



INFORME 2/2010, DE 1 DE JUNIO, SOBRE CALIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS A SUSCRIBIR PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES ACORDADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

ANTECEDENTES

La Directora Gerente de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, solicita el siguiente informe de la Junta Consultiva:

En base a lo dispuesto en el artículo 38.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (BOCM de 11 de abril) se solicita informe en relación al siguiente extremo:

El artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, establece:

“1. La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. 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.

2. La ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia.

3. 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.”

La Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor fue creada mediante Ley 3/2004, de 10 de diciembre, como un

organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito a la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior mediante Decreto 38/2006, de 4 de mayo.

El artículo 3 del texto legal anteriormente citado establece, entre otras, las siguientes funciones de la Agencia:

- *Representación de la Comunidad de Madrid, como entidad pública de reforma de menores, en todos los actos derivados del ejercicio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, y de su Reglamento de desarrollo sin perjuicio de los dispuesto en la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en materia de representación y defensa en juicio.*
- *Ejecución de las medidas, privativas y no privativas de libertad, dictadas por los Jueces de Menores en las sentencias recaídas en los procedimientos de declaración de responsabilidad penal de los menores, cuyo cumplimiento compete a las Comunidades Autónomas.*
- *Ejecución de las medidas cautelares adoptadas por los Jueces de Menores en los procedimientos de declaración de responsabilidad penal de los menores cuyo cumplimiento compete a las Comunidades Autónomas.*
- *Aplicación de las medidas impuestas a los menores en los casos de suspensión de la ejecución del fallo, previstas en el artículo 40.2 c) de la Ley Orgánica 5/2000.*
- *Asegurar la disponibilidad de plazas suficientes y compatibles con los fines de reeducación y reinserción, para la atención de los menores sujetos a medidas en los centros dependientes de la Agencia.*
- *Promover la realización de las reparaciones extrajudiciales solicitadas por la Fiscalía de Menores, así como el desarrollo de las competencias de mediación entre víctima e infractor, dando cuenta a la Fiscalía de Menores.*
- *Garantizar, en coordinación con el Instituto del Menor y la Familia, los recursos residenciales apropiados para menores protegidos con medidas en medio abierto y salidas autorizadas en la ejecución de las medidas de internamiento.*

- *Desarrollo de políticas de reinserción social dirigidas a los menores infractores, tanto durante el desarrollo de las oportunas medidas judiciales como a la finalización de las mismas.*

La aplicación del artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000 implica que a la Comunidad de Madrid le corresponde ejecutar las medidas judiciales acordadas por los Juzgados de Menores ubicados en la propia Comunidad. Estas medidas, de acuerdo con el artículo 7 de la citada Ley Orgánica, son:

- 1. Internamiento en régimen cerrado.*
- 2. Internamiento en régimen semiabierto.*
- 3. Internamiento en régimen abierto.*
- 4. Internamiento terapéutico.*
- 5. Tratamiento ambulatorio.*
- 6. Asistencia a un centro de día.*
- 7. Permanencia de fin de semana.*
- 8. Libertad vigilada.*
- 9. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.*
- 10. Prestaciones en beneficio de la comunidad.*
- 11. Realización de tareas socio educativas.*
- 12. Amonestación.*

Ante la insuficiencia de los recursos públicos para cumplir con la obligación impuesta por el artículo 45 de la Ley Orgánica, esta Agencia ha venido utilizando la vía de la firma de convenios de colaboración con entidades sin ánimo de lucro. Estando próxima la finalización de su vigencia, este Organismo se ha planteado la alternativa de licitar los servicios objeto de los mismos siguiendo lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, solicitando informe a esa Junta Consultiva de Contratación sobre la naturaleza jurídica del contrato a licitar:

- *Contrato de gestión de servicio público, en régimen de concesión.*
- *Contrato de servicio.*

Se adjuntan borradores de pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que servirían de base a los contratos a licitar.

CONSIDERACIONES

1.- La Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor, tiene naturaleza de organismo autónomo administrativo, otorgada por el artículo 1 de la Ley 3/2004, de 10 de diciembre, por la que fue creado con personalidad jurídica propia y adscrito a la Consejería competente en materia de justicia. Dentro del sector público de la Comunidad de Madrid, a los efectos de la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), tiene la consideración de Administración Pública según determina el artículo 3.2 b) de la mencionada LCSP.

La Agencia en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 apartados b) y c) de su Ley de creación, asume de manera integral las funciones relativas a la ejecución de cuantas medidas sean necesarias para el cumplimiento de los aspectos y actuaciones recogidas en los procedimientos de declaración de responsabilidad penal de los menores, en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM), modificada por las Leyes Orgánicas 7/2000, de 22 de diciembre, 9/2000, de 22 de diciembre, y 8/2006, de 4 de diciembre, y en el Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores, aprobado por Real Decreto 1.774/2004, de 30 julio, de tal modo que asume toda la actividad administrativa en aplicación de la LORPM, impulsando, dirigiendo y coordinando todos los trabajos y acciones previstas al efecto por el Gobierno Regional. La Agencia para el desarrollo de sus funciones se ha dotado de un Reglamento de Régimen Interno.

2.- El artículo 45 de la LORPM, transcrito en la solicitud de informe, establece que la competencia administrativa para la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores corresponde a las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, mediante las entidades públicas que éstas designen, y dispone que 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 la Ley, concretando la competencia territorial, al determinar que corresponderá a la Comunidad Autónoma donde se ubique el Juzgado de Menores. Asimismo, prevé que las Comunidades Autónomas 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.

La LCSP en su artículo 4.1 d), excluye de su ámbito de aplicación los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado siempre que su objeto no esté comprendido en el de ningún contrato regulado en la Ley o en normas administrativas especiales.

La Agencia ha venido realizando sus funciones complementando su actuación con la suscripción de convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro, de conformidad con su normativa específica, planteándose la alternativa de suscribir contratos a la finalización de los convenios vigentes.

En primer lugar hay que señalar que analizada la normativa reguladora es legalmente posible e igualmente correcto que la Agencia para la ejecución de las medidas de internamiento de su competencia, relativas a la reeducación y reinserción de los menores infractores, recurra tanto a convenios en virtud de la LORPM como a contratos sujetos a la LCSP.

Se considera que la Agencia puede seguir suscribiendo los convenios o acuerdos de colaboración previstos en el artículo 45 de la LORPM y 8 de su Reglamento de desarrollo que considere necesarios, puesto que el mencionado artículo de la Ley Orgánica no debe entenderse derogado por la LCSP, en atención a la específica materia que regula, estimándose a estos efectos Ley especial, no incompatible con la actual regulación de la Ley de contratos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 del código civil.

Por una parte, parece que nada impide que la Agencia pueda realizar parte de su actividad a través de una persona natural o jurídica contratada a los efectos, de conformidad con lo dispuesto en la LCSP, puesto que la citada LORPM posibilita la suscripción de convenios o acuerdos de colaboración, pero no impone un determinado tipo de negocio jurídico; y por otra parte, al admitir expresamente la LORPM que la ejecución de las medidas impuestas por los jueces puedan realizarse por entidades públicas, o privadas sin ánimo de lucro, permite que la gestión no la realice directamente la Administración, manteniendo, eso sí en todo caso, la titularidad y responsabilidad derivada de la ejecución.

3.- Una vez determinado que de la LORPM no se deriva a priori la imposibilidad de que la ejecución de las medidas encomendadas a las Comunidades Autónomas puedan

llevarse a cabo en parte mediante contratación, queda la tarea de calificar en que tipo contractual de los regulados en la LCSP pueden encajar las actividades descritas en los borradores de pliegos de condiciones a licitar.

La Agencia plantea la cuestión de si la naturaleza jurídica del contrato a suscribir para la gestión integral de los centros que tiene adscritos para la reeducación y reinserción del menor infractor es la de un contrato de gestión de servicios públicos o la de un contrato de servicios.

Para calificar el contrato como gestión de servicios públicos es necesario analizar si reúne las condiciones que los artículos 8, 116, 251, 252 y 253 de la LCSP atribuyen a este tipo de contrato.

El artículo 8 lo define como aquel por el que 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 encomendada.

El artículo 116 establece que antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. En este sentido el artículo 67.4 a) del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, dispone que el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá contener el régimen jurídico básico que determina el carácter de servicio público, con expresión de los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos.

El artículo 251 de la LCSP, dispone que la Administración podrá gestionar indirectamente mediante contrato los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares, y añade que en ningún caso se podrán gestionar indirectamente los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a poderes públicos y que el contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión tanto en el orden funcional como en el territorial.

En cuanto a su régimen jurídico, el artículo 252 dispone que los efectos, cumplimiento y extinción se regirán por esta Ley, con exclusión de los artículos 196.2 a

7, 197, 203 y 205, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a ella.

La contratación de la gestión puede adoptar la modalidad de concesión prevista en el artículo 253 a) en la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

Analizando los pliegos aportados procede constatar lo siguiente:

a) La competencia, para la ejecución de medidas adoptadas por los órganos jurisdiccionales en los procedimientos de declaración de responsabilidad penal de los menores, ha sido asumida como propia por la Comunidad de Madrid, quedando atribuida específicamente al Organismo Autónomo Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, por Ley 3/2004, de 10 de diciembre, por la que fue creado.

Por tanto, la competencia administrativa y el régimen jurídico del servicio se encuentran determinados en la normativa citada en la consideración primera.

En numerosos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre los que cabe citar el 26/07 de 5 de julio, el 10/07 de 26 de marzo, el 43/03 de 17 de noviembre, y el 27/02 de 23 de octubre, califican como contratos de gestión distintos tipos de prestaciones reiterando en las consideraciones que los contratos pueden ser configurados como de gestión de servicios públicos, siempre que la Administración haya determinado con carácter previo el régimen jurídico básico propio del respectivo servicio y éste le venga impuesto con carácter de mínimo o haya sido asumido como tal servicio de conformidad con la Ley.

b) En cuanto al requisito del artículo 251.1 de la LCSP relativo a que el servicio sea susceptible de explotación por particulares, y que no implique ejercicio de autoridad, hay que indicar que, en la redacción actual ha desaparecido la expresa referencia a que los servicios tengan un contenido económico, no obstante, se mantiene la dualidad de requisitos exigidos, en la evolución de la normativa sobre contratación para la prestación mediante gestión indirecta de los servicios públicos, de que sean susceptibles de explotación (utilidad, provecho o valor) para los particulares, y que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

El artículo 257.1 de la LCSP al regular las prestaciones económicas, establece que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

La explotación del servicio deriva de la circunstancia de que las prestaciones que implica son susceptibles de valoración económica y, por tanto, de licitación. En este contrato no se establecen contraprestaciones económicas por parte de los menores, o sus familias, a quienes va dirigido el servicio, sino que es la Administración quien efectúa el pago de los servicios, pero ello no es óbice para que el contrato se califique como de gestión de servicios públicos. A estos efectos cabe mencionar que la contraprestación que se establezca no altera la naturaleza jurídica del contrato, en tanto en cuanto se ejerce por un tercero, en nombre de la Administración, la prestación de un servicio de competencia de ésta, y, con referencia expresa a la característica de pago, además del citado artículo 257 de la Ley, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 67.4, letras c), d) y e), sobre contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los contratos de gestión de servicios públicos, prevé las tres situaciones posibles sobre remuneración de la prestación, siendo la primera que el usuario del servicio abone la tarifa por su uso directamente al contratista, la segunda que la remuneración del contrato se efectúe por la Administración al contratista y la tercera que el canon se abone por el contratista a la Administración o alternativamente mediante la combinación de éstos.

Por tanto, para la calificación de un contrato de gestión de servicios públicos la forma de retribución de la prestación no es determinante.

Por otra parte, en cuanto al requisito de que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, la dificultad estriba en la falta de una tipología legal de los servicios que implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos; no obstante siguiendo los ejemplos señalados en el informe 2/06, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva del Estado, podríamos indicar entre otras materias vedadas a la contratación, la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana, y el sistema penitenciario en su núcleo fundamental, pero recordando la conclusión de que todas ellas requieren del análisis pormenorizado y concreto de las actividades, en el sentido de poder deslindar el núcleo que realmente constituye ejercicio de autoridad de todos

aquéllos aspectos que no lo son.

La regulación de las facultades de policía en el contrato de gestión de servicios públicos se recoge en el artículo 255.2 de la LCSP, disponiendo que la Administración, en la ejecución del contrato, conservará, en todo caso, los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Asimismo, el artículo 184 del RGLCAP establece que en la concesión administrativa de servicios públicos el órgano de contratación podrá atribuir al concesionario determinadas facultades de policía, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que incumban a aquél. Contra los actos del concesionario en el ejercicio de tales facultades podrá reclamarse ante la Administración concedente.

De lo expuesto se desprende, que el contenido económico del servicio deriva de la circunstancia de que las prestaciones que implica son susceptibles de valoración económica y en consecuencia de licitación, y que se podrán incluir en el contrato todas las prestaciones que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, configurando su objeto las prestaciones de carácter técnico y profesional no constitutivas de ejercicio de autoridad, concluyendo que la prestación puede ser prestada en régimen de gestión indirecta, previa la correspondiente licitación.

c) En cuanto a la operatividad del principio de riesgo y ventura, según la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2004, 22 de noviembre de 2001, 14 de mayo de 2001 y 12 de julio de 2005), está dirigida a evitar ulteriores modificaciones del precio inicialmente estipulado, manteniéndose inalterada la contraprestación, a pretexto del posible aumento de la onerosidad de dicha contraprestación por circunstancias externas del propio contrato. El riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que sucedan un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la legislación contractual, y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es de resultado contrapuesta a la de actividad o medial. Por tanto los riesgos de la contratación recaen directamente sobre el contratista.

4.- En cuanto a los contratos de servicios, el artículo 10 de la LCSP los define 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 un suministro.

Aunque en ocasiones puede resultar difícil diferenciar entre contratos de gestión de servicios públicos y contratos de servicios, en el presente supuesto parece claro que la actividad analizada constituye servicio público de conformidad con la normativa reguladora examinada en las anteriores consideraciones, por tratarse de un servicio esencial en que la Comunidad ejerce directa o indirectamente sus competencias. Por tanto los contratos para la ejecución de medidas de internamiento acordadas por los juzgados de menores son contratos de gestión de servicios públicos en los que concurren todos los requisitos exigidos en la LCSP para su calificación como tal, analizados exhaustivamente en la consideración anterior.

5.- Otra posibilidad, no incluida en el escrito de consulta, es la de calificar el contrato como administrativo especial, si bien también se debe desechar atendiendo al carácter residual de su regulación, dado que hemos considerado la prestación posible objeto de contrato de gestión de servicios públicos.

El artículo 19.1 b) de la LCSP, incluye entre los contratos administrativos “los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan la naturaleza de contratos privados”.

6.- Por último, se debe indicar que, si se opta por la contratación de las prestaciones en lugar de la suscripción de convenios o acuerdos de colaboración, no se podrá limitar la licitación a entidades sin ánimo de lucro. La LCSP solo prevé, en su disposición adicional sexta, para la contratación con entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, la posibilidad de establecer la preferencia en la adjudicación, en igualdad de condiciones con las proposiciones presentadas que sean económicamente más ventajosas, para los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. Tampoco está prevista la posibilidad de recoger este requisito como condición especial de contratación, ni efectuar contratos reservados, según la regulación, respectiva, del artículo 102 y disposición adicional séptima de la mencionada Ley.

CONCLUSIONES

1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor, puede establecer los convenios o acuerdos de colaboración que considere 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 adoptadas por los Jueces de Menores que sean de su competencia. Los acuerdos o convenios deberán establecer las condiciones para cumplir las exigencias legales sin que se produzca cesión de la titularidad ni de la responsabilidad derivada de la ejecución.

2.- Ante la imposibilidad de que las obligaciones impuestas a la Comunidad de Madrid por la LORPM y por el Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores puedan cumplirse por la Agencia de forma directa, podrá contratar la gestión indirecta de los servicios públicos que tiene encomendados mediante contratos de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión, prevista en el artículo 253 a) de la LCSP. El empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, sin que puedan incluirse en la gestión aquellas actividades competencia de la Agencia que impliquen ejercicio de la autoridad de los poderes públicos.