

Roj: **STS 3095/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3095**Id Cendoj: **28079130042015100231**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **01/07/2015**Nº de Recurso: **3012/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil quince.

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número **3012/2013** interpuesto por la Procuradora doña Isabel Covadonga Juliá Corujo en representación de la **ASOCIACIÓN ASTURIANA DE CENTROS Y SERVICIOS DE MAYORES (ASACESEMA)**, contra la Sentencia de 15 de julio de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso contencioso-administrativo 991/2010 promovido por ASACESEMA contra la Resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, de 3 de junio de 2010. Han comparecido como partes recurridas la Administración del Principado de Asturias representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos y la Fundación asturiana de Atención y Protección a personas con discapacidades y/o Dependencias (FASAD) representada por el Procurador don Nicolás Álvarez Real y asistida de Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias la representación procesal de ASOCIACIÓN ASTURIANA DE CENTROS Y SERVICIOS DE MAYORES (en adelante ASACESEMA) interpuso el recurso contencioso-administrativo 991/2010 contra la Resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, de 3 de junio de 2010, que inadmite el recurso de reposición interpuesto frente a otra anterior del 1 de marzo del mismo año por la que se encomienda a la Fundación Asturiana de Atención y Protección a personas con discapacidades y/o Dependencias (en adelante FASAD), de forma temporal, el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de informes sobre el cumplimiento de aquellos requisitos de acreditación de índole documental a que se refiere la resolución de 22 de junio de 2009 por la que se desarrollan los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias.

SEGUNDO.- La citada Sala dictó Sentencia de 15 de julio de 2013 cuyo Fallo dice literalmente:

« En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar (sic) el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Luis Álvarez Fernández, en nombre y representación de la entidad "Asociación Asturiana de Centros y Servicios de Mayores", contra la resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de fecha 3 de junio de 2010 que declaraba inadmisibile el recurso de reposición interpuesto frente a otra anterior dictada el día 1 de marzo del mismo año, estando asistida la Administración demandada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, actuando como codemandada la Fundación Asturiana de Atención y Protección a personas mayores con Discapacidad FASAD, representada por la Procuradora D^a María del Mar Baquero Duro, y en su lugar se declara no haber lugar al recurso de reposición interpuesto frente a la resolución dictada el día 1 de marzo de 2010 por estimarse ajustada a derecho, sin costas. »



TERCERO.- Contra la referida Sentencia, que pese a decir literalmente "Estimar" se entiende por su contenido que es desestimatoria, preparó recurso de casación el representante procesal de ASACESEMA que la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Asturias tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 10 de septiembre de 2013 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo la representación procesal de ASACESEMA presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en esencia, en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción del artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992) y de la Jurisprudencia aplicable; porque la Sentencia impugnada considera conforme a Derecho la encomienda de gestión a favor de una fundación -ente de Derecho privado- y considera de mero trámite esas tareas encomendadas.

2º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, del artículo 18.4 de la Constitución y de la Jurisprudencia aplicable; alega la recurrente que la FASAD pertenezca al sector público autonómico, no se trata de una Administración Pública y la cesión de datos ni se practicó con la debidas garantías ni con finalidad histórica, estadística o científica.

3º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción del artículo 19.1.d) de la Ley jurisdiccional porque la Sentencia impugnada declara la falta de legitimación de la recurrente -no directamente sino como argumento de refuerzo en varios de sus apartados- en relación con los intereses de sus asociados, que califica como "intereses de terceros"; y la valoración de sus solicitudes de acreditación encomendadas a la fundación FASAD.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 26 de febrero de 2014 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizaran sus escritos de oposición, lo que realizaron el Letrado de la Administración del Principado de Asturias, en la representación que por su cargo ostenta, y el Procurador don Nicolás Álvarez Real en representación de la FASAD, en los términos que constan en sus escritos, solicitando ambos la desestimación del recurso de casación.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 4 de mayo de 2015 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez y se señaló este recurso para votación y fallo el día 23 de junio de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, Magistrado de la Sala quien expresa el parecer de la misma conforme a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el acto originario impugnado en la instancia, la resolución de 1 de marzo de 2010, la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias hizo a la FASAD y por tres meses la siguiente encomienda de gestión: el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación como tales y la emisión del informe sobre el cumplimiento de los requisitos de acreditación documental previstos en la resolución de 22 de junio de 2009 de la misma Consejería, referente al desarrollo de los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales.

SEGUNDO.- El origen de ese acto impugnado se explica en su preámbulo. Se dice así que en Asturias su legislación en materia de dependencia prevé que las prestaciones y servicios que regula los proporcionen centros y servicios, públicos o privados, acreditados. Ante la inminente implantación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Administración autonómica exigió para integrarse en él que se acreditaran tanto los centros que ya tuvieran plazas concertadas como los que accedieran por primera vez. Una vez que en el ámbito nacional se fijaron criterios comunes para la acreditación por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en Asturias se concretaron por la ya citada resolución de 22 de junio de 2009.

TERCERO.- La encomienda de gestión impugnada en la instancia se acordó ante la imposibilidad para tramitar las numerosas solicitudes de acreditación dentro de plazo, lo que unido a la escasez de medios podía implicar que algunos centros quedasen acreditados por silencio positivo pese a que, quizás, no garantizaran un



servicio de calidad. Para evitarlo se amplió el plazo máximo de resolución, se habilitaron medios personales y materiales lo que resultó insuficiente, pues había que hacer numerosas visitas de inspección y comprobar gran cantidad de requisitos. Esto llevó a la encomienda de gestión impugnada con el contenido antes expuesto y que se atribuyó a la FASAD, una fundación integrada en el sector público autonómico según el artículo 4.5 del Texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, aprobado por Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio.

CUARTO.- Lo litigioso en la instancia se centró en que la encomienda se hizo a esa fundación cuando el artículo 15.5 de la Ley 30/1992 excluye de la posibilidad de recibir encomiendas de gestión a las personas jurídicas sujetas a derecho privado. La Sala de instancia desestimó la demanda porque a los efectos de los artículos 8 y 24.6, en relación con su artículo 4.1.n), todos de la Ley 30/2007, de 20 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la FASAD es un "medio propio" de la Administración autonómica, luego puede recibir las encomiendas deducibles de la LCSP. A tal efecto expone su naturaleza, su inserción en el sector público autonómico así como su régimen estatutario.

QUINTO.- El primer motivo de casación se basa en que la Sentencia recurrida infringe el artículo 15.5 de la Ley 30/1992 por las siguientes razones:

1º El artículo 15.5 de la Ley 30/1992 excluye de su ámbito las encomiendas de gestión que recaigan « *sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado* », en cuyo caso les será aplicable, en lo que proceda, la legislación de contratos del Estado y se añade que no pueden « *encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo* ».

2º La FASAD es una fundación, luego un ente de derecho privado, siendo irrelevante que forme parte del sector público autonómico porque lo relevante es su naturaleza jurídica privada.

3º Las tareas que se le encomendaron no fueron de "mero trámite".

4º Que a los efectos de la LCSP la FASAD pudiera ser un "medio propio", luego excluida de su ámbito, no altera lo dicho pues lo relevante es que el acto impugnado en la instancia acuerda una encomienda de gestión a una entidad de derecho privado lo que prohíbe el artículo 15.5 de la Ley 30/1992.

SEXTO.- La encomienda de gestión se desenvuelve en el ámbito de la autoorganización administrativa, su objeto es una actividad o gestión de índole material, técnica o de servicios y supone la transferencia del ejercicio de una competencia a órganos de las Administraciones o a entes o entidades de derecho público (Cf. artículos 12.1.2º y 15.2 de la Ley 30/1992). En caso de personas o entes sujetos a derecho privado el artículo 15.5 de la ley 30/1992 excluye esa transferencia competencial del régimen general de la encomienda porque concibe que la relación es contractual, de ahí su remisión a la legislación de contratos en lo que le sea aplicable. Pues bien, de la Sentencia impugnada se deduciría que en el artículo 15.5 de la Ley 30/1992 incide una norma posterior, la LCSP, que vendría a regular una modalidad de encomienda de gestión.

SÉPTIMO.- En efecto, la LCSP regula la llamada "contratación doméstica" en la que un poder adjudicador encarga una actividad, identificable con algún tipo de contrato de los que regula, a un ente de su dependencia por tener la consideración de "medio propio" y reunir los requisitos del artículo 24.6 en relación con el artículo 4.1.n), ambos de la LCSP. Lo específico de tal posibilidad legal es que se trata de una excepción del régimen general de la contratación pública, en especial en cuanto al principio de concurrencia y hay que dejar constancia de que esta Sala ha entendido que constituye una modalidad de encomienda (cf. Sentencia de la Sección Séptima de 9 de diciembre de 2013, recurso de casación 5812/2011).

OCTAVO.- Como se ha dicho la FASAD es una fundación integrada como ente público en el sector público autonómico según el artículo 4.5 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias. Tal precepto remite su régimen legal y de funcionamiento a la norma de creación, lo que lleva a sus Estatutos de los que se deduce lo siguiente:

1º En su actuación está sujeta a lo establecido en el "ordenamiento jurídico" (artículo 2); se rige por las disposiciones legales vigentes, por la voluntad de los socios, por los mismos Estatutos y por las normas y disposiciones que establezca el patronato (artículo 4.2º).

2º A los efectos de la LCSP expresamente se configura como "medio propio" de la Administración del Principado (artículo 6.2º), de forma que se le pueden encomendar « *tareas de apoyo en la gestión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que le puedan ser asignadas, y que por su naturaleza y contenido no estén reservadas por normas de rango legal o reglamentario a la Administración del Principado de Asturias* ».



3º Esa condición de "medio propio" la desarrolla el artículo 7 bis.1 que especifica que tiene tal carácter en cuanto que « realiza para ella [la Administración autonómica] parte esencial de su actividad » y según el artículo 7 bis.2 podrá « recibir, dada su condición de medio propio..., encomiendas de gestión para realizar distintas tareas por parte del Principado, cuya regulación se excluye de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1 .n). El régimen de las encomiendas de gestión será el que establezca en cada caso la Administración del Principado de Asturias ».

NOVENO.- El recurso de casación se basa en la imposibilidad de que pueda hacerse una encomienda de gestión a una fundación del sector público, y la Sentencia se basa en la aplicabilidad de la LCSP al caso de autos al tener la FASAD la consideración "medio propio" según sus Estatutos tal y como se ha visto, lo que no se cuestiona. A tal efecto no es preciso en autos entrar a dilucidar si la LCSP regula un tipo de encomienda de gestión o, más bien, una especialidad contractual quedando reservada la encomienda al ámbito de la Ley 30/1992 como técnica de autoorganización; lo determinante del caso está, más bien, en la naturaleza de la concreta actividad encomendada.

DÉCIMO.- La encomienda litigiosa atribuye a la FASAD la intervención en el procedimiento administrativo de acreditación descrita en los Fundamentos de Derecho Primero a Tercero, de ahí que la resolución de 1 de marzo de 2010 -acto originario impugnado en la instancia- no hiciese referencia a la LCSP e invocase como norma de cobertura el artículo 18 de la Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo , sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, que reproduce el artículo 15 de la Ley 30/1992 . Aparte de que, como señala la recurrente, no se trata de una mera actividad de "mero trámite" en el sentido del artículo 15.2 de la Ley 30/1992 , lo relevante es que se encomienda a un ente fundacional un actuación administrativa, procedimental, para la que rige la doble prohibición del artículo 15.5 de la Ley 30/1992 , razón por la que se estima el recurso de casación y se casa y anula la Sentencia.

UNDÉCIMO.- Estimado el primer motivo decaen el segundo y tercer motivo de casación basados, respectivamente, en la infracción del artículo 11.2.e) de la Ley Orgánica 15/1999 en relación con el artículo 18.4 de la Constitución y en la infracción del artículo 19.1.d) de la LJCA . Y por razón del artículo 95.2.d) de la LJCA , casada y anulada la Sentencia de instancia, se resuelve la controversia estimándose el recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución 1 de marzo de 2010 por ser contraria a Derecho.

DUODÉCIMO.- Al estimarse el presente recurso de casación no se hace imposición de las costas a la parte recurrente, conforme prevé el artículo 139.2 de la LJCA .

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **ASOCIACIÓN ASTURIANA DE CENTROS Y SERVICIOS DE MAYORES** contra la Sentencia de 15 de julio de 2013 Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictada en el recurso contencioso-administrativo 991/2010 , Sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la **ASOCIACIÓN ASTURIANA DE CENTROS Y SERVICIOS DE MAYORES** contra la resolución de 1 de marzo de 2010 por la que se encomienda a la Fundación Asturiana de Atención y Protección a personas con discapacidades y/o Dependencias la encomienda de gestión descrita en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, resolución que se anula.

TERCERO.- No se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D^a Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Luis Requero Ibañez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.