



**Melania Serna Sierra**  
Procuradora de los Tribunales

Notificado: 24/10/2023

## Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 12 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici I - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935548404  
FAX: 935549791  
EMAIL: contencios12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801945320228001620

### Procedimiento ordinario 79/2022 -2A

Materia: Contratación y convenios (Proc. Ordinario)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:  
Para ingresos en caja. Concepto: 0911000000007922  
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.  
Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 12 de Barcelona  
Concepto: 0911000000007922

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante: ASOCIACION  
ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE  
ATENCIÓN A DOMICILIO  
Procurador/a: Jose-Manuel Puig Abos  
Abogado/a: Anna Calvo Griñón

Parte demandada/Ejecutado: AJUNTAMENT DEL  
MASNOU, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIO SOCIAL  
CATALUÑA (SUMAR)  
Procurador/a: Melania Serna Sierra, Susana  
Manzanares Corominas  
Abogado/a:

**Actividad administrativa recurrida:** acuerdo del Pleno del Ayuntamiento del Masnou, de 16 de diciembre de 2021, mediante el cual se desestiman las alegaciones formuladas por ASADE en el trámite de información pública del expediente de restablecimiento y de encargo de gestión del Servicio de Atención Domiciliaria (SAD) a la entidad SUMAR, Serveis Públics d'Acció de Catalunya, S.L. -SUMAR-, y se, acuerda aprobar definitivamente dicho establecimiento y el cambio de gestión del SAD, y encargar a SUMAR la gestión de dicho servicio.

## SENTENCIA Nº 247/223

En Barcelona, a 3 de octubre de 2023

Magistrada: IRENE URBÓN REIG

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actividad administrativa citada en el encabezamiento.

**SEGUNDO.-** Acordada la incoación de los presente autos, se les dio el cauce



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

**TERCERO.-** Acordado por auto el recibimiento del precedente pleito a prueba y tras los oportunos trámites que prescribe la Ley Jurisdiccional en sus respectivos artículos, en concordancia con los de la L.E.C., quedaron los autos conclusos y a la vista para dictar sentencia.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

#### **PRIMERO.- Alegaciones y pretensión de la parte actora.**

El objeto del proceso es la pretensión de la parte actora de que se declare la nulidad del acuerdo recurrido y de todas las actuaciones posteriores o que sean consecuencia del mismo, y que se ordene al Ayuntamiento del Masnou que proceda a incoar un procedimiento de licitación en régimen de libre concurrencia del servicio de atención domiciliaria en el municipio del Masnou.

La resolución recurrida acuerda aprobar definitivamente el establecimiento y el cambio de gestión del servicio de atención domiciliaria (en adelante SAD), con el Proyecto de establecimiento, la Memoria justificativa y el Reglamento correspondientes, y encargar a SUMAR la gestión del servicio como medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento para un periodo de 2 años a contar desde el día 1 de enero de 2022, prorrogable por un periodo máximo de dos años, y por una tarifa anual de 471.727,29 euros.

La defensa letrada de la parte actora, la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO – ASADE, fundamenta la demanda en el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), para el encargo a medios propios personificados, en concreto los siguientes:



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





1. Que el Ayuntamiento del Masnou ejerza sobre SUMAR un control análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios; ejerciendo sobre SUMAR una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.
2. Que más del 80 por ciento de las actividades de SUMAR del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el Ayuntamiento del Masnou que hace el encargo y que lo controla, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por esta entidad.
3. Que cuando SUMAR, como ente destinatario del encargo, sea un ente de personificación jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública.
4. Que la condición de medio propio personificado de SUMAR respecto del Ayuntamiento del Masnou sea así reconocida en los Estatutos o actos de creación de aquel.

Alega además incumplimiento del artículo 86.2 LRJSP por los siguientes motivos:

1. No se acredita que el encargo resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia.
2. No se acredita que el encargo sea una opción más eficiente que la contratación pública.
3. SUMAR no dispone de personal y medios suficientes para prestar el encargo.

Alega también que existe una irregularidad formal relativa a la suscripción del convenio, pues el mismo no consta válidamente suscrito, ni fechado, ni tampoco publicado en el perfil del contratante, incumpléndose por tanto la exigencia del Artículo 32.6.b) de la LCSP.

Y por último, alega que el encargo de gestión es contrario al Derecho comunitario y distorsiona la competencia efectiva en el mercado.

La parte demandada, el Ayuntamiento del Masnou y la interesada SUMAR se han opuesto a la demanda por las razones de fondo que comparte este Juzgador y que serán expuestas en los siguientes argumentos jurídicos.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





## **SEGUNDO.- Sobre la falta de legitimación activa como causa de inadmisibilidad.**

Con carácter previo procede entrar a analizar la falta de legitimación activa alegada por SUMAR. Alega esta parte que estamos ante un servicio que lleva más de diez años gestionándose de manera directa, inicialmente mediante delegación al Consejo Comarcal del Maresme y ahora encomendándose a SUMAR. Señala que por ello, no puede decirse que el servicio se haya sustraído del mercado, por lo que ASADE no tiene ningún interés concreto en el procedimiento.

No se comparte esta alegación. Con independencia de cómo se gestionara el servicio con anterioridad, mediante la resolución impugnada se toma la decisión de pasar a prestar el servicio de atención domiciliaria mediante un encargo a medio propio, en concreto a SUMAR. La parte actora solicita no sólo que se anule la resolución recurrida, sino que se acuerde incoar un procedimiento de licitación en régimen de libre concurrencia del servicio de atención domiciliaria, en el que podrían participar las entidades integradas en la asociación recurrente, por lo que es evidente que tiene un interés legítimo en el resultado del pleito.

## **TERCERO.- Sobre la alegada infracción del artículo 32.2 a) LCSP.**

El artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) dispone en sus cuatro primeros apartados:

*“1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*”



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





*El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato.*

*2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:*

*a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los 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.*

*En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.*

*La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.*

*Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.*

*b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente 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.*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





*A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.*

*Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.*

*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:*

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

*2.º 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.*

*Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





*que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

*En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente.*

*3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.*

*4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:*

*a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.*

*Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:*

*1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.*

*2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.*

*3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.*

*La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





*objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.*

*Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.*

*b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.*

*c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d).”*

La parte actora alega en primer lugar que se incumple el requisito previsto en el artículo 32.2 a) de la LCSP, pues el Ayuntamiento del Masnou ostenta tan sólo una participación del 0,05% del capital social de SUMAR, por lo que no puede decirse que tenga una intervención decisiva en las decisiones a adoptar, quedando descartado cualquier tipo de control sobre la entidad.

Sin embargo, y como ponen de manifiesto las partes demandada y codemandada, no resulta de aplicación al supuesto de autos el apartado 2 del artículo 32, sino su apartado 4.

La Directiva 24/2014 sobre contratación pública, que traspone el citado artículo, prevé en su artículo 12 la cooperación de las administraciones públicas entre sí o con entidades del sector público de forma vertical mediante encargos “in house” pudiendo, en dichos casos y bajo ciertos requisitos, eludir la aplicación de la normativa de contratación pública.

Dichos encargos a medios propios pueden ser a entidades propiedad del ente adjudicador, pero también, a entidades compuestas por una pluralidad de administraciones, los llamados “medios propios conjuntos”, como es el caso de autos.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		







Y ello porque SUMAR es una sociedad de responsabilidad limitada que está participada por una multiplicidad de entidades públicas del ámbito local de Cataluña, entre las que se encuentra el Ayuntamiento del Masnou. Los requisitos son por tanto los previstos en el artículo 32.4 a), que se consideran cumplidos en el caso de autos. Antes de analizar su cumplimiento procede hacer un breve resumen de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia (el subrayado es propio):

1. Sentencia Teckal C-107/98 de 18 de noviembre de 1999. Es necesario que la administración ejerza un control sobre el medio propio análogo al que dispone sobre sus propios servicios y el medio propio debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o con los entes que la controlan.

*(50) Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o con los entes que la controlan.*

2. Sentencia Parking Brixen C-458/03 de 13 de octubre de 2005: El control análogo debe suponer una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.

*(65) Dicha apreciación debe tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la entidad concesionaria en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad concesionaria en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.*

3. Sentencia Carbotermo C-340/04 de 11 de mayo de 2006. Para apreciar la existencia de control análogo es insuficiente que el ente que controla disponga sólo de la capacidad de acción que el derecho de sociedades reconoce a los socios, ya que ésta (en derecho italiano) limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas.

*(38) De los autos del presente asunto se desprende que los estatutos de AGESP Holding y de AESP confieren al consejo de administración de cada una de ellas las*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad. Dichos estatutos no reservan al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control ni le atribuyen ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración. En esencia, el control que el municipio de Busto Arsizio ejerce sobre estas dos sociedades no va más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas.

4. Sentencia Asemfo C-295/05 de 19 de mayo de 2007. No se considera relevante el porcentaje de capital social propiedad de los socios puesto que las Comunidades Autónomas ejercen el control con un 0,25% de participación. (58) “... que el 99% del capital social de Tragsa pertenece al Estado español... y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital.”

(65) ... del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicios técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

5. Sentencia Coditel C-324/07 de 13 de noviembre de 2008:

(46) La jurisprudencia exige que el control ejercido sobre la entidad concesionaria por una autoridad pública concedente sea análogo al que dicha autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no que sea totalmente idéntico a éste (véase, en sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 62). Lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual

6. Sentencia Sea, Srl C- 573/07 de 10 de septiembre de 2009:

Sea, Srl (56) En efecto, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





*llevar a cabo algunas de sus funciones de servicio público a través de una sociedad que poseen en común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades que tan sólo tenga una participación minoritaria en dicha sociedad ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que tal autoridad tuviera intención de asociarse a una sociedad propiedad de otras autoridades públicas con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 47).*

7. Sentencia Econord C-182 i 183 de 29 de noviembre de 2012: El control análogo no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública con mayor participación en el capital del medio propio, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto. Existe control cuando cada una de las administraciones participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad.

*(30) En estas circunstancias, si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto.*

*(33) Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión prejudicial que, cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios— se*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbòn Reig, Irene;		





considerará cumplido cuando *cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión.*

8. Sentencia Porin C-328/19 de 18 de junio de 2020: Es posible ejercer control análogo sobre un medio propio, incluso aunque las administraciones no posean participación alguna, siempre que se acredite un control efectivo, estructural y funcional. En el caso Porin distintos municipios suscribieron un acuerdo de cooperación horizontal y posteriormente, se valieron de encargos al medio propio de uno de ellos a pesar de no poseer ninguna participación en el capital del mismo.

(70) *En segundo lugar, suponiendo que, a raíz de una transferencia de competencias, a efectos del artículo 4 TUE, apartado 2, tal como ha sido interpretado en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), sea aplicable la exigencia de un control sobre la entidad «in house» ejercido conjuntamente por el poder adjudicador beneficiario de la transferencia de competencias y los demás poderes adjudicadores que renunciaron al ejercicio de la competencia de que se trate, basta señalar que el modelo denominado del «municipio responsable» ofrece a los municipios parte en un convenio basado en ese modelo, a pesar de que no posean participación alguna en el capital de la entidad «in house», la posibilidad de ejercer, al igual que el municipio responsable, una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre este (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, apartado 65; de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, apartado 36; de 29 de noviembre de 2012, Econord, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758, apartado 27, y de 8 de mayo de 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, apartado 26)*

9. Sentencia Sambre & Biesme C-383 i 384/21 de 22 de diciembre de 2022: La apreciación del control conjunto debe hacerse en base a las circunstancias fácticas, la legislación aplicable y los mecanismos de control previstos por los estatutos de dicha persona jurídica.

(67) *A este respecto, de la citada jurisprudencia se desprende que la cuestión de si un poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trata un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios debe apreciarse a la luz del conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Por ello, los elementos que ha de tener en cuenta no abarcan solamente las circunstancias*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbòn Reig, Irene;		





fácticas, sino que incluyen también la legislación aplicable, así como, en particular los mecanismos de control previstos por los estatutos de dicha persona jurídica (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, apartados 65 y 66 y jurisprudencia citada).

Volviendo al contenido del artículo 32.4 a) , se consideran cumplidos sus requisitos. Y ello porque en los órganos decisorios de SUMAR están representados todos los entes que pueden confiarla encargos, tanto en la Junta General, como en el Consejo de Administración. Todos estos entes tienen participaciones en la entidad y forman parte por tanto de la Junta General. Los representantes de los socios han de tener la condición de miembros de la corporación que los designa o, en su caso, tener la condición de cargo electo y haber estado designados expresamente por ésta para ostentar la representación del ente en la Junta General de Sumar. Tras la reforma estatutaria de 2021, se ha reforzado la capacidad de influencia de los socios minoritarios, pues los acuerdos, si bien se adoptan por mayoría de votos, los mismos han de representar como mínimo un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Además, se exige que la mayoría cuente con el voto favorable de, al menos, el 50 % del número total de socios de la entidad (art.23.2 Estatutos). Por otro lado, el 75 % de los miembros del Consejo de Administración debe nombrarse por los socios minoritarios. Y, tras la modificación estatutaria realizada en 2021 existe una *Comisión Ejecutiva de Control Conjunto* (art. 39 bis Estatutos), como órgano delegado del Consejo de Administración que está compuesto exclusivamente por miembros del Consejo de Administración nombrados por los socios minoritarios. Esta comisión tiene entre sus funciones definir con carácter vinculante los objetivos estratégicos y también los objetivos operativos más significativos de la sociedad (art. 39 bis de los Estatutos)

Puede decirse por tanto que el conjunto de socios, que comparten el mismo objetivo de prestar adecuadamente el servicio público de asistencia a domicilio, y que deben por tanto ser vistos como una unidad, tienen el control absoluto de la entidad. Además, existe un mecanismo para evitar que la entidad pueda adoptar decisiones que beneficien únicamente al socio mayoritario, estando muy reforzado el poder de los socios minoritarios. No estamos en el mismo caso analizado por la STSJ Cataluña de 20 de mayo de 2022 (rec. 27/2019), que consideró no cumplido el requisito previsto en el artículo 32.4 a) LCSP, al no existir una influencia decisiva de los socios minoritarios sobre el gobierno de la sociedad. Además, en los estatutos se prevé expresamente que SUMAR no puede perseguir intereses contrarios a los de sus socios ni de las entidades que de ellos dependen. La



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





ausencia de capital privado, y el hecho de que en los estatutos se prevea que las tarifas para socios sólo cubrirán los costes directos e indirectos generados por la prestación del servicio garantizan el cumplimiento de este requisito.

**CUARTO.- Sobre el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 32.2 b).**

Nuevamente debe ponerse de manifiesto que, dado que estamos hablando de un “medio propio conjunto”, el requisito que debe ser analizado es el previsto en el artículo 32.4 b):

*“b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo”*

Y conforme a la letra b) del apartado 2:

*“A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.*

*Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.”*

En el anexo 3 de la memoria justificativa (folio 179 del expediente), consta certificado del Secretario del Consejo de Administración de SUMAR, conforme al cual, en el año 2019 estos encargos de gestión como medio propio a SUMAR



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





fueron del 89,21 % y del 87,73 % en el año 2020, por lo que queda acreditado el cumplimiento de este requisito.

**QUINTO. En cuanto a la ausencia de reconocimiento en los Estatutos de la condición de medio propio de sumar respecto del Ayuntamiento de El Masnou.**

Como ponen de manifiesto las partes demandada y codemandada, este requisito se encuentra cumplido, al señalarse en el artículo 3 de los Estatutos que:

*“D’acord amb el recollit a l’article 32.4 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (en endavant LCSP) la societat té la condició de mitjà propi (M.P.) i servei tècnic dels ens públics que en siguin socis i té els mitjans suficients i idonis per prestar els serveis descrits a l’article 5 d’aquests estatuts, que regula l’objecte social.*

*La societat també tindrà la condició de mitjà propi de les entitats que depenen o estan vinculades als seus socis i per tant, li podran conferir encàrrecs de gestió regulats a la legislació en matèria de contractes del sector públic per a dur a terme de manera obligatòria activitats consistentes en prestacions pròpies dels contractes que es trobin dins l’objecte societari amb els requisits legalment previstos a l’efecte”*

No se considera necesario que se haga mención expresa de cada uno de los socios que integran la entidad, no estando en entredicho que el Ayuntamiento del Masnou sea socio de SUMAR.

**SEXTO.- Sobre la alegada inexistente acreditación de una mejor rentabilidad o eficiencia del servicio.**

Alega la defensa letrada de la parte actora que no existe ni el más mínimo indicio de prueba, que permita atribuir una mayor eficiencia, sostenibilidad y eficacia en este encargo, que si la prestación del servicio resultase de la tramitación de un expediente público de contratación administrativa en régimen de libre competencia. Que las justificaciones que da la documentación contenida en el expediente administrativo son claramente insuficientes para validar la eficiencia de los precios presentados por SUMAR. Y es que se aprecia en el Pliego de Condiciones contenidas en el Convenio de formalización del encargo, que hay diversos costes



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





que no se han tenido en cuenta a la hora de establecer las tarifas, y, por tanto, se genera una facturación adicional e indeterminada para el Ayuntamiento del Masnou, y se deriva la indeterminación del coste final a asumir por dicho Ayuntamiento. Y se refiere en concreto a los costes por desplazamiento, tiempo de descanso, compensación de horas sindicales y sobrecoste por trabajadores que dispongan de unas condiciones salariales por encima del convenio laboral establecido y vigente. Señala que los aspectos económicos se encuentran llenos de incertidumbres y destaca la transferencia del riesgo de cualquier cuestión económica al Ayuntamiento del Masnou, denotando la ausencia de control presupuestario y/o una mala provisión del servicio, que siempre repercutirá en la Administración. Alega además vulneración de los derechos de los usuarios y de la Ley de dependencia, pues ésta exige una hora de prestación efectiva en el domicilio del usuario, y SUMAR acuerda dar de prestación efectiva de tan solo 50 minutos, restando pues 10 minutos de prestación a los usuarios para el desplazamiento del personal directo que, además, no se cuantifica y se factura a parte. Se alega que en la Memoria no consta ninguna explicación relativa a cómo se sufragarán los gastos generales, que incluyen los gastos financieros, las cargas fiscales (excepto el IVA), las tasas administrativas y los seguros – ambos incluidos como gastos indirectos -, los costes de alquiler o compra de oficinas / almacenes, los empleados de apoyo y/o estructura de la empresa (dirección, recursos humanos, administración, servicios jurídicos, prevención de riesgos laborales, etc.). Alega que, como ha señalado la jurisprudencia, el IVA no debe ser un parámetro para determinar la eficiencia de un modelo de gestión, en atención a la naturaleza contributiva, a favor del interés general, de dicho impuesto y para salvaguardar el principio de igualdad. Que además, la Memoria no tiene en cuenta que SUMAR no se puede deducir el IVA que paga a sus proveedores de materiales y suministros, ya que de hecho actúa como consumidor final y lo debe abonar. Por el contrario, una empresa privada no tiene que soportar este coste, ya que para ella el IVA es neutro.

Las partes demandada e interesada alegan al respecto que la Memoria Justificativa incluye un profuso estudio económico, comparando los gastos del convenio con los ocasionados cuando el servicio era prestado por el Consell Comarcal del Maresme, y llegando a la conclusión de que el cambio supone un ahorro para el Ayuntamiento. Se aporta además un informe pericial en el cual se analiza la sostenibilidad y eficiencia del sistema directo escogido. Señala SUMAR que debe reconocerse un ámbito de discrecionalidad técnica en la elección del sistema de gestión de los servicios públicos, y que la gestión directa de un servicio es



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	







plenamente legítima y queda condicionada a su justificación en términos de eficiencia y sostenibilidad (art. 85.2 LBRL). Que debe tenerse presente que "eficiencia" en la asignación de recursos no significa que la LRSAL obligue a las Entidades Locales a optar por la alternativa que suponga un menor gasto en términos absolutos sino por aquella que, dentro de la sostenibilidad financiera de la Hacienda local en su conjunto, consiga una mejor relación entre costes previstos y beneficios esperados. Que el artículo 86.2 de la Ley 40/2015 no resulta aplicable, al ser aplicable a la Administración General del Estado y no tener carácter de normativa básica de conformidad con la disposición final 4ª de la Ley 40/2015. Que además el citado artículo no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. Que conforme ha señalado el TSJ en sentencia 3.057/21, no habría que haber comparado la gestión directa y la indirecta en la elección de la forma de gestión. Que además, como se ha pronunciado el TCCSP, la elección no se ha de ceñir a una visión estrictamente económica. Que a través de los documentos que obran en el expediente consta acreditado por qué se acude a SUMAR como *la mejor forma de gestión del servicio, así como la eficiencia y sostenibilidad económica y social del encargo. Que en cualquier caso el informe pericial hace una comparativa de las tarifas y precios de servicios similares en otros municipios que se han licitado durante los años 2020 y 2021 y concluye que están por encima de lo fijado por SUMAR al Masnou.*

Este Juzgador comparte los argumentos de las partes demandada y codemanada. Como señala la sentencia del TSJ de Cataluña 613/2021, de 22 de junio de 2021 (rec. 219/20):

**“CUARTO.** *Se ha de otorgar en tal punto la razón al ayuntamiento cuando refiere la exigencia de mayor eficiencia y sostenibilidad al posterior desarrollo de la gestión de los servicios y no al momento de escoger su forma de gestión, pues el artículo 85.2 LBRL, antes de su reforma producida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, no establecía ninguna preferencia entre las formas de gestión de los servicios públicos locales, directa o indirecta, ni entre las distintas modalidades de gestión directa. La modificación introducida por la Ley 27/2013 establece una preferencia por las modalidades a) y b), comprendidas dentro de la gestión directa, frente a las de los apartados c) y d), exigiendo que quede acreditado mediante memoria justificativa que resultan más sostenibles y eficientes que las formas previstas en los apartados a) y b) por lo que, habiéndose escogido en el caso de autos el*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





sistema establecido en el apartado a), huelga cualquier acreditación al respecto, sin que, por el contrario, exista una exigencia de acreditación de que sea más sostenible y eficiente la gestión directa que la indirecta de los servicios públicos de competencia local, lo que se hubiera dicho de haberse querido, como se hace para las modalidades de gestión directa.

Lo que se requiere, en fin, es que, cualquiera que sea la forma de gestión por la que se opte, dicha gestión se efectúe de la forma más sostenible y eficiente, lo cual es aplicable a cualquier uso de los recursos públicos locales, en cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia, consecuencia de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Los artículos 45 y 59 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en cuanto exigen que en la memoria que se ha de elaborar se determine que la municipalización ha de reportar a los usuarios mayores ventajas respecto de la iniciativa privada o la gestión indirecta, tienen encaje en relación con el ejercicio de las actividades económicas de las entidades locales, que han de someterse al procedimiento previsto en los artículos 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRLRL, en el que se ha de acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida, que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal y debe contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Pero el servicio de que ahora se trata no está sometido a ese procedimiento, en cuanto es un servicio público local por disposición legal, proyectándose el examen de la sostenibilidad y eficiencia de su gestión sólo sobre sus propios recursos públicos, económicos y materiales. Por ello, lo que exige el 85.2 es que conste en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al pleno para su aprobación, en la que se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados, recabándose informe del interventor local, que ha de valorar la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y, en el caso, que no es el de autos, de que se opte por una de las formas previstas en los apartados c) y d) dentro de la gestión directa, que quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25	Signat per Urbón Reig, Irene;		





*efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), pero no que quede acreditado esto mismo en relación con la gestión indirecta.”*

El Ayuntamiento no tiene por tanto por qué justificar en la memoria por qué opta por la gestión directa en lugar de por la indirecta sino únicamente por qué son más eficientes las formas previstas en los artículos c) y d) que las previstas en los apartados a) y b), y ello queda justificado en la memoria, al hacer una comparativa con el sistema anterior.

Además, como bien explica la resolución núm. 208/2019, de 22 de mayo de 2019, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (recurso 282/2019), citada por la codemandada:.

*“Difícilmente se puede determinar cuál es la mejor oferta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación.*

*No hay que confundir precio con valor. El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio.*

*Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental”.*

O como indica el Sr. Comas Trayter en su informe:

*“(…) l’eficiència, quan es tracta de serveis com l’atenció a domicili, també contempla l’atenció adequada, l’experiència d’usuaris i cuidadors, la millora del benestar dels usuaris, els resultats, etc., perquè la qualitat i l’eficiència són dos conceptes estretament relacionats fins al punt que, moltes vegades, l’eficiència s’ha de considerar com a part de la qualitat.*

*És obvi que el servei d’atenció domiciliària es pot realitzar dins d’uns límits acceptables de qualitat amb més o menys eficiència, però també que una cerca desmesurada de l’eficiència pot anar en perjudici de la qualitat.”*



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





*“... la sostenibilitat i l'eficiència no responen únicament a un criteri economicista, de preus de mercat, sinó que especialment en l'àmbit dels serveis d'assistència a les persones responen altres qüestions tals com la qualitat, la continuïtat, l'accessibilitat, la disponibilitat i l'exhaustivitat dels serveis, les necessitats específiques de les diferents categories d'usuaris, inclosos els grups desfavorits i vulnerables, la implicació i la responsabilització dels usuaris i la innovació.”*

Por ello, no procede hacer un análisis meramente economicista cuando se trata de prestar un servicio como la atención domiciliaria a personas mayores. La opción escogida garantizaba una continuidad del personal que ya atendía a estas personas, lo que sin duda constituye un valor que el Ayuntamiento tuvo en cuenta a la hora de adoptar la decisión escogida. Ello, puesto en relación con los aspectos económicos que también se valoran (el hecho de que no exista beneficio industrial, que los salarios sean los previstos en el convenio colectivo etc.), permiten considerar que la Administración adoptó una decisión respetando al principio de eficiencia, y que su decisión es conforme a derecho, a estar dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa.

**SÉPTIMO. Sobre la no disposición de SUMAR de personal y medios suficientes para prestar el encargo.**

La parte actora alega incumplimiento del artículo 32.2 d.2 de la LCAP que prevé la necesaria *“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”*.

Alega que en el pliego de condiciones se prevé la subrogación del personal asignado al servicio que actualmente tiene la empresa Fundació S 21 con el Consell Comarcal del Maresme. Que si SUMAR dispusiera del personal idóneo para prestar el Servicio encargado no le sería necesario proceder a la subrogación de los trabajadores que venían ejecutando el servicio.

El hecho de que los trabajadores pasen a SUMAR por subrogación no implica en absoluto que ésta no cuente con medios personales apropiados, pues los trabajadores pasan a ser trabajadores de SUMAR. El Ayuntamiento ha podido juzgar mejor la adecuación de estos medios personales con los que contará, al ser los mismos con los que se venía prestando el servicio. En la memoria se hace



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





además un análisis de los medios personales con los que contará el servicio (folios 165 ss del expediente), lo que acredita que se ha verificado su adecuación.

#### **OCTAVO.- En cuanto a la irregularidad formal relativa a la suscripción del Convenio.**

La parte actora alega que el Convenio de encargo no consta firmado por ninguna de las partes ni fechado.

El Ayuntamiento ha aportado copia del convenio debidamente firmado y datado el 27 de diciembre de 2021, con posterioridad a la adopción del acuerdo recurrido, por lo que decae este motivo de impugnación.

#### **NOVENO. Sobre la vulneración de la libre competencia.**

Alega la parte actora que SUMAR tiene una libertad y vocación de mercado que no son compatibles con la consideración como medio propio tanto por su ámbito de actuación geográfico, como por su objetivo de obtención de beneficios, que nunca revierten en el Ente Local que efectúa el encargo.

En el artículo 1 de los estatutos de SUMAR se señala que actuará principalmente para la prestación de servicios sociales de interés público para las personas mayores que sean titularidad de sus socios y dentro del ámbito territorial de los mismos, constando que casi el 90% de su actividad es para la prestación de servicios sociales titularidad de sus socios. El resto de su actividad, con excepción de un 2,62% en 2019 y un 1% en 2020, consiste en la prestación de servicios gestionados mediante convenio de encargo de gestión con la Generalitat de Catalunya. En el artículo 44 se prevé que los servicios prestados minoritariamente por SUMAR al mercado, al margen de los encargos de gestión de sus socios, incluirán un margen comercial adecuado a la situación de mercado. Si bien es cierto por tanto que está prevista una posible actuación de SUMAR en el mercado al margen de los encargos, ello no implica que no pueda ser considerado un medio conjunto, mientras se respete el requisito de que *“más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores”*. Así, la sentencia del TJUE caso Sea, de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-573-07) señala en su considerando 79, que la facultad reconocida a la sociedad adjudicataria de prestar servicios a operadores económicos privados, siendo meramente accesoria a su actividad esencial, no impide que el objetivo principal de



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	





dicha sociedad siga siendo la gestión de servicios públicos. Y que la existencia de tal facultad no basta para considerar que la citada sociedad tiene vocación de mercado que precariza el control por las entidades que la poseen. Habiéndose analizado el cumplimiento de todos los requisitos para que SUMAR sea considerando un medio propio conjunto, no puede considerarse que se produzca una vulneración del principio de libre competencia.

#### **DÉCIMO. Costas.**

Dado que la cuestión sometida a consideración suscita serias dudas de carácter jurídico, no procede condena en costas.

En virtud de todo lo expuesto

### **FALLO**

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO - ASADE, sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días siguientes a su notificación en este Juzgado para que conozca del mismo la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a cuyos efectos se acompaña a la notificación diligencia informativa de los depósitos precisos para recurrir.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a la causa, quedando el original en el libro de resoluciones definitivas de este Juzgado, lo pronuncio, mando y firmo.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html</a>		Codi Segur de Verificació: 6EH9G0T8K51JRX6VBBDWYKTMGB9BTGZ	
Data i hora 04/10/2023 13:25		Signat per Urbón Reig, Irene;	

