

Informe 65/07, de 29 de enero de 2009. «Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión».

Clasificaciones de los informes: 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Puente Genil (Córdoba) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

«Por la presente me dirijo a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa como Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Puente Genil (Córdoba) para solicitar consulta en el marco del procedimiento administrativo de contratación que se relata:

La Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 231, de 23 de noviembre de 2007) establece en su artículo 15. 1: "El Servicio de Ayuda a Domicilio es de titularidad pública y su organización es competencia de las Corporaciones Locales de Andalucía, que podrán gestionarlo de forma directa o indirecta".

Este Ayuntamiento tiene la competencia sobre dicho servicio, que gestiona directamente a través de su Organismo Autónomo INSTITUTO MUNICIPAL DE SERVICIOS COMUNITARIOS (IMSC), organismo en el que se encuentra incluido los Servicios Sociales Municipales.

Por otra parte, la prestación profesional del servicio la realiza la SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DE PUENTE GENIL, S.L. (SODEPO, S.L.), empresa municipal cuyo capital pertenece íntegra y exclusivamente al Excmo. Ayuntamiento de Puente Genil.

Próximamente, finaliza el contrato administrativo de prestación profesional del servicio a través de auxiliares de ayuda a domicilio, celebrado entre este Organismo Autónomo (IMSC) y la Empresa Municipal (SODEPO, S. L).

En consideración a lo anteriormente expuesto, por medio del presente escrito se solicita INFORME sobre los siguientes extremos:

1. Este organismo autónomo (IMSC) que gestiona el Servicio de Ayuda a Domicilio podría realizar una encomienda de gestión a la Sociedad para el Desarrollo de Puente Genil, S.L, para encargarle la prestación profesional del servicio de ayuda a domicilio.

2. En caso contrario, conocer cuál sería el instrumento por el que se tendría que formalizar esta prestación profesional del servicio entre organismo autónomo y empresa municipal».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión sobre la que desea conocer el Alcalde de Puente Genil el criterio de esta Junta se refiere a la posible consideración como medio propio de un organismo autónomo del Ayuntamiento de una sociedad municipal cuyo capital pertenece íntegramente al Ayuntamiento y, en caso de que no serlo cual sería el instrumento para que tal sociedad municipal preste al citado organismo autónomo el servicio de ayuda a domicilio.

Aunque la consulta se realiza durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el momento en que es examinada por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser analizada en base a la norma vigente y que permite apreciar la solución que se alcanza habida cuenta que, salvo detalles concretos que no cambian la conclusión que se expone, las normas y consideraciones sobre su aplicación son coincidentes.

2. La Ley de Contratos del Sector Público regula la cuestión en el artículo 4.1, letra n), sobre exclusión de la Ley de los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación y el artículo 24.6 cuando señala que los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública, especificándose en el mismo apartado el régimen para su aplicación.

3. Diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han versado sobre la cuestión, entre otras, las sentencias Teckal de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-

107/98 que fija por primera vez la doctrina sobre el uso de medios propios, la sentencia Parking Brixen de 13 de octubre de 2005 en el asunto C-458/03, la sentencia Carbotermo Spa de 11 de mayo de 2006 en el asunto C 340/04, y la sentencia TRAGSA de 19 de abril de 2007 en el asunto C-295/05. También esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha expresado su opinión sobre aspectos relacionados con la cuestión planteada, así el informe 15/07, de 26 de marzo de 2007 y el informe 21/08, de 28 de julio de 2008.

4. La condición de medio propio se encuentra regulada en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público, habiendo expresado su criterio respecto de su aplicación la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su Instrucción 2/2005, de 21 julio de 2005, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal, si bien referida a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que regulaba tal aspecto en el artículo 3.1, letra l), y que constituye el precedente de la norma actual.

El artículo 24.6 de la Ley dispone que podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de los denominados poderes adjudicadores (art. 3.3) los entes, organismos y entidades del sector público para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando tales poderes adjudicadores ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios y si trata de sociedades, supuesto que se plantea, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

La Ley señala que en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan y añade que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan tales requisitos deberá reconocerse expresamente por la norma que la cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen ésta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

Tal configuración del concepto medio propio, revela una característica principal, como es que el poder adjudicador, en la relación de control que ejerce, y el medio propio actúan en una relación que no es contractual sino de instrucciones unilaterales de ejecución cursadas por el poder adjudicador que el medio propio ha de ejecutar.

Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda.

5. En los datos aportados por el Alcalde de Puente Genil se aprecian las siguientes circunstancias. Por una parte que el Ayuntamiento ha creado un organismo autónomo denominado INSTITUTO MUNICIPAL DE SERVICIOS COMUNITARIOS (IMSC) creado conforme a la previsión establecida en el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases de Régimen Local, organismo en el que se encuentra incluido el desarrollo y la prestación de los servicios sociales municipales, por lo que reúne la condición de poder adjudicador.

Por otra parte el Ayuntamiento ha creado una sociedad mercantil cuyo capital pertenece exclusivamente al mismo Ayuntamiento denominada SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DE PUENTE GENIL, S.L. (SODEPO, S.L.) que ha venido desarrollando el servicio de ayuda a domicilio en virtud de un contrato formalizado con el citado organismo autónomo, desconociéndose el procedimiento de adjudicación aplicado al no citarse en el escrito recibido. Se desconoce, porque no lo expresa el Alcalde de Puente Genil, si en los estatutos sociales de SODEPO o en la norma que la crea se ha precisado si la misma tiene la condición de medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento, que es el titular de su capital y quien ejerce el debido control de la misma y para quien debe realizar la parte esencial de su actividad conforme a lo establecido en el artículo 24.6, último párrafo, de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así, podrá admitirse que a priori SODEPO puede ser considerado medio propio de IMSC, pero deberá precisarse si en los estatutos sociales de aquella se expresa que tiene la condición de medio propio de IMSC así como cual será el régimen de las encomiendas que ha de ejecutar.

6. Continuando con la segunda parte de la consulta recibida, habrá que considerar cuál sería el instrumento por el que se tendría que formalizar esta prestación profesional del servicio entre organismo autónomo y empresa municipal. Tal instrumento ha de ser una encomienda de gestión en la que se concrete la prestación que ha de ejecutar determinando los honorarios o tarifas en virtud de los cuales se remunerará la prestación, con la advertencia de que si SODEPO precisa concertar contratos para su desarrollo estos se han de adjudicar por la sociedad cumpliendo lo establecido al efecto en la Ley.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera:

1. Que la SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DE PUENTE GENIL, S.L, si se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público puede ser considerado medio propio del Ayuntamiento de Puente Genil y del Organismo autónomo INSTITUTO MUNICIPAL DE SERVICIOS COMUNITARIOS.

2. Que si el Ayuntamiento o el INSTITUTO MUNICIPAL DE SERVICIOS COMUNITARIOS desean encomendar a la SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DE PUENTE GENIL, S.L., el desarrollo de la prestación de un servicio debe cursar una encomienda de gestión en la que se concrete la prestación que ha de ejecutar determinando los honorarios o tarifas en virtud de los cuales se remunerará la prestación.