

Informe 17/10, de 23 de mayo de 2011. “Consulta sobre distintos apartados y relativos al ámbito de aplicación de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a diferentes tipos de contratos de suministros celebrados por el Organismo autónomo Penitenciario y Formación para el Empleo para disponer de un sistema de adquisición de productos de naturaleza complementaria a los facilitados por la propia Administración Penitenciaria a los internos a través de economatos”.

Clasificación de los informes. 1.1 Ámbito de aplicación subjetiva. Entidades sometidas a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 2.3 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos o convenios excluidos.

ANTECEDENTES

La Secretaria General de Instituciones Penitenciarias solicita de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se emita informe sobre la siguiente cuestión:

“(…)”1. El OATPFE fue creado en virtud del Real Decreto 326/1995, de 3 de marzo, con la denominación Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, siendo configurado como “un Organismo autónomo comercial, de los previstos en el artículo 4.1b) del Texto Refundido de la Ley General presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, adscrito al Ministerio de Interior, a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (artículo 1.1).

El apartado 2 del mismo artículo señala que “Trabajo y Prestaciones Penitenciarias” tiene por objeto la promoción, organización y desarrollo de la educación, cultura, deporte y trabajo en los centros penitenciarios, así como la asistencia social de los reclusos, liberados condicionales y sus familias”. Por último, y según el apartado 3 del mencionado precepto “Trabajo y Prestaciones Penitenciarias” tiene personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, plena capacidad jurídica y de obrar para el desarrollo de sus fines, patrimonio propio y autonomía administrativa”.

Entre las funciones asignadas a este organismo, que relaciona el artículo 2 del RO 326/1995 modificado por el Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio, se encuentran, por lo que aquí interesa, las siguientes más significativas:

“Son funciones del Organismo Autónomo:

- 1. La organización del trabajo productivo penitenciario y su oportuna retribución,*
- 2. La instalación, ampliación transformación conservación y mejora de los talleres, granjas y explotaciones agrícolas penitenciarias, o locales e instalaciones necesarias para los fines del Organismo, así como los servicios, obras y adquisiciones que se refieren a su explotación, producción, o actividad.*
- 3. La realización de actividades industriales, comerciales o análogas y en general cuantas operaciones se relacionen con el trabajo penitenciario o se le encomienden por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para el cumplimiento de los fines que le son propios.*

2. El llamado hoy “Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo” se adaptó a las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en virtud del artículo 60 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que lo incluyó entre los “Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo”, de los contemplados en el artículo 43,1 de LOFAGE.

En concreto, el apartado cuarto del artículo 60 de la Ley 50/1998 dispone que: “El régimen de contratación (de estos Organismos) será el establecido en el artículo 49 de la citada Ley 6/1997 y les será de aplicación lo previsto para los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, en el artículo 3,1f) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”.

a. El artículo 62 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) establece el contenido que han de tener los estatutos de los organismos autónomos, además de señalar que su aprobación se realizará mediante real decreto.

De conformidad con ello el Real Decreto 868/2005, de 15 de julio, aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

El apartado c) del artículo 2 de dicho RD 868/2005, de 15 de julio, tras las modificaciones operadas por el RD 1876/2008 de 28 de noviembre, y RD 1384/2009, de 28 de agosto establece entre las funciones del OATPF.

La realización de actividades industriales, comerciales o análogas y, en general, cuantas operaciones se relacionen con el trabajo penitenciario o se le encomienden por la Administración General del Estado, para el cumplimiento de los fines que le son propios.

3. Por la realización de estas actividades comerciales encomendadas tanto por organismos de la Administración General del Estado, como por clientes particulares, el OATPFE, ha ingresado a la Agencia Tributaria un total de 4.735.534,90 euros en concepto de IVA durante el pasado ejercicio de 2009.

4. Por otra parte y en este sentido, se adjunta informe de la Abogacía del Estado del Ministerio del Interior de 31 de octubre de 2007, en el que en relación a la petición de informe relativo a los Pliegos de Cláusulas Administrativas que habrían de regir los contratos de suministro de mercaderías con destino a los economatos de varios centros penitenciarios, se incluye la siguiente conclusión (pág. 7 in fine)

a. "Pues bien, de todo lo anterior, llegamos a la conclusión siguiente: las mercaderías cuyo suministro se pretende contratar por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, destinadas a los servicios de economatos, se van a adquirir por dicho Organismo con el propósito de devolverlas al tráfico jurídico patrimonial — en este caso, sin transformación ulterior-, dado que, a través de los economatos, serán vendidas a los reclusos en los establecimientos penitenciarios.

En conclusión, tanto desde el punto de vista subjetivo —el Organismo Autónomo contratante tiene la consideración legal de Organismo "de carácter comercial, industrial, financiero o análogo"-, como desde la óptica objetiva — considerando que los bienes sobre los que versa el suministro van a destinarse sin transformación al tráfico jurídico patrimonial-, el contrato que nos ocupa es plenamente incardinable en el supuesto que menciona el artículo 3.1 f) del TRLCAR, quedando excluido del ámbito de aplicación de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas."

En el mismo informe citado, al comienzo de la página 8, se indica:

"CUARTO.- Siendo un suministro excluido, comprendido dentro del apartado 1º del artículo 3 del TRLCAP, es de aplicación al mismo lo dispuesto en el también citado artículo 3.2 del mismo texto legal, conforme al cual:

Los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse"

3. Incidiendo en este sentido, el 12 de noviembre de 2007, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado muestra su conformidad con las conclusiones que se recogen en la propuesta de informe citado en el punto anterior, en un informe que se adjunta.

4. El Consejo de Administración del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias (actual Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo) en sesión de fecha 1-10-98 adoptó el acuerdo de aprobar las Normas Generales que habían de observarle en la contratación: comercial del propio Organismo, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 3, punto 2, de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas mediante la cual se encomienda la regulación de este aspecto al propio Organismo.

7. Con fecha 28 de noviembre de 2008, se aprueba el RO 1876/2008, por el que se modifica el RD 868/2005, de 15 de julio, que aprueba el Estatuto del OA Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo. Con esta modificación se declara al OATPFE medio propio del Ministerio del interior y de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Con fecha 28 de agosto, se aprueba el RD 1384/2009, que vuelve a modificar el RD 868/2005, declarando al OATPFE medio propio de la Administración General del Estado.

A la vista de lo anterior se solicita informe acerca de los siguientes puntos:

1. La Secretaria General de Instituciones Penitenciarias debe prestar un servicio de economato a los internos que permita disponer de un sistema de adquisición de productos de naturaleza complementaria a los facilitados por la propia Administración Penitenciaria, según dispone el artículo 298 del RD 190/1996 de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Este servicio lo puede prestar la Administración Penitenciaria por sus propios medios; a través de empresas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios; o mediante encomienda de gestión al Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo según establece el artículo 300 del citado RD 190/1996.

En relación a la ejecución de esta encomienda de gestión como medio propio, los contratos para la adquisición de suministro de

mercaderías para la venta a los internos, sin transformación de los mismos, a través del servicio de economato que debe prestar la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, ¿se consideran incluidos en el artículo 4.1.g de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y por lo tanto entre los negocios y contratos excluidos de la propia Ley 30/2007?

2. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias debe "proporcionar a los internos una alimentación convenientemente preparada, que debe responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria y a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres y, en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas. Según se establece en el artículo 226 del RD 190/1996. Este servicio de alimentación lo puede prestar la Administración Penitenciaria por sus propios medios, a través de empresas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios; o mediante encomienda de gestión al Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo según establece el artículo 300 del citado RD 190/1996,

En relación a la ejecución de esta encomienda de gestión como medio propio, los contratos para la adquisición del suministro de mercaderías y materias primas para la elaboración de las raciones de alimentación de los internos, con o sin transformación de los mismos, a través del servicio de alimentación que debe prestar la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, ¿se consideran incluidos en el artículo 4.1.g de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y por lo tanto entre los negocios y contratos excluidos de la propia Ley 30/2007?

3. El Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, gestiona bajo la fórmula de taller productivo, el trabajo que los internos trabajadores realizan en los talleres de los centros penitenciarios. En estos talleres se realizan, trabajos encargados mediante encomienda de gestión por departamentos y organismo de la Administración General del Estado.

En relación a la ejecución de esta encomienda de gestión como medio propio, los contratos para la adquisición del suministro de materias primas para la elaboración de bienes con el propósito de devolverlos, con o sin transformación de los mismos, a través del servicio de alimentación que debe prestar la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ¿se consideran incluidos en el artículo 4.1, g de la Ley de contratos del sector público, y por lo tanto entre los negocios y contratos excluidos de la propia Ley 30/2007?

4. El Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, gestiona bajo la fórmula de taller productivo, el trabajo que los internos trabajadores realizan en los talleres de los centros penitenciarios. En estos talleres se realizan trabajos relacionados con la actividad comercial del propio Organismo, encargados por personas físicas o jurídicas,

En relación a la ejecución de estos trabajos relacionados con la actividad comercial del Organismo, los contratos para la adquisición del suministro de materias primas para la elaboración de bienes con el propósito de devolverlos, con o sin transformación de los mismos, al tráfico jurídico patrimonial mediante su entrega a las personas físicas o jurídicas que realizaron los encargos, ¿se consideran incluidos en el artículo 4.1.g de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y por lo tanto entre los negocios y contratos excluidos de la propia Ley 30/2007?

5. En el caso de que en los supuestos anteriores, los contratos para la adquisición del suministro de mercaderías y materias primas se consideren incluidos en el artículo 4.1.g de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y por lo tanto entre los negocios y contratos excluidos de la propia Ley 30/2007 ¿cuál sería el proceso a seguir para establecer las normas especiales por las que se deben regular dichos contratos de suministro de mercaderías y materias primas?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. En las cuestiones primera a cuarta, ambas inclusive, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias pregunta acerca de la aplicabilidad del artículo 4.1.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, a los contratos de suministro celebrados por el Organismo Autónomo Penitenciario y Formación para el Empleo. Concretamente, en los casos que expone la consulta en las cuestiones primera a tercera, el citado Organismo Público contrataría en ejecución de una encomienda de gestión de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y en la cuestión cuarta el Organismo Público contrataría para sí mismo.

En segundo lugar en la cuestión quinta la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias pregunta acerca del proceso a seguir para establecer las normas especiales por las que deben regularse aquellos contratos que

queden fuera del ámbito de objetivo aplicación de la Ley de Contratos del Sector cuando resulte de aplicación el artículo 4.1.g) de la misma.

2. La primera consideración jurídica que procede hacer es la relacionada con la naturaleza jurídica del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo y su régimen de contratación.

En este sentido el artículo 1.1 del Real Decreto 868/2005, de 15 de julio, según texto modificado por el Real Decreto 1976/2008, de 28 de noviembre, afirma que “Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo es un organismo autónomo de los previstos en los artículos 43.1.a) de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio del Interior a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias”. Dicho artículo 43.1.a) se refiere a los Organismos autónomos, para, a continuación, en el artículo 49 de la misma norma, establecerse que la contratación de éstos organismos se regirá por las normas generales de la contratación de las Administraciones Públicas. Esta afirmación es coherente con la calificación de Administración Pública que la Ley 30/2007 hace de los Organismos autónomos en su artículo 3.2.

Así pues cabe concluir, que el “Organismo Autónomo Penitenciario y Formación para el Empleo” es un Organismo autónomo en el sentido del artículo 43.1 de la Ley 6/1997 y que, por lo tanto, entra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/2007, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 de esta última norma.

3. Dicho esto, cabe pasar a analizar si los contratos de suministro a que se refiere la consulta en las cuestiones primera a cuarta son susceptibles de quedar excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la Ley 30/2007, en base a lo dispuesto en el artículo 4.1.g) de la misma norma. Este precepto exige que se den seis requisitos para que esta exclusión pueda aplicarse a un contrato:

En primer lugar que se trate de contratos de suministro, requisito que se cumple en los cuatro casos que se exponen en las cuestiones primera a cuarta.

En segundo lugar que estos contratos se refieran a actividades directas del Organismo, esto es, que no contrate en ejecución de una encomienda de gestión sino para sí mismo. En las cuestiones primera a tercera el Organismo Autónomo contrataría en ejecución de una encomienda de gestión, por lo que no se cumpliría este segundo requisito y, por lo tanto, resultaría plenamente aplicable la Ley de Contratos del Sector Público.

En tercer lugar debe tratarse de organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas, requisito que en el caso que nos ocupa se cumple como se ha explicado en la consideración jurídica anterior.

Un cuarto requisito se refiere al carácter de la actividad que al celebrar el contrato concreto desarrolle el organismo de derecho público. La misma debe ser susceptible de calificarse como de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. El contrato a que se refiere la cuestión cuarta, que es el único cuya subsunción en el artículo 4.1.g) de la Ley de Contratos del Sector Público sigue pendiente de conclusión, podría enmarcarse en una actividad susceptible de calificarse de comercial o industrial, dado que se trata de la adquisición de suministro de materias primas para la posterior elaboración por parte de los internos en el taller productivo de bienes con el propósito de devolverlos, con o sin transformación de los mismos, al tráfico jurídico patrimonial mediante su entrega a las personas físicas o jurídicas que realizaron los encargos. Por todo ello esta Junta Consultiva concluye que el caso expuesto en la cuestión cuarta cumple este requisito cuarto para la aplicación del artículo 4.1.g) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Como quinto requisito el artículo 4.1.g) citado exige que los bienes sobre los que versa el contrato en cuestión hayan sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares. Dicho propósito se da en el caso del contrato al que se refiere la cuestión cuarta, por lo que el mismo cumpliría con este quinto requisito.

Por último el artículo 4.1.g), tantas veces referido, exige que el organismo de derecho público al contratar esté actuando en ejercicio de competencias específicas a él atribuidas. En el caso del contrato a que se refiere la

cuestión cuarta se cumple este requisito, dado que el Estatuto de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, contempla entre las funciones atribuidas al mismo por su artículo 2 en su letra a) “la organización del trabajo penitenciario” y en su letra c) “la realización de actividades industriales, comerciales o análogas y, en general, cuantas operaciones se relacionen con el trabajo penitenciario o se le encomiende por la Administración General del Estado, para el cumplimiento de los fines que le son propios”. Dichos fines son “la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación para el empleo de los reclusos en los centros penitenciarios” (artículo 1.2 del Estatuto).

En base a lo anterior esta Junta Consultiva concluye, en respuesta a las cuestiones primera a cuarta planteadas, que los contratos a que se refieren la primera, segunda y tercera pregunta no tienen encaje en el artículo 4.1.g) de la Ley de Contratos del Sector Público, porque los contratos se realizan en ejecución de una encomienda de gestión. Por otra parte el contrato a que se refiere la cuestión cuarta sí tendría encaje en el artículo 4.1. g) de la misma Ley, dado que cumple con todos los requisitos expuestos anteriormente.

4. Por último la cuestión quinta recordemos que pregunta acerca del proceso a seguir para establecer las normas especiales por las que deben regularse aquellos contratos que queden fuera del ámbito de objetivo aplicación de la Ley de Contratos del Sector por serles de aplicación el artículo 4.1.g) de esta norma.

La respuesta la encontramos en parte en el artículo 4.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual indica que los contratos enumerados en el apartado anterior, los excluidos de la aplicación de la citada Ley, se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. No existiendo para la contratación por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo normas especiales que regulen su actividad contractual, ésta deberá regirse por los principios de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, por los principios de concurrencia, transparencia, igualdad, no discriminación y publicidad.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. En respuesta a las cuestiones primera a cuarta planteadas, que los contratos a que se refieren la primera, segunda y tercera pregunta no tienen encaje en el artículo 4.1.g) de la Ley de Contratos del Sector Público, porque los contratos se realizan en ejecución de una encomienda de gestión. Por otra parte el contrato a que se refiere la cuestión cuarta sí tendría encaje en el artículo 4.1. g) de la misma Ley, dado que cumple con todos los requisitos que exige este precepto.
2. En respuesta a la cuestión quinta, procede indicar que no existiendo para la contratación por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo normas especiales que regulen su actividad contractual, ésta deberá regirse por los principios de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, por los principios de concurrencia, transparencia, igualdad, no discriminación y publicidad.