiente:

- a) Una de las empresas licitadoras presentó como garantía provisional un cheque. Por ello, la mesa la excluyó.
 - b) Otra empresa incluyó en la documentación administrativa la oferta económica, por lo que fue excluida de la contratación.
 - c) Otra en la oferta económica hizo constar una cifra en números y otra distinta en letra. La mesa le requirió de subsanación.
 - d) Finalmente, la oferta económica de otra empresa superó el precio base de licitación. Por esta razón, fue excluida.
- c) Contrato de seguridad en lugares públicos. Se trata de contratar a una empresa del sector de la seguridad. Se pretende que los licitadores tengan experiencia por más de tres años en servicios análogos y que cuenten con una determinada solvencia económica y técnica que como tal se recoge en los pliegos y que se incorpora al anuncio.

Tramitado los respectivos procedimientos, y formalizados los contratos, son de constatar las siguientes circunstancias:

1. El contratista del servicio de recogida de residuos, a los dos años de iniciado el mismo, plantea que por los trabajadores de su empresa se ha convocado una huelga, para que el ayuntamiento, autoridad competente, fije los servicios mínimos de recogida de residuos, fijándolos en el 50 %.

El contratista, en el mes en que se desarrolla la huelga, presenta una factura por la prestación de la totalidad del servicio, pero la Administración no se la admite informando que solo corresponde el 50 % de dicho mes. El contratista considera que él no puede asumir la huelga de los trabajadores, porque, además, se ha producido por el retraso en el pago de las nóminas, que es consecuencia del retraso en el pago del ayuntamiento de las facturas correspondientes.

2. La empresa contratada para el mantenimiento del alumbrado público, a los dos años justos de iniciado este contrato, notifica al órgano de contratación que va a subcontratar uno de los distritos de Madrid con otra empresa, acreditando la actitud de esta para prestar el servicio.

De otro lado, informe igualmente, sobre la necesidad de ampliación del contrato dado que, cuando la empresa asumió el mantenimiento, los puntos de luz a mantener eran 75.000 (entre farolas, luminarias, etc.) y que ahora, por el crecimiento del municipio, el número de puntos de luz es de 12.000 más. Cabe indicar que en el pliego de cláusulas administrativas particulares nada se alude a la subcontratación, ni tampoco a la posibilidad de ampliación alguna.

3. En cuanto a la empresa de seguridad, contratada finalmente por tres años, sin posibilidad de prórroga, entra en concurso de acreedores, ignorando la Concejalía de Seguridad qué hacer.

SEGUNDA

- A) Convocado pleno extraordinario a solicitud de concejales, al tomar la palabra dijeron que retiraban los asuntos solicitados y se ausentaron del pleno. Pese a todo ello se continuó la sesión y se procedió a su votación.
- B) Se han anulado las bases de ejecución del presupuesto de un ejercicio cerrado en vía judicial, en lo que se refiere las asignaciones de los grupos municipales.
- C) Un vecino reclama indemnización por los daños sufridos al resbalar en la vía pública por un excremento de perro. El servicio de limpieza se presta por una sociedad mercantil de capital íntegramente local.
- D) Finaliza la construcción de un mercado.

Cuestiones planteadas:

PRIMERA

1. Analice, respecto de los tres contratos que se le han planteado, su calificación jurídica, su régimen jurídico y la duración de los dos primeros.
2. ¿Fue ajustada a derecho la adjudicación del contrato de gestión de residuos sólidos urbanos? Si no hubiera sido así, ¿qué remedios jurídicos existirían?
3. De las ofertas presentadas a las que se hace referencia, respecto al contrato de mantenimiento del alumbrado público, comente las que pueden tomar parte y las que no en el procedimiento de contratación.
4. Comente la exclusión de las UTE en la licitación del contrato del mantenimiento del alumbrado público.
5. Analice el ajuste a derecho en la actuación realizada por la mesa de contratación en ese mismo contrato.
6. Indique el procedimiento más adecuado de licitación para contratar la empresa de seguridad.
7. Comente la negativa de la Administración a pagarle la totalidad de los servicios pactados en el mes de la huelga por la razón de que el contratista solo ha prestado el 50% de los servicios.

8. Comente la subcontratación operada por la empresa contratada para el mantenimiento del alumbrado público.
9. ¿Es atendible la petición de esta contratista de ampliación del contrato debido a que por el crecimiento del municipio se ha incrementado el número de puntos de luz?
10. ¿Cómo debe obrar la concejalía ante el concurso de la empresa de seguridad?

SEGUNDA

- A) ¿Se obró correctamente al continuar la sesión? ¿Qué consecuencias, en orden a la votación, tendrá la ausencia de los solicitantes del pleno?
- B) Se plantea la duda de si deben reintegrarse las cantidades recibidas.
- C) ¿Cómo se deberá resolver la reclamación?
- D) Se plantea el problema de cómo adjudicar los puestos del mercado.

SOLUCIÓN

PRIMERA

1. En cuanto a la calificación jurídica de los tres contratos que se han planteado en el relato de hechos, su régimen jurídico y la duración establecida para los dos primeros, si se requiere la clasificación del contratista, su sujeción a regulación armonizada, en su caso, así como la negativa del contratista a ejecutar la prórroga pactada en el primero de ellos, distinguimos:

- A) Gestión de residuos sólidos urbanos.

En cuanto a su **naturaleza jurídica**, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos definido en el artículo 8 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, como aquel 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. Dicho contrato se encuentra regulado en los artículos 275 a 289 del TRLCSP. El contrato ha sido objeto de concesión, a tenor del artículo 277 del TRLCSP. No se requiere la clasificación del contratista al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos.

Respecto al **régimen jurídico**, al tratarse de un contrato administrativo típico, se regulará por el TRLCSP, normativa de desarrollo y, supletoriamente, por las restantes normas del derecho administrativo y en su defecto del derecho privado.

Con respecto a su **duración** resulta ajustada a derecho porque el artículo 278 a) permite cuando es con obras, como en el presente caso, hasta 50 años.

Con relación a la **jurisdicción competente** para conocer de las controversias que puedan surgir en el mismo, será la contencioso-administrativa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20, tanto para su preparación y adjudicación como para su cumplimiento, efectos y extinción.

En cuanto a la **negativa de la contratista de cumplir con la prórroga pactada**, el artículo 23.3 permite establecer prórroga en los contratos, siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración. Esta prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes (art. 23.2 TRLCSP).

B) Mantenimiento del alumbrado público.

En relación con su **naturaleza**, se trata de un contrato de servicios definido en el artículo 10 como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II. Este contrato se encuentra regulado en los artículos 301 a 309 del TRLCSP. En concreto, puede incluirse en el citado anexo, categoría 1 (mantenimiento y reparación). Es, por otra parte, un contrato sujeto a regulación armonizada, por razón de su cuantía (art. 13.2). Finalmente, el contratista no deberá estar clasificado en el registro de clasificación, pues para este contrato ha desaparecido esa obligación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 65.1 del TRLCSP.

Respecto a su **régimen jurídico y jurisdicción competente**, al tratarse de un contrato administrativo típico, coincide con el primer contrato que hemos analizado.

En cuanto a su **duración**, el artículo 303.1 del TRLCSP prevé una duración normal de cuatro años, pero puede llegar hasta seis años con prórroga, si bien la prórroga no podrá rebasar el plazo inicial de duración del contrato.

C) Seguridad en lugares públicos.

Lo primero que hemos de señalar es que la seguridad es una competencia que pertenece a las Administraciones públicas, que conlleva el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos y que, por tanto, no puede ser objeto de gestión indirecta, según el artículo 275.1. Pero nada impide que se pueda celebrar un contrato que tenga por objeto la seguridad un una empresa privada, aunque, en absoluto, se equipare al ejercicio de autoridad de los poderes públicos.

En cuanto a su **naturaleza**, se trata de otro contrato de servicios, definido y regulado en los artículos anteriormente señalados, incluido en el Anexo II, categoría 23 (seguridad). No está sujeto a regulación armonizada, conforme el artículo 13.2 por la categoría en que se encuentra; además, por su objeto, se ha podido decretar su carácter secreto o reservado, a tenor de lo establecido en el artículo 13.2 d) del TRLCSP.

En relación con su **régimen jurídico, jurisdicción competente, duración y clasificación del contratista**, vale todo lo dicho para el anterior contrato, salvo lo referente a la regulación armonizada.

2. Con relación a si fue ajustada a derecho la adjudicación realizada en favor de una empresa que no había constituido la garantía provisional en el plazo dado para la presentación de proposiciones y que lo hizo en un momento posterior, cuando la mesa de contratación, ante la falta de acreditación de este extremo, considerando que se trataba de un defecto subsanable, le otorgó el plazo de tres días hábiles, aprovechando entonces la contratista para constituir la referida fianza y acreditarlo ante la mesa de contratación que lo admitió, debemos señalar que no fue ajustada a derecho.

Conforme el artículo 96.1 b) del TRLCSP, las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones públicas podrán prestarse mediante aval, debiendo este reunir las características del artículo 56 del RCAP.

Si la mesa de contratación observa defectos u omisiones subsanables en la documentación administrativa presentada, además de tener que comunicarlo y hacer público, debe conceder un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación (art. 81 RCAP de 2001).

Es discrecional, por parte de la mesa, determinar qué defectos son subsanables y cuáles no; puesto que el RCAP no lo determina expresamente. Existe una tendencia jurisprudencial a favorecer la posibilidad de subsanar los defectos de las ofertas, con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores. Sin embargo, ha de considerarse que reviste el carácter de subsanable lo que se refiere a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Por tanto, se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir a la licitación, siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero si no se ha aportado, no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable.

En conclusión, esa adjudicación no fue ajustada a derecho porque la contratista no había cumplido con una obligación esencial con anterioridad a vencer el plazo de presentación de proposiciones. Por tanto, procede la revisión de la adjudicación realizada a través de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, por la vía del artículo 102 si se considera que existe vicio de nulidad, o bien por la vía del 103 si se considera que es de anulabilidad (parece que es lo que existe en el presente caso) (art. 34 TRLCSP). Todo ello, sin perjuicio de los oportunos recursos que pudieran interponer otros interesados (reposición potestativo o directamente recurso contencioso-administrativo) que deberán ser estimados por este motivo.

3. Respecto a las ofertas presentadas, entre otras, en el contrato de mantenimiento del alumbrado público, realizamos las siguientes consideraciones:

- A) En cuanto a un contratista que es funcionario del cuerpo de letrados de la Administración de la Comunidad de Madrid, no es causa de prohibición para ser contratista por cuanto que el artículo 60.1 f), al referirse a la Ley 53/1984, de 26 diciembre,

de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, se refiere a que ha de tratarse respecto a la Administración contratante, cosa que no sucede en este caso pues se trata del Ayuntamiento de Madrid.

- B) En relación con una sociedad anónima, cuya mayoría del capital pertenece a un concejal del ayuntamiento, el TRLCSP, en el artículo 60.1 f), se refiere a ser administrador de la persona jurídica, a su cónyuge o persona vinculada con análoga relación de convivencia efectiva y descendientes, siempre que aquellas personas ostenten su representación legal. El citado precepto señala que la prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada al personal y los altos cargos de cualquier Administración pública. La Ley 5/2006, de 10 abril, de regulación de conflicto de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración general del Estado, fija la participación superior al 10%, pero esta ley no es aplicable al ámbito local. En este ámbito hay que aplicar la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electora General, cuyo artículo 178.2 d) impide ser contratista o subcontratista de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal, no contemplando expresamente porcentaje de participación alguna en sociedades o personas jurídicas. Ahora bien, como en este caso, tiene la mayoría de las acciones de la sociedad anónima el concejal; es equiparable a la prohibición contemplada en el 178.2 d) porque las decisiones de esa sociedad, al tener aquel la mayoría de las acciones, serán tomadas por el mismo.
- C) Respecto a una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital tiene participación del 15% un funcionario, jefe de sección del Área de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid, existe causa de prohibición para ser contratista porque el artículo 60.1 f) extiende la prohibición para contratar a las personas jurídicas en cuyo capital social participe el personal en el porcentaje que recoge la ley aplicable de incompatibilidades. En este sentido, el artículo 12.1 c) de la citada Ley de Incompatibilidades impide a este personal tener una participación superior al 10% de capital en empresas o sociedades contratistas con la Administración.

4. La exclusión de las uniones temporales de empresa de poder concurrir al contrato del mantenimiento del alumbrado no parece ajustada a derecho puesto que se trataría de una prohibición para ser contratista no contemplada expresamente en el artículo 60 del TRLCSP y que, discrecionalmente, ha sido decidida por el órgano de contratación, careciendo de fundamento legal para ello. Para esta materia, existe el principio de reserva de ley y, por tanto, no puede el órgano administrativo recoger ninguna nueva causa de prohibición para ser contratista.

Su establecimiento vulneraría el principio de igualdad y no discriminación aplicable a la contratación pública.

5. En cuanto a la actuación de la mesa de contratación respecto a diversas empresas, distinguimos lo siguiente:

- A) Empresa que presentó un cheque como garantía provisional por lo que fue excluido por la mesa. El artículo 96 del TRLCSP contempla los medios de prestar la ga-

rantía y los artículos 55 y siguientes del RCAP los regula. Es cierto que el cheque no aparece en ninguno de sus preceptos, ahora bien, la jurisprudencia lo ha venido admitiendo siempre que se trate de un cheque conformado por la entidad bancaria porque el artículo 110 de la Ley 19/1985, de 16 julio, Cambiaria y del Cheque, establece que «la mención de conforme formulada por el banco en el cheque acredita tanto su autenticidad como la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador, pues el banco retendrá de su cuenta la cantidad necesaria para el pago del cheque hasta el vencimiento del plazo fijado para la conformidad». Por tanto, en una interpretación extensiva y garantista, ningún problema puede oponerse a esta forma de presentación de garantía, que tiene la misma efectividad y seguridad que cualquiera de las expresamente contempladas por la normativa.

- B) La mesa advirtió que un licitador incluyó en el sobre de la documentación administrativa la oferta económica, por lo que aquella la excluyó. La mesa obró con arreglo a derecho porque en ese sobre no debe hacerse referencia ninguna a la oferta económica.
- C) Otra empresa, en su oferta económica, puso cifras distintas en número y en letra. La mesa requirió la subsanación. No se trata de un defecto subsanable. Equivale a no realizar la concreción de la oferta económica exigida, pues no se sabe con certeza cuál es la voluntad del licitador y, por tanto, cuál es la oferta económica concreta. Con base en el artículo 84 del RCAP debió excluir esta oferta.
- D) Finalmente, otra oferta excedió del precio base de licitación, por ello, fue excluido por la mesa. Obró con arreglo a derecho porque el artículo 84 antes citado señala que, si accede a la oferta del presupuesto base de licitación, la misma será desechada mediante resolución motivada.

6. Respecto al procedimiento más adecuado para la contratación de la empresa de seguridad, teniendo en cuenta el objeto del contrato, pudiera ser el procedimiento negociado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 170 f) del TRLCSP, «cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado». El órgano competente de la entidad local puede hacer esta declaración, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del TRLCSP. El procedimiento para esta forma de adjudicación se encuentra regulado en los artículos 169 y siguientes del TRLCSP.

Si no se hubiere producido esa declaración, habría que analizar si, por razón de la cuantía o de cualquier otra circunstancia, el contrato pudiera ser encuadrado en el artículo 170 para acudir al procedimiento negociado con o sin publicidad.

Por otra parte, sería posible realizar el contrato sin publicidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 177.1 del TRLCSP, si se hizo la declaración de secreto o reservado.

7. Respecto a la negativa del órgano de contratación a pagar al contratista el 50% del precio del contrato, alegando que, como consecuencia de una huelga que mantuvieron los trabajadores de su empresa, solo tuvo que abonar el 50% de los salarios, que fue el servicio mínimo fijado por el propio ayuntamiento, es cierto que no parece poderse consentir que se produzca un enriquecimiento ilícito del contratista puesto que durante la huelga se ahorró esa cantidad de dinero. Sin embargo,

creemos que el ayuntamiento no fue ajeno a esta situación. En primer lugar, porque, según consta en el relato de hechos, la culpa de esta huelga fue que ante el impago al contratista de lo que debía de pagar esta no pudo hacer frente a las nóminas de sus trabajadores; y, en segundo lugar, porque el órgano de contratación, tan pronto tuvo conocimiento de que se iba a producir esa huelga con los efectos económicos ya sabidos, debió poner en marcha una modificación del contrato celebrado, bien por estar previsto en los pliegos, o bien, si no estaba previsto, acudiendo al artículo 107.1 del TRLCSP. El citado precepto contempla en el apartado c) el caso fortuito o la fuerza mayor como causa justificativa de la modificación de los contratos. Por tanto, debió seguir el procedimiento previsto en el artículo 108 y notificar al contratista la modificación que se había realizado. No parece de recibo que, sin ninguna actuación previa, siendo culpable de la situación que se había producido y existiendo un remedio legal para adecuar el contrato a la circunstancia y efectos producidos, por su exclusiva culpa no lo hizo, por lo que alegar, de forma repentina, y sin aviso previo al contratista, que no iba a pagarle ese 50% parece una actuación no ajustada a derecho.

Por su parte, al amparo de los artículos 216 y 217 del TRLCSP, el contratista, ante este retraso en el pago del precio del contrato por parte de la Administración, podrá, previos los trámites que en dichos preceptos establecen, acudir a la vía contencioso-administrativa interponiendo un recurso contra la inactividad de la Administración para lograr el cobro efectivo de la cantidad adeudada.

8. En relación con la posible subcontratación en el contrato de servicios consistente en el mantenimiento del alumbrado, el hecho de no venir previsto en el pliego no es obstáculo legal alguno para poderse llevar a cabo, si concurren los requisitos exigidos en el artículo 227 del TRLCSP. Si la Administración no quiere admitir la subcontratación, debe recogerlo expresamente, por lo tanto, si nada dice, es posible la misma. Así se deduce del referido artículo 227.1.

Por otra parte, no parece, por razón del objeto, que el contrato haya de ser ejecutado exclusivamente por el adjudicatario debido a que se hayan tenido en cuenta las circunstancias personales de este.

Se exigirá la comunicación anticipada al órgano de contratación por escrito y que el porcentaje no exceda del previsto en los pliegos o del 60% del precio si nada se hubiera dicho al respecto.

9. Respecto a la modificación del contrato exigida por este contratista como consecuencia de que han aumentado los puntos de luz a mantener en 12.000 más, sin que nada estuviera previsto en el contrato celebrado, debemos señalar que es legítima su pretensión y que se ha producido un desajuste en el equilibrio económico financiero del contrato.

Como nada estaba previsto al respecto en los pliegos, se debe aplicar el artículo 107 del TRLCSP. En concreto, en el apartado c), como una posible causa de modificación del contrato, se dice literalmente: «Ajustar la prestación a especificaciones urbanísticas surgidas con posterioridad al contrato».

El hecho de que la ciudad o el barrio se ha ampliado, como consecuencia de nuevas construcciones realizadas al amparo de la legislación urbanística, puede ser una circunstancia perfectamente subsumible en el supuesto indicado, por lo que procedería a poner en marcha el procedimiento para la efectiva modificación del contrato y adecuación del precio a las nuevas necesidades surgidas que no fueron tenidas en cuenta en el momento de celebración de aquel.

10. Finalmente, en lo que se refiere a la declaración del concurso de la empresa de seguridad, es causa de resolución del contrato conforme al artículo 223 b) del TRLCSP. Procediendo, por tanto, a poner en marcha el procedimiento de resolución previsto en el artículo 211, con audiencia del contratista.

Ahora bien, en virtud del artículo 224.5 del TRLCSP, mientras no se abra la fase de liquidación la Administración potestativamente puede continuar el contrato si la contratista presta garantías suficientes, a juicio de aquella, para su ejecución.

SEGUNDA

A) CONVOCATORIA DE PLENO EXTRAORDINARIO A SOLICITUD DE CONCEJALES QUE EL DÍA DE LA SESIÓN RETIRAN LOS ASUNTOS SOLICITADOS Y SE AUSENTAN DEL PLENO

El desistimiento y la renuncia se regulan de forma conjunta en los artículos 90 y 91 de la Ley 30/1992, LRJPAC. Según el artículo 90, «todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por ordenamiento jurídico renunciar a sus derechos si el escrito de iniciación se hubiere formulado por dos o más interesados, el desistimiento la renuncia solo afectará aquellos que la hubieren formulado». El artículo 91, relativo a medios y efectos, dice que tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia; indicando a continuación que la Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento, salvo que, habiéndose personado terceros interesados, instasen estos su continuación, en el plazo de 10 días desde que fueron notificados del desistimiento. Señala, también, que, si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entraña interés general o fuera conveniente sustanciarla, para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento, la renuncia del interesado, y seguir el procedimiento.

Para concretar la aplicación de aquellos derechos, incluidos en los preceptos expuestos, hemos de referirnos al artículo 6.2 y 3 del Código Civil; norma aplicable a todas las ramas del derecho, cuyo texto dice: «La exclusión voluntaria de la Ley aplicable, y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, solo serán válidas cuando no contraríen el interés general o el orden público ni perjudiquen a terceros. Los actos contrarios a las normas imperativas... son nulos de pleno derecho».

Dado que no nos encontramos, en nuestro caso, ante un acto contrario al interés general, ni se perjudica a terceros, parece perfectamente válido que los concejales que solicitaron tratar los asuntos en una sesión plenaria desistan de ellos.

En este sentido, el artículo 92.1 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, establece que: «Cualquier concejal podrá pedir, durante el debate, la retirada de algún expediente incluido en el orden del día, al efecto de que se incorporen al mismo documentos e informes, y también que el expediente quede sobre la mesa aplazándose su discusión para la siguiente sesión».

Por tanto, si la legislación admite esta posibilidad, con más razón se deberá levantar la sesión sin debatir y votar unos asuntos propuestos por unos concejales que desisten o renuncian y se ausentan de la misma, a continuación.

B) ANULACIÓN JUDICIAL DE LAS BASES DE EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO EN LO QUE SE REFIERE A LAS ASIGNACIONES DE LOS GRUPOS MUNICIPALES HECHAS YA EFECTIVAS

En principio, los actos firmes dictados en virtud de una disposición de carácter general (las bases de ejecución tienen tal carácter) no se anulan por anularse la disposición de carácter general. En este sentido, deben tenerse en cuenta los siguientes preceptos de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA):

- El artículo 71.1 a), que establece que, cuando la sentencia estimase el recurso contencioso administrativo, declarará no ser conformes a derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.
- El artículo 72.2, que señala que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.
- El artículo 73, al establecer que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

El criterio que incorpora el artículo 73 no era desconocido en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 disponía que «la estimación de un recurso administrativo interpuesto contra una disposición general implicará la derogación o reforma de dicha disposición sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma». De esta manera, razones de seguridad jurídica y de garantía de las relaciones establecidas diluían las diferencias teóricas existentes entre la derogación y la declaración de nulidad; ya que, en puridad de principios, mientras aquella tiene efectos *ex nunc*, es decir, a partir del momento en que se produce, la nulidad los tiene *ex tunc*, retrotrayendo sus efectos al momento en que se dictó la disposición general declarada nula, y entendiéndose que tal disposición no ha sido dictada. No obstante, debía tenerse en cuenta que los actos dictados al amparo de una disposición que se declaraba nula y que todavía no fuesen firmes, por no haber transcurrido los plazos de impugnación o por estar pendientes de resolución los recursos eventualmente interpuestos contra los mismos, no quedaban cubiertos por las garantías del citado artículo 120, que se refería solo a los actos firmes.

En definitiva, la estimación de un recurso contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados a su amparo. Por tanto, la conclusión, en el caso que analizamos, es que no afectaría a los actos firmes dictados al amparo de las bases de ejecución, porque los efectos se producen *ex nunc*, por lo que no procedería solicitar el reintegro de los importes satisfechos en virtud de estas bases de ejecución del presupuesto.

C) LESIONES SUFRIDAS POR UN VECINO AL CAERSE EN LA VÍA PÚBLICA COMO CONSECUENCIA DE UN RESBALÓN POR UN EXCREMENTO DE PERRO. EL SERVICIO DE LIMPIEZA SE PRESTA POR UNA SOCIEDAD MERCANTIL DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE LOCAL

La particularidad que presenta el caso es que el servicio de limpieza viaria es gestionado directa y expresamente por una sociedad mercantil de capital totalmente local.

Sobre ese supuesto, parte de la doctrina más autorizada mantiene que la responsabilidad habrá de exigirse ante los tribunales civiles por la sociedad mercantil de capital local, al gestionar la actividad del objeto para la que ha sido constituida; dará lugar a relaciones jurídicas propias del derecho común, por lo que es lógico que, en principio, el conocimiento de los litigios a que la misma diese lugar correspondiese a la jurisdicción civil.

La jurisprudencia lejana en el tiempo, por ejemplo, Sentencia de 15 marzo 1973, tuvo en cuenta la naturaleza pública de una sociedad privada municipal para aceptar la competencia de los tribunales contencioso-administrativos. Otra, de 28 mayo 1984, considera que, si bien existe una sociedad mercantil gestora del servicio municipal de aguas, la utilización de una técnica instrumental del derecho privado que en realidad pertenece a la Administración ofrece la circunstancia suficiente para no considerar tercero extraño al ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, consecuentemente, bastante para llegar a la conclusión de que la reclamación hecha al municipio vale para la sociedad como órgano integrante de este.

Más recientemente, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 mayo 2005, en el caso de una reclamación por responsabilidad patrimonial por daños, tanto al ayuntamiento de la capital como a la Empresa Municipal de Transportes, SA, de capital íntegramente municipal, ha mantenido:

- Que si se imputa responsabilidad a la empresa municipal, la sala de lo contencioso-administrativo carece de jurisdicción a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la LJCA, puesto que no se trata de una Administración pública sujeta al derecho administrativo, ya que es una sociedad mercantil sometida al derecho privado, por más que su accionista único sea el ayuntamiento.
- Que la empresa municipal no es Administración pública, sino sociedad privada municipal y estas empresas, según establece el artículo 2 de la Ley 30/1992, no están

sujetas a esta ley, sino a las normas del derecho mercantil, no siendo por tanto aplicables los artículos 139, 142 y 143 de la misma.

- Que acoge el criterio de la STS de 13 septiembre 2002, según el cual la prestación del servicio público no implica que el sistema vigente de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos que puedan producirse, con independencia del actuar administrativo, pues transformaría aquel sistema en un sistema providencialista.

Al contratar el ayuntamiento con una entidad con personalidad jurídica propia como gestor –en el caso que nos ocupa de los servicios de limpieza viaria– distinta del Ayuntamiento, este no debe participar en dicha gestión; por lo que carece de legitimación pasiva para soportar la pretensión de los reclamantes.

Por otro lado, la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece en el artículo 85 ter que las sociedades mercantiles se rigen por el derecho privado, excepto en ciertas materias, entre las cuales no se encuentra la de la responsabilidad por sus actuaciones.

En resumen, la competencia para tramitar el resolver de la reclamación en cuestión correspondería a la sociedad mercantil de limpieza. Por ello, el ayuntamiento puede declarar la inadmisión de las reclamaciones presentadas, con base en lo dispuesto en los artículos 2, 139, 142 y 143 de la LRJPAC, derivando al reclamante a la vía jurisdiccional civil.

D) ADJUDICACIÓN DE LOS PUESTOS DE UN MERCADO MUNICIPAL

La entidad local titular de un bien demanial puede reservarse este para su uso privativo (reserva) o para la prestación de servicios públicos y gestión directa (art. 85 de la Ley 7/1985). Cuando los administrados utilizan el dominio público para la prestación de servicios públicos locales a través de un modo de gestión directa o indirecta, son las normas reguladoras del servicio las que rigen el uso de los bienes (art. 74.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 junio). El reglamento es, en consecuencia, el punto de partida del régimen del mercado como servicio público municipal. La STS de 3 de mayo de 2004 considera, por ello, de preferente aplicación la normativa del servicio municipal de mercado respecto de las normas del Reglamento de Bienes.

Una acepción de mercado es la que se refiere a la organización o servicios del mismo que pone a disposición de los comerciantes no solo el lugar de celebración de las transacciones, sino, además, los medios adecuados para cumplir su fin. Cuando la legislación alude a los servicios locales del mercado está haciendo referencia a esta acepción (organización localizada puesta al servicio de los abastecedores) y no a la actividad empresarial, por el ente local de suministro de productos alimentarios. Así lo pone de relieve la STS de 19 julio 1970.

De ahí que el empresario que ocupa un puesto en el mercado debe proveerse, por una parte, de licencia municipal para el ejercicio de su actividad en el mercado y, de otra, de un derecho de

ocupación de local. Derecho de ocupación que se caracteriza unas veces como concesión y otras como contrato de arrendamiento.

En cuanto a los puestos fijos del mercado (locales comerciales) parece que es determinante la regulación contenida en el reglamento del servicio o en la ordenanza correspondiente. Existiendo base para adoptar por una u otra postura (concesión o arrendamiento).

Sin el reglamento se opta por considerar la ocupación como arrendamiento, su régimen será el de arrendamiento o cesión de uso de los bienes patrimoniales regulados en el artículo 92 RB y 107.1 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto básico que establece como regla general para su adjudicación del concurso.

Si en el reglamento del servicio se opta por considerar la ocupación de los puestos fijos o locales comerciales del mercado como concesiones, deberá aplicarse, para su adjudicación, la normativa del RB (Reglamento de Bienes de Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986), referente a las concesiones demaniales (uso privativo); debiendo tener en cuenta el artículo 93 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), un precepto básico que determina que las concesiones sobre bienes de dominio público se efectuarán en régimen de concurrencia. No obstante, podrán ser otorgados directamente en los supuestos previstos en el artículo 137.4 LPAP, cuando se den circunstancias excepcionales debidamente justificadas o en otros supuestos establecidos en las leyes. Salvo en estos casos, la concesión deberá llevarse a cabo mediante procedimiento concurrencial (arts. 87 y 88 RB).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 2, 90, 91, 102, 103, 139, 142 y 143.
- Real Decreto Legislativo 3/2011 (TR Ley de Contratos del Sector Público), arts. 8, 10, 13, 34, 60, 65, 96, 107, 108, 170, 177, 216, 217, 223, 224, 275, 277 y 278.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), art. 178.
- Ley 13/1998 (LJCA), arts. 71, 72 y 73.
- Ley 33/2003 (LPAP), art. 107.
- Código Civil art. 6.
- Ley 7/1985 (LRBRL), art. 85.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgt. Organización y Funcionamiento de las Administraciones Locales), art. 92.
- Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1970, 15 de marzo de 1973, 28 de mayo de 1984, 13 de septiembre de 2002 y 3 de mayo de 2004.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2005.