

**INFORME 5/2008. CONTRATOS DE GESTION INTEGRAL DE CENTROS DE REEDUCACION DE MENORES DE TITULARIDAD PÚBLICA. TIPO DE CONTRATO. POSIBILIDAD DE SUSCRIBIR CONVENIOS DE COLABORACIÓN. POSIBILIDAD DE CLASIFICACION DE ENTIDADES SIN FIN DE LUCRO.**

**ANTECEDENTES**

Con fecha 27 de junio de 2008, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, solicitud de informe por la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, con el siguiente tenor literal:

*“En base a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, pro el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana (DOGV núm. 3767 de 8 de junio) se le solicita informe en relación a los siguientes extremos:*

*La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas... dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley.*

*Esta competencia implica que a la Generalitat le corresponde ejecutar las medidas judiciales de internamiento acordadas por los Juzgados de Menores ubicados en la Comunidad Valenciana, en aplicación de la Ley 5/2000 de 12 de enero y la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia, entre las cuales se encuentra el internamiento en centro.*

*Para llevar a cabo las medidas judiciales establecidas en la Ley Orgánica 5/2000, es necesario disponer de los recursos precisos para los menores y jóvenes de la Comunidad Valenciana y, de forma concreta, la necesidad de centros que puedan acoger a menores con estas medidas, ofreciendo una intervención educativa adecuada a sus necesidades, al mismo tiempo que garantice su protección y seguridad.*

*La Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia, prevé la posibilidad de dotación de cuantos recursos se hagan necesarios para llevar a cabo el cumplimiento de las medidas judiciales que se impongan a menores infractores, pudiendo en el desarrollo de estos programas colaborar las instituciones sociales.*

*En este sentido, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, establece en su artículo 45.3, que ‘Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga, en ningún caso, la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución’.*

Por Decreto 122/2007, de 27 de julio del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, se asigna competencias sobre el menor infractor derivadas de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Hasta la fecha, la gestión de los Centros de reeducación de menores se ha llevado a cabo mediante expedientes de contratación bajo la modalidad de concesión por procedimiento restringido mediante concurso, contratos que tienen vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008, señalándose entre sus características las siguientes:

- Sólo podrán presentarse entidades sin ánimo de lucro.
- Se abona una tarifa por plaza/día y, en el caso de no estar ocupada el 95%, del coste.
- El ingreso se hará en ejecución de la resolución judicial dictada en cumplimiento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

Ante el vencimiento de los contratos que tienen por objeto el descrito anteriormente y dado que la Conselleria no dispone de medios suficientes para gestionar directamente los centros y, a la vista de la Directiva 18/2004, de 31 de marzo, define expresamente al contrato de concesión de servicios como aquel que presenta las mismas características que el contrato público de servicios con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un 'precio', estableciendo en su artículo 17 que dichos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, haciéndose eco de la jurisprudencia del TJCE.

Así, la Sentencia TJCE, de 10 de noviembre de 1998 (BFI HOLDING) descarta la calificación de concesión de servicios, visto que la remuneración percibida consistía únicamente en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho de explotar el servicio, señalando que, en virtud de este criterio, como primer requisito, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas y que, en este caso, el modo de remuneración del operador es como la consecución de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. El segundo requisito para que exista concesión de servicios es que la misma incida normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales.

El art. 251 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares.

A la vista de la jurisprudencia comunitaria, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se plantea las siguientes cuestiones:

1ª.- ¿Se puede suscribir convenios o acuerdos de colaboración con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas

*sin ánimo de lucro, para llevar a cabo la gestión de los centros de internamiento de menores, tal como se señala en el art. 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, o entra en contradicción con la nueva regulación de negocios y contratos excluidos del art. 4.1 en sus apartados c) y d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público?*

*2ª.- En el caso de que esta prestación esté sujeta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ¿Se considera estos casos concretos como contratos de gestión de servicios públicos o bien un contrato de servicios? ¿Cuál es el fundamento jurídico que lo determina?*

*3ª.- ¿Si se considera contrato de servicios al exigirse clasificación por razón de la cuantía y, sólo poder acceder entidades sin ánimo de lucro, se podrían eximir de este requisito a estas entidades de acuerdo con la LCSP?*

*Se adjunta:*

*- Pliego de cláusulas administrativas y técnicas que rigen uno de los contratos en vigor, relativo a la gestión del centro de reeducación de menores 'Els Reiets'.* “

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 49 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, de acuerdo con la redacción dada al mismo por el artículo 55 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 abril, establece que la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia de instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.

En relación con los centros de menores, la recientemente aprobada Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana (DOGV 10.7.2008), en su artículo 142, dispone:

*“1. Las medidas privativas de libertad, que son aquellas que implican un ingreso en centro, en régimen de internamiento abierto, semiabierto, cerrado y terapéutico, así como en régimen de fin de semana, tanto firmes como cautelares, serán ejecutadas en centros específicos denominados centros de reeducación o socioeducativos de menores.*

*2. Los centros de reeducación de menores podrán ser públicos o privados, si bien se procurará que sean de titularidad de la Generalitat, sin perjuicio de que su gestión pueda concertarse con otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.*

*3. Para el cumplimiento de estas medidas podrán también ser utilizados centros de la misma naturaleza de internamiento, ubicados en otras Comunidades Autónomas. A tal efecto, se formalizarán los correspondientes acuerdos de colaboración.”*

En consecuencia, visto el precepto anterior, es necesario advertir que la respuesta a esta consulta, dado que nada se dice en su formulación, parte de que las prestaciones objeto de los contratos sobre los que se solicita informe se ejecutan en centros de titularidad pública, y no de titularidad de las entidades sin fin de lucro.

### 1.- Posibilidad de suscribir convenios de colaboración

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03 condenó al reino de España *“al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido [de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)] y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas. Ello propició la modificación del TRLCAP por Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, por la que se modificó entre otros dicho precepto manteniendo la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de los convenios entre administraciones o entidades públicas, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior a los respectivos umbrales comunitarios.*

La actual Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) mantiene una redacción similar que excluye del ámbito de aplicación de la misma los convenios de colaboración con entidades públicas, *“salvo que por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”*, así como también los convenios de colaboración con entidades privadas, *“siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”*.

En estas circunstancias, el objeto del contrato y la existencia de precios o derechos de explotación, en su caso, percibidos por una sola de las partes (prestadora) y pagados por la otra (beneficiaria o receptora de la prestación) son decisivos para discernir ante la posibilidad de establecer convenios de colaboración. Si el objeto del convenio responde a una tipología de contrato público y a cambio de las prestaciones o bienes objeto del mismo se satisface un precio, o se concede el derecho a la explotación de tales bienes por el contratista, estaríamos ante un contrato sometido a la LCSP y, por tanto, la suscripción del convenio directamente con entidades públicas o privadas vulneraría los principios básicos de la contratación pública, a saber, libre concurrencia, publicidad e igualdad de trato y no discriminación.

Por otra parte, hay que indicar que los convenios de colaboración a que hace referencia la ley del Menor, en relación con los centros de reeducación de menores, si se efectúan con otras comunidades autónomas o con entidades locales que dispongan de centros de su titularidad, podríamos entender que se trataría de una puesta a disposición de la Generalitat de los citados centros y de una cooperación entre administraciones concurrentes a una misma finalidad desde sus respectivas competencias, corriendo por cuenta de la Generalitat los gastos de funcionamiento, entre otros, que pudieran originar la prestación de servicios competencia de ésta. En este caso, no se ve inconveniente alguno a estos efectos pero en el caso que nos ocupa se entiende que queda excluida la posibilidad de convenios con las entidades reseñadas, en primer lugar, por el objeto, y en segundo lugar por la contraprestación económica.

Si la Generalitat conviene con una de estas entidades el servicio socioeducativo al que alude el escrito de consulta, a cambio de un precio por menor atendido, o hasta el 95% del coste si no hay menores, la Generalitat está contratando y abonando un servicio de los definidos en la Directiva 18/2004/CE y, por tanto, deberá atenerse para ello a los principios de la contratación pública: publicidad, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, y proceder a su adjudicación de conformidad con las normas que regulan los contratos públicos de servicios. Únicamente en el caso de que la gestión se realizara con medios propios (entes instrumentales), podría la Generalitat acudir a los dispuesto en los artículos 4 y 24 de la LCSP.

## 2.- Calificación del contrato.

Respecto a esta cuestión hay que destacar el cambio operado en la LCSP, respecto del contrato de servicios, en la adaptación a nuestro derecho de la Directiva 18/2004/CE, de forma que a estos efectos son objeto de un contrato de servicios los trabajos o prestaciones relacionados en el Anexo II de la citada Ley. Dicha relación, que en el anterior Texto Refundido de la LCAP únicamente delimitaba las categorías de servicios o trabajos a efectos de determinar los que, en su caso, debían ser objeto de publicidad comunitaria, hoy en día constituye *nomen iuris* la tipología de contratos de servicios. Así, la categoría 25 alude a los servicios socio sanitarios que en la nomenclatura CPV más reciente comprende servicios como los siguientes:

- 85300000-2 Servicios de asistencia social y servicios conexos
- 85310000-5 Servicios de asistencia social
- 85311000-2 Servicios de asistencia social con alojamiento
- 85311200-4 Servicios de bienestar social proporcionados a minusválidos
- 85311300-5 Servicios de bienestar social proporcionados a niños y jóvenes
- 85312100-0 Servicios de centros de día
- 85312110-3 Servicios de cuidado diurno para niños
- 85312120-6 Servicios de cuidado diurno para niños y jóvenes discapacitados
- 85312300-2 Servicios de orientación y asesoramiento
- 85312310-5 Servicios de orientación
- 85312320-8 Servicios de asesoramiento
- 85312330-1 Servicios de planificación familiar
- 85312400-3 Servicios de bienestar social no prestados por instituciones residenciales
- 85312500-4 Servicios de rehabilitación
- 85312510-7 Servicios de rehabilitación profesional
- 85320000-8 Servicios sociales
- 85321000-5 Servicios sociales administrativos

De los pliegos remitidos por la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, lo que en ellos se determina como "gestión integral" la prestación de una serie de servicios de atención a menores y, además, los previsibles de alimentación, limpieza, mantenimiento del inmueble etc... Todo ello a cambio de un precio estimado global que comprende un pago por menor y día, supliendo las plazas no ocupadas con el 95% del importe que pagaría la administración por plaza ocupada.

Como bien señala la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, la inexistencia de riesgo por parte del contratista, derivada de la inexistencia de precios pagados directamente por los usuarios

y la retribución garantizada por la Administración, por tanto, sin entrañar las incertidumbres propias de la explotación a riesgo y ventura del adjudicatario, unido a la imposibilidad legal de ceder la responsabilidad de la ejecución de la prestación, dificultan la calificación de este contrato como "concesional" en términos de las Directiva 2004/18/CE o de gestión de servicios públicos de nuestra LCSP.

Efectivamente, para calificar un contrato como de gestión de servicios públicos, especialmente en la modalidad de concesión, no basta solamente la consideración de las prestaciones como "servicio público" de la competencia de la Generalitat y la voluntad de prestarlo en régimen de gestión indirecta. Han de darse unas características esenciales:

1ª.- La asunción del riesgo de la explotación del servicio. Lo que en los términos propuestos no se da. Tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. En virtud de este criterio, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. (**Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 12 de abril de 2000**).

2º.- La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad. Así la concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales. Para aclarar este punto traemos a colación la sentencia del tribunal de justicia de 26 de abril de 1994 en el Asunto C271/91, que debate si estamos ante un contrato público o una concesión de servicios ante la licitación como concesión del sistema de automatización del juego de la lotería, indica que *"la organización del juego de la lotería no se transfiere al concesionario, cuya tarea se limita a actividades de carácter técnico vinculadas con la puesta en práctica y la gestión del sistema de automatización. Esas actividades consisten, por una parte, en la prestación de servicios a la Administración pública y, por otra parte, en la entrega de determinados bienes a ésta.*

3º.- Otra nota interesante a destacar es el del sujeto destinatario del contrato. En efecto, las concesiones inciden de manera directa en el ciudadano que es el destinatario directo de la prestación. En el supuesto planteado en la consulta, si bien el destinatario final, evidentemente, es el menor, por cuanto que toda actuación de la Administración por principio tiene como destinatario el ciudadano, estamos ante el claro supuesto de una prestación de la administración en virtud de las competencias asumidas en materia del menor que, si no puede efectuarla plenamente con sus propios medios materiales o personales, acude a medios externos, pero el servicio se presta para dar cumplimiento a una resolución judicial o administrativa que incluso compromete u obliga al menor y a su familia y que no tiene nada que ver con la libre utilización por éstos de un servicio concesional por el que paga un precio público o tarifa.

Dicho lo anterior, no obstante, existe una dificultad añadida en la contratación de referencia por cuanto, de los pliegos remitidos, se deduce que el término *gestión integral* abarca otros conceptos no incluidos en la prestación socio-sanitaria y educativa, sino en servicios comunes como son el de limpieza, mantenimiento de edificio, vigilancia y similares. En este punto, no parece que tales servicios puedan reservarse a entidades sin fin de lucro, porque la Ley del Menor, cuando alude a la "gestión" de la prestación únicamente por entidades sin fin de lucro, evidentemente no puede descender a la totalidad de los servicios inherentes a los inmuebles que, a la sazón, son de titularidad de la Generalitat, ni de la titularidad de estas entidades, que es a lo que parece referirse la citada Ley.

A mayor abundamiento, algún tipo de estos servicios, como el de vigilancia, únicamente pueden ser prestados por empresas inscritas como tales en el Ministerio del Interior, lo cual supondría que necesariamente las entidades sin fines de lucro deberían subcontratar la prestación con empresas autorizadas.

Por todo ello, se recomienda licitar la prestación socio-sanitaria y educativa al menor con carácter independiente de aquellos servicios que implican una prestación general, tales como vigilancia, limpieza, mantenimiento de edificios y análogos. Puede efectuarse una única licitación con lotes distintos en función de la naturaleza de las prestaciones teniendo en cuenta los distintos grupos o categorías establecidos en la LCSP, si bien dejando bien clara la reserva de la titularidad y la responsabilidad que compete a la Administración y bajo la supervisión de ésta, de conformidad con lo establecido en el artículo 45,3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

### 3.- Clasificación de los servicios a prestar en los centros de menores. Clasificación de las entidades sin fin de lucro y su posible dispensa

El borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP, contempla en su Anexo II los grupos y subgrupos de servicios a efectos de clasificación. Así, en el Grupo S25, Servicios sociales y de salud, se encuentra entre otros el Subgrupo 06, que comprende los denominados "Servicios de asistencia y bienestar social" y que incluye desde la prestación general de los de su clase hasta los especializados en un colectivo o en un régimen, entre los que pueden incluirse en las prestaciones de las entidades sin fin de lucro para la reinserción del menor.

Evidentemente, el proyecto responde a la descripción y tipología de los servicios enumerados en el Anexo II de la LCSP. El propio borrador establece que, hasta un año después de su entrada en vigor, no se podrá solicitar clasificación en los procedimientos de contratación de aquellos servicios que con la normativa anterior no fuere exigible. Por tanto, si bien el contrato se calificará de servicios, no podrá en ningún caso solicitarse la clasificación para su prestación, por mor de la transitoriedad de la norma, tal como establece la disposición transitoria quinta de la LCSP. En cualquier caso, sí cabe apuntar que la clasificación de empresas contratistas de obras o de servicios no limita su acceso por la condición jurídica del titular, pudiendo éste ser una persona física o una persona jurídica que, en cualquiera de las formas previstas por la legislación, además de tener personalidad jurídica, goce de capacidad de obrar y acredite su solvencia económica y técnica o profesional. Por lo que las entidades sin fin de lucro, constituidas en alguna de las formas jurídicas correspondientes, podrán obtener la clasificación de empresa contratista de servicios, sin que en ningún caso, llegado el

momento, pueda dispensarse de tal requisito para licitar a contratos cuyo importe, IVA excluido, sea igual o superior a 120.000€.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- De conformidad con la Ley de contratos del Sector Público no podrán suscribirse convenios de colaboración, eludiendo así los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, cuando de la naturaleza de la contratación objeto de los mismos se desprende claramente que tiene todos los elementos constitutivos de un contrato de servicios.

SEGUNDA.- La contratación objeto del presente informe no reúne los requisitos necesarios para ser efectuada en la modalidad de concesión, al no existir el riesgo de la explotación inherente a este tipo de contratos cuando se contratan a entidades sin fin de lucro prestaciones de competencia de la Administración a cambio de un precio, en centros de titularidad de la misma y sin que, además, pueda trasladarse a estas entidades la responsabilidad sobre la organización o funcionamiento de los centros de reeducación de menores.

TERCERA.- En la contratación de servicios sociales comprendidos en la categoría 25 del Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, no podrá exigirse la clasificación previa de los contratistas hasta tanto no se apruebe el Real Decreto de desarrollo de la ley al que se refiere su disposición transitoria quinta, y a mayor abundamiento, ésta clasificación será exigible en los términos y al tiempo que la propia norma reglamentaria establezca.

CUARTA.- De conformidad con la Ley de contratos del Sector Público, las entidades sin fin de lucro, en cuanto gocen de personalidad jurídica y capacidad obrar de acuerdo con su norma sustantiva de creación, pueden ser sujetos de clasificación si así lo solicitan y acreditan su solvencia, conforme al actual Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que no cabe en ningún caso dispensa de la clasificación a tales entidades que no sea derivada de la no existencia en la actualidad de clasificación para los servicios de la categoría 25.

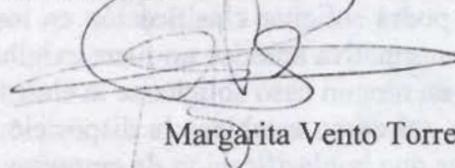
**El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.**

VºBºEL PRESIDENTE DE LA JUNTA  
(Por sustitución, art. 1.a) Orden de  
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



José Miguel Escrig Navarro  
VICEPRESIDENTE

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

*APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,  
en fecha 17 de noviembre de 2008.*