

INFORME 5/2018 DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018, SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO ENTRE UN AYUNTAMIENTO Y UNA FUNDACIÓN PÚBLICA.

I – ANTECEDENTES

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Bujalance solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“El Ayuntamiento de Bujalance (Córdoba) se plantea dudas respecto de la contratación del servicio de Ayuda a Domicilio que actualmente viene prestando la “Fundación Hospital San Juan de Dios”. Dicha Fundación privada tiene carácter benéfico asistencial, sin ánimo de lucro ni vocación de mercado.

Se trata de una Fundación que, en origen, se constituyó con la pretensión de acoger a los ancianos necesitados de la población y con un patrimonio parcialmente proveniente de una donación condicionada (el inmueble que alberga la residencia de ancianos) y, en parte, con la cesión municipal gratuita de un inmueble (actual Centro de Día). Dicha Fundación se financia a través de concierto con la Junta de Andalucía y, fundamentalmente, a través de un Convenio suscrito con el Ayuntamiento, en cuya virtud se efectúa una aportación económica a cambio de prestación de determinados servicios.

El Patronato de la Fundación está constituido, conforme a sus Estatutos, por los trece concejales que en cada momento conforman la Corporación Municipal, ostentando la Presidencia del mismo la persona que en cada legislatura ostenta la Presidencia de la Corporación.

En el año 2010, el Ayuntamiento adjudicó a la Fundación el contrato para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio, dándose la circunstancia de que la representación de ambas entidades (Ayuntamiento y Fundación) concurría en una misma persona: Alcalde y Presidente del Patronato.

Recientemente el Juzgado de lo Social ha reconocido a todas las trabajadoras de la Fundación que prestan la Ayuda a Domicilio, la condición de trabajadoras fijas indefinidas.

De conformidad con lo establecido en el art. 3.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público la Fundación viene entendida como Fundación Pública por la concurrencia de los tres supuestos contemplados en la letra e) de dicho precepto, considerándose así que forma parte del Sector Público. Además debe ser considerada poder adjudicador (Artículo 3.3 de la Ley).

Ante la necesidad de nueva convocatoria de contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio, se plantean las siguientes cuestiones:

1- ¿Es posible concertar con la Fundación un Convenio para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio que quedase excluido del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo señalado en el artículo 6 de la misma?

2- ¿Puede ser considerada la Fundación medio propio del Ayuntamiento?

3- En el supuesto de que ello no fuese posible, ¿estaría habilitada la Fundación para presentarse como licitadora en una nueva contratación sin incurrir en causa de prohibición para contratar del artículo 71.1 g)?

4- ¿Hay alguna forma de que la Fundación continúe la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio?”.



II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

1. Plantea el Ayuntamiento de Bujalance como primera cuestión si *“¿Es posible concertar con la Fundación un Convenio para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio que quedase excluido del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo señalado en el artículo 6 de la misma?”*.

Cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante LCSP) *“Quedan excluidos del ámbito de la presente ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales (...)”*.

El artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público señala lo siguiente: *“Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.(...) Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”*.

Señala asimismo el art. 11.6 LCSP que *“queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”*.

Por su parte, la Disposición Adicional 49 LCSP indica que *“Lo establecido en esta ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”*.



El art. 61.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, confiere a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de servicios sociales. Al amparo de esta competencia estatutaria se aprobó la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (en adelante LSSA), que configura el sistema de servicios sociales como una red integrada de responsabilidad y control públicos de atención; a tales efectos, el artículo 24.2 establece que el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía estará integrado por el conjunto de servicios, recursos y prestaciones que se ofrecen desde la Consejería competente en materia de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía, desde las Entidades Locales y desde sus entes instrumentales respectivos.

Entre las prestaciones garantizadas del Catálogo de Prestaciones recogidos en el art. 42 LSSA se encuentra el servicio de ayuda a domicilio de los servicios sociales comunitarios, competencia que se establece como propia de los entes locales (art. 51 LSSA). En la Comunidad Autónoma de Andalucía el Servicio de Ayuda a Domicilio se encuentra regulado en la Orden de 15 de noviembre de 2007, estableciendo en su artículo 15 que *“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”*.

Establece el art. 100.1 de la LSSA que *“la Consejería competente podrá organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto social previsto en la Ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público”*, y en su apartado 3 señala que *“Las entidades locales, ayuntamientos y diputaciones provinciales, y sus entidades instrumentales, podrán encomendar la provisión de servicios de acuerdo con la normativa de régimen local y conforme a lo establecido en la presente ley”*.

El régimen de concierto social previsto en el art. 100.1 LSSA se ha visto desarrollado reglamentariamente por el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los Servicios Sociales. La figura del concierto social queda definida en el art. 1.2 del Decreto *“se entiende por concierto social el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos. Se configura como un contrato administrativo especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público”*.

Conviene reseñar que en el art. 108 LSSS se establece que *“Cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social previsto en la presente ley, se podrá recurrir a la gestión indirecta prevista en la legislación general de contratación del sector público”*.

Es decir, en la LSSA se da prioridad a la figura del concierto social y, cuando de forma motivada no resulte de aplicación, se podrá recurrir a la gestión indirecta prevista en la legislación de contratación del sector público.

La LSSA hace referencia a la figura del convenio en diferentes artículos pero cabe destacar que lo configura como algo excepcional. Así, el artículo 99 establece que *“Las entidades de iniciativa social podrán cooperar con las Administraciones Públicas de Andalucía en la provisión de prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, mediante cualquier instrumento de colaboración previsto en el ordenamiento jurídico, con sujeción a los objetivos señalados en la planificación general de la Junta de Andalucía y en los*



términos que se establezcan reglamentariamente”, el artículo 110 indica que “1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada en la materia de que se trate para la provisión de prestaciones del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales en aquellos supuestos que, por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación motivada del régimen de concierto social. 2. No obstante, serán de aplicación a dichos convenios las características y requisitos propios del régimen de concierto previsto en esta ley que no resulten incompatibles con su naturaleza”, y el artículo 111 señala que “Las Administraciones Públicas podrán establecer con entidades de iniciativa social acuerdos de colaboración que recojan los conciertos, convenios o cualesquiera otras formas de colaboración que se suscriban”.

El art. 2 del Decreto 41/2018 establece que sus disposiciones se aplicarán a los conciertos sociales que la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, así como las entidades Locales y sus entes vinculados o dependientes, en el ámbito de sus competencias, formalicen con entidades prestadoras de servicios sociales de los previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.

Teniendo en cuenta que estamos ante la contratación del servicio de Ayuda a domicilio por parte del Ayuntamiento de Bujalance, cabe concluir que por su contenido no puede quedar al margen de la regulación contenida en la LCSP debiéndose acudir a la figura del concierto social prevista en el Decreto 41/2018, o en su caso, a otras formas de gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizándose, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia. No obstante, podría llevarse igualmente a cabo mediante una gestión directa por parte de la entidad local a través de un encargo de ejecución a un medio propio si se diesen las circunstancias para ello, tal y como se analiza a continuación, en respuesta a la segunda de las preguntas planteadas.

2.- En relación a si “¿Puede ser considerada la Fundación medio propio del Ayuntamiento?”, para que pudiera considerarse la “Fundación Hospital San Juan de Dios” medio propio del Ayuntamiento de Bujalance deberían cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 32.2. LCSP que regula los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, es decir:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de lo mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

b) Que más del 80% de las actividades del entes destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.



d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio

2º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Por tanto, para que pudiera ser considerada la citada fundación como medio propio del Ayuntamiento deberían cumplirse los citados requisitos.

3.- Como tercera cuestión plantea el Ayuntamiento si *“En el supuesto de que ello no fuese posible, ¿estaría habilitada la Fundación para presentarse como licitadora en una nueva contratación sin incurrir en causa de prohibición para contratar del artículo 71.1 g)?”*. Entiende este órgano consultivo que si no concurriesen las circunstancias necesarias para llevar a término un encargo de ejecución a medio propio de la entidad local (art. 32 LCSP) ante la nueva licitación de la contratación del servicio de ayuda a domicilio y teniendo en cuenta que *“El Patronato de la Fundación está constituido, conforme a sus Estatutos, por los trece concejales que en cada momento conforman la Corporación Municipal, ostentando la Presidencia del mismo la persona que en cada legislatura ostenta la Presidencia de la Corporación”*, y que el art. 71.1.g LCSP establece como una de las prohibiciones para contratar el *“estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma”* debe traerse a colación el Informe 20/96 de 30 de mayo de 1996 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

En el mismo, hace referencia a su vez a informes anteriores a ese emitidos por el mismo órgano ante supuestos de hecho muy similares así, en el Informe de 16 de febrero de 1994 (expediente 3/94) se planteaba la cuestión de si existía incompatibilidad para celebrar contratos entre un Ayuntamiento y una Caja de Ahorros de cuyo Consejo de Administración e, incluso de la Asamblea General, formase parte por razón de su cargo, un miembro de la Corporación municipal incluida en la zona de actuación de la Caja. El Informe de 16 de febrero de 1994 concluye que *“el dato negativo de la inexistencia de norma impeditiva y el dato positivo de preceptos y criterios que contempla la situación en sentido permisivo permiten afirmar que la circunstancia de que formen parte de las Asambleas Generales y Consejos de Administración de Cajas de Ahorro representantes de un Ayuntamiento no impiden la celebración de contratos entre ambos por causa de incompatibilidad, teniendo en cuenta que tal representación está prevista en los artículos 44 y 52 de la Ley 1/1991, de 4 enero, de las Cajas de Ahorros, aprobada por las Cortes de Aragón”*.

Como argumentos que apoyan esa conclusión señalar que la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, aplicable al personal al servicio de las Corporaciones locales y de los Organismos de ellas dependientes, según lo dispuesto en



el artículo 1.c) de la Ley, prevé en su artículo 8º que el personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley pueda pertenecer, en representación del sector público, a Consejos de Administración u órganos de gobierno de entidades o Empresas públicas o privadas con una serie de limitaciones referidas a la percepción de dietas y no pertenencia a más de dos Consejos de Administración u órganos de gobierno, salvo excepciones, pero sin que de las mismas derive la prohibición de contratar entre esas entidades y la Administración Pública de la que forme parte ese personal.

Añade como otro argumento más, *“en el mismo sentido, aunque no resulte directamente aplicable a la Administración local, pero por ser revelador de un criterio general en materia de incompatibilidades, debe citarse el artículo sexto de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos que, en sus apartados 1.a) y 1.b) prevé que los titulares de los mismos puedan ostentar aquellos cargos que les correspondan con carácter institucional o para los que fueren designados por su propia condición y que representen a la Administración en los órganos colegiados directivos o Consejo de Administración de organismos o empresas con capital público, sin que tampoco las limitaciones que el propio artículo establece, análogas a las fijadas para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, puedan tener influencia en la resolución de la cuestión planteada”*.

En esa misma línea argumental el Informe de 16 de febrero de 1994 hacia referencia, a su vez, al Informe de 20 de junio de 1985 (Expediente 3/1985), emitido por el mismo órgano consultivo en el que se concluía que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Estado, la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de altos cargos y la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, no constituye causa de incapacidad para contratar con la Administración del Estado y sus organismos autónomos la circunstancia de que formen parte del Consejo de Administración o del personal de plantilla de una sociedad de capital público, personal al servicio de las Administraciones Públicas, sean o no titulares de altos cargos.

En base a esos argumentos, el Informe 20/96 de 30 de mayo de 1996 concluía lo siguiente *“que no concurre causa de prohibición de contratar por incompatibilidad entre un Ayuntamiento y una caja de Ahorros por la circunstancia de que un miembro corporativo de aquel, por su condición de tal, forme parte del Consejo de Administración de la última”*.

Hay que señalar que la referencia que realiza el Informe de 16 de febrero de 1994 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, artículo 6, apartados 1.a) y 1.b) conserva plena validez aunque debe ser sustituida por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado en cuyo artículo 13.2.a) se establece que *“el ejercicio de las funciones de un alto cargo será compatible con las siguientes actividades públicas: 1ª el desempeño de los cargos que les correspondan con carácter institucional, de aquellos para los que sean comisionados por el Gobierno, o de los que fueran designados por su propia condición (...) 3ª así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de derecho Público”*.

Por tanto, en base a los argumentos expuestos cabe concluir que no se incurriría en causa de prohibición para contratar con la entidad local por parte de la Fundación si se presentase como



licitadora en el expediente de contratación por el hecho de formar parte del Patronato de la Fundación, conforme a sus Estatutos, y por su condición de tal, los concejales que en cada momento conformen la Corporación Municipal, y ostentando la Presidencia del mismo la persona que en cada legislatura ostenta la Presidencia de la Corporación.

4.- Respecto a la última cuestión *¿Hay alguna forma de que la Fundación continúe la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio?* conviene señalar que 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 establece en su artículo 15 que *“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. 2. En el caso de gestión indirecta las entidades o empresas prestadoras del servicio deberán cumplir los requisitos de acreditación previstos en el artículo 17 de esta Orden. Las funciones de coordinación, seguimiento, supervisión y evaluación global del servicio, así como el personal que las desarrolle, corresponderán a las Corporaciones Locales”*.

Por tanto, la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio por parte del Ayuntamiento deberá gestionarse de forma directa por parte del propio Ayuntamiento, en caso de contar con medios materiales y personales apropiados, o de forma indirecta, en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizando en todo caso los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia, correspondiendo en caso de gestión indirecta las funciones de coordinación, seguimiento, supervisión y evaluación del servicio a la propia Corporación Local o, por último, acudiendo a la figura del concierto social ya analizada.

III – CONCLUSIONES

1.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 LCSP un convenio no podrá quedar excluido del ámbito de aplicación de la LCSP si su contenido está comprendido en el de los contratos regulados en la misma.

2.- La consideración de medio propio personificado de una persona jurídica, de derecho público o de derecho privado respecto de una única entidad concreta del sector público vendrá determinada por el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que se establecen en el art. 32.2 LCSP.

3.- No incurriría la Fundación en causa de prohibición para contratar con la entidad local si decidiese presentarse como licitadora en el expediente de contratación por la circunstancia de formar parte del Patronato de la misma, conforme a sus Estatutos, los concejales que en cada momento conformen la Corporación Municipal por su condición de tal.

4.- La prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio por parte del Ayuntamiento deberá gestionarse a través de una de estas posibilidades: utilizando la figura del concierto social prevista en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los Servicios Sociales, instrumento que prioriza la Ley de Servicios Sociales de Andalucía en su artículo 108; acudiendo a otras formas de gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizándose, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y



transparencia.; podría gestionarse a través de un convenio únicamente si su objeto no fuera propio de un contrato; y, por último, podría llevarse igualmente a cabo mediante una gestión directa por parte de la entidad local a través de un encargo de ejecución a un medio propio si se diesen las circunstancias para ello.

Es todo cuanto se ha de informar.

