

Nº 25  
Primer trimestre 2021

# Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**Número 25. Marzo 2021**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 24

Diciembre 2020

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA**

**Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.  
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.  
Funcionario de carrera en excedencia.

### **D. Leopoldo J. Gómez Zamora**

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## COMITÉ CIENTÍFICO



**D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

**D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**D. Isaac Martín Delgado**

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

**CONSEJO EVALUADOR EXTERNO**

**D. José Ramón Chaves García**

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

**D<sup>a</sup> Concepción Campos Acuña**

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

**D. Jordi Gimeno Bevia**



Vicedecano de Investigación e Internacionalización.  
Facultad de Derecho de la UNED.

**D. Jorge Fondevila Antolín**

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y  
Justicia. Gobierno de Cantabria.  
Cuerpo de Letrados.

**D. David Larios Risco**

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La  
Mancha.

**D. José Joaquín Jiménez Vacas**

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior  
de Administración General de la Comunidad de Madrid

**D. Javier Mendoza Jiménez**

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de  
la Universidad de La Laguna.





## SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción .....	11

## **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

### **SECCIÓN NACIONAL**

POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	
D. Alfonso Sánchez García .....	15
ACERCA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE NAVARRA EN MATERIA DE TRÁFICO	
D. Francisco Negro Roldán .....	93
RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE GOBIERNO	
D. José Joaquín Jiménez Vacas.....	149
ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL: CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROCESALES. EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, Y SU REDACCIÓN EN EL RDL 6/2019	
D. Cecilia Alvarez Losa y D. Juan José González López .....	183



LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: LA ADJUDICACIÓN  
DIRECTA COMO ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL  
D<sup>a</sup> Arantza Martín Egaña ..... 250

LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR  
EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN  
D<sup>a</sup> María Maldonado Araque.....353

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA:  
IMPUNIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL  
D<sup>a</sup> María del Mar Imaz Montes.....418

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR  
JAIME PINTOS SANTIAGO**

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESPACIO EUROPEO  
DE INVESTIGACIÓN  
D. Antonio Maniatis.....477

MECANISMOS DE CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE  
OBRAS PÚBLICAS  
D. Jans Erik Cavero Cárdenas..... 493

**BASES DE PUBLICACIÓN ..... 544**



## EDITORIAL

En el número 25 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Alfonso Sánchez García con el artículo que lleva por título "Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica". El autor aborda con maestría como la interoperabilidad constituye un elemento de carácter "básico, estructural y esencial" de la administración electrónica y, en consecuencia, de la contratación pública electrónica.

A continuación, D. Francisco Negro Roldán analiza en un interesante y profuso trabajo la actualización de las competencias de Navarra en materia de tráfico.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. José Joaquín Jiménez Vacas que aborda el Régimen de los órganos colegiados de Gobierno.

Cecilia Alvarez Losa y Juan José González López en su artículo "Acoso laboral en el ámbito funcional: cuestiones procedimentales y procesales" analizan con brillantez las cuestiones procedimentales y procesales



más relevantes, que pueden plantearse en relación con el acoso laboral en el ámbito del empleo público.

D<sup>a</sup>. Arantza Martín Egaña analiza pormenorizadamente los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social.

D<sup>a</sup> María Maldonado Araque profundiza en un gran trabajo sobre la protección del interés superior del menor en los procesos de mediación.

D<sup>a</sup> María del Mar Imaz Montes cierra la sección nacional con el artículo Crímenes de lesa humanidad en España: Impunidad y Derecho Internacional.

Por último, la sección nacional se cierra con dos trabajos, uno, de D. Antonio Maniatis que hace una reflexión sobre la contratación pública en el Espacio Europeo de Investigación y otro, de D. Jans Erik Cavero Cárdenas con el trabajo titulado "Mecanismos de control en la ejecución de obras públicas", un interesante artículo en el que aborda la contratación pública de obra, centrándose el autor específicamente en la fase de ejecución contractual

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN NACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**





## **LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: LA ADJUDICACIÓN DIRECTA COMO ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL**

**D<sup>a</sup> Arantza Martín Egaña**

Subdirectora de contratación del Servicio Riojano de  
Salud. Adjunta a la D.G. Contratación del Ayto. de  
Logroño en asignación de servicios especiales

**Resumen:** La figura del concierto social, introducida por la mayoría de las CCAA en sus legislaciones como instrumento no contractual expresamente reconocido en la Disposición Adicional 49ª LCSP para la gestión de los denominados "servicios a las personas", se ha revelado como la mejor fórmula para la prestación de estos servicios de interés general por su capacidad para cohonestar sus especiales características con los principios que deben presidir su actuación, asegurando tanto una respuesta eficaz a la satisfacción de necesidades sociales de colectivos desfavorecidos, como la garantía de una atención personalizada e integral. Se trata, por tanto, de una figura con innegables virtudes, tanto por la calidad, estabilidad y continuidad que ofrece a los usuarios de los servicios, a los que implica, además, en la toma de decisiones, como por su flexibilidad, eficacia y competitividad. El principal problema se plantea en aquellos casos en los que no existe normativa autonómica de desarrollo, lo que obliga a analizar otras



posibles soluciones para la adjudicación de este tipo de prestaciones, como alternativa al concierto, en tanto se aprueba el correspondiente desarrollo autonómico.

**Abstract:** The figure of social concertation, introduced into most of the autonomous regions legislation as a non-contractual instrument expressly recognized in the Additional Provision 49th of LCSP, in order to manage what it is called "services to people", has proved to be the best formula for providing this kind of services of general interest, due to its capacity to explain away its special features and the principles which must govern its action, ensuring both effective response to satisfy social needs of disadvantaged groups, and guarantee of personalized and integral attention. It is therefore a figure with undeniable virtues, both for its quality, stability and continuity, offered to those who make use of these services, also involving them in decision-making, and for its flexibility, effectiveness and competitiveness. The main problem arises in cases where there are no regional development regulations, thus making it necessary to analyze other possible solutions to allocation of these type of benefits, as an alternative to social concertation, pending adoption of corresponding regional development.

**Palabras clave:** "servicios a las personas", "modalidad no contractual", "concierto social", "comedor social", "reserva de contratos", "negociado sin publicidad", "consulta preliminar".

**Keywords:** "services to people", "non-contractual mode or modality", "social concertation", "social dining", "reservation of a contract", "negotiated procedure without advertising", "preliminary consultation".



## **SUMARIO:**

**1 INTRODUCCIÓN. 2 LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: RÉGIMEN JURÍDICO. 2.1 "SERVICIOS A LAS PERSONAS": CARACTERIZACIÓN. 2.2 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PRESTACIÓN DE ESTOS SERVICIOS. 2.3 MODALIDADES DE ARTICULACIÓN. 2.3.1 FÓRMULAS CONTRACTUALES. 2.3.1.1 RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS O CONCESIONES DE SERVICIOS ESPECIALES. 2.3.1.2 RESERVA DE CONTRATOS. 2.3.2 FÓRMULAS NO CONTRACTUALES: ACCIÓN CONCERTADA O CONCIERTO SOCIAL. 3 ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE CONCIERTO SOCIAL. 3.1 CONCEPTO Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONCIERTO SOCIAL. 3.2 OBJETO Y PRINCIPIOS DEL CONCIERTO SOCIAL. 3.3 REQUISITOS DE ACCESO AL RÉGIMEN DE CONCIERTO SOCIAL. 3.4 PROCEDIMIENTO DE CONCERTACIÓN Y CRITERIOS DE PREFERENCIA. 3.5 CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES. 3.6 CONTROL DE LOS SERVICIOS CONCERTADOS. 3.7 RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN. 3.8 RECAPITULACIÓN. 4 DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: ESTUDIO DE UNA SOLUCIÓN VALLE A LA ESPERA DEL CORRESPONDIENTE DESARROLLO AUTONÓMICO. 4.1 ANTECEDENTES. 4.2 SITUACIÓN ACTUAL. 4.3 POSIBLES SOLUCIONES: JUSTIFICACIÓN DE SU VIABILIDAD JURÍDICA. 4.3.1 RESERVA DE CONTRATOS (D.A. 48º LCSP). 4.3.2 ADJUDICACIÓN DIRECTA. 4.3.3 CONSULTA PRELIMINAR AL MERCADO. 5 CONCLUSIONES. 6 BIBLIOGRAFÍA**

## **1 INTRODUCCIÓN**



Los denominados “servicios a las personas” pueden definirse como aquellas actividades de interés general, esenciales para satisfacer las necesidades básicas de la población, en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente al de eficiencia económica. Por ello, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la atención, transparencia y calidad.

Teniendo en cuenta que los clásicos procedimientos de contratación utilizados para la adjudicación de estos servicios nunca han mostrado un encaje perfecto ni con sus especiales características ni mucho menos con los principios que deben inspirar su organización, tanto la normativa europea como el derecho interno reconocen la posibilidad de organizar este tipo de prestaciones de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos. Por tanto, la aplicación de la normativa de contratación pública no es la única opción que tienen los Estados miembros para la gestión de los llamados “servicios a las personas”.

En consecuencia, la figura del concierto social, cuyos contornos han sido definidos a partir de la jurisprudencia del TJUE, ha sido introducida por la mayoría de las CCAA en sus legislaciones como instrumento no contractual para la prestación de este tipo de servicios, al amparo de la Disposición Adicional 49ª LCSP.

Se trata de una fórmula cuya principal virtud radica en su capacidad para coherente las especiales características de los servicios a las personas con los principios que deben presidir su organización, como son la atención personalizada, e integral, el arraigo de la persona en su entorno social, la continuidad en la atención y la calidad, garantizando una actuación eficaz y una adecuada respuesta a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad. Además, permite reconocer el papel fundamental que las entidades sin ánimo de lucro vienen realizando en la



gestión de este tipo de prestaciones, tanto por su enorme aportación de recursos humanos, económicos y materiales, como por su amplia experiencia, contribuyendo, de esta forma, a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias.

Su principal inconveniente, no obstante, es que requiere del pertinente desarrollo autonómico, sin el cual no es posible su implementación.

Partiendo de este importante escollo, y precisamente para resolver el problema provocado por la imposibilidad de utilizar la figura del concierto social para la adjudicación de este tipo de servicios por no contar con la imprescindible legislación autonómica de desarrollo, se plantea el presente trabajo en el que, tras estudiar el régimen jurídico específico aplicable a los "servicios a las personas" conformado por la normativa europea, la jurisprudencia comunitaria y el derecho interno (capítulo 2), realizar un pormenorizado análisis comparado de la legislación dictada por las distintas CCAA en materia de acción concertada (capítulo 3), y mantener reuniones periódicas con todas las partes interesadas, se ofrecen distintas alternativas para solucionarlo. El resultado obtenido tras la utilización de una herramienta tan potente como eficaz será determinante para la elección del planteamiento finalmente aplicable (capítulo 4).

Por último, se formulan una serie de conclusiones (capítulo 5) que se infieren de la investigación realizada conforme a la metodología expuesta.

## **2 LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: RÉGIMEN JURÍDICO**

### **2.1 "SERVICIOS A LAS PERSONAS": CARACTERIZACIÓN**

A la hora de delimitar el concepto de los llamados "servicios a las personas" nos topamos con serias



dificultades puesto que no encontramos una definición clara de los mismos ni en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que se limita a señalar en su Considerando 114 que podemos englobar dentro de dicha denominación a “ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos”, ni en 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), que en su exposición de Motivos, únicamente incorpora al mencionado listado los servicios farmacéuticos.

La Comisión Europea, por su parte, tampoco alude con carácter general a los servicios a las personas, refiriéndose únicamente en su Comunicación de 26 de abril de 2006 (*Aplicación del programa comunitario de Lisboa- Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*), a cierta clase de ellos, los servicios sociales, definiéndolos como aquellos servicios de interés general que ocupan un lugar específico como pilares de la sociedad y la economía europeas, tanto por su contribución a varios objetivos y valores esenciales de la Comunidad (un alto nivel de empleo y de protección social, un elevado nivel de protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial), como por el carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales como la dignidad y la integridad de la persona. Debido a este carácter, al ejercer su misión de interés general, los servicios sociales presentan una o varias de las siguientes características organizativas<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Así lo ha venido recordando la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión *-Aplicación del programa*



- a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;
- b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;
- c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;
- d) participación de voluntarios y benévolos, expresión de una capacidad ciudadana;
- e) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;
- g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación "normal" de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

Teniendo en cuenta estas particularidades, que aunque referidas exclusivamente a los servicios sociales, considero aplicables también a los servicios sanitarios y educativos, podemos definir los llamados "servicios a las personas" como aquellas actividades de interés general

---

*comunitario de Lisboa- Servicios sociales de interés general en la Unión Europea, de 26 de abril de 2006, COM(2006) 177 final.*



que son esenciales para satisfacer las necesidades básicas de la población y garantizar el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, contribuyendo a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias, y favoreciendo elevados niveles de protección social.

Se trata, por tanto, de servicios que tienen como eje central a la persona, y en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente al de eficiencia económica. Por ello, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la atención, transparencia y calidad<sup>2</sup>.

Cuando se trata de este tipo de servicios, la mayoría de la doctrina considera que la eficiencia no puede ser interpretada exclusivamente en clave económica, sino que debe velarse por garantizar un adecuado estándar de calidad en la prestación de los mismos<sup>3</sup>.

En este contexto, la experiencia de las entidades que han venido encargándose de la ejecución de estas actividades de interés general resulta fundamental para garantizar la calidad asistencial y la sostenibilidad del

---

<sup>2</sup> En esos términos se ha manifestado DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA (2019): "Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público", Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019), Vol. Nº 50.

<sup>3</sup> Así lo ha advertido el profesor GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019), Capítulo 6.2: "Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de los servicios locales" del Vol. Col. *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, LRJSP y la LRSAL-VV.AA.*, Editorial Wolters Kluwer, abril 2019 (págs. 689 a 710).



sistema, aportando un valor añadido a la gestión de este tipo de servicios y una mejor protección social.

Por ello, las entidades sin ánimo de lucro, que constituyen el tercer sector de acción social, en tanto organizaciones regidas por el principio de solidaridad, van a gozar, como veremos, de un papel fundamental como agentes colaboradores con la Administración en la prestación de los servicios a las personas, no sólo por la mejora continua en la atención a las personas beneficiarias, sino por la calidad de los recursos que ofertan, asegurando una respuesta eficaz a la satisfacción de las necesidades sociales y la garantía de una atención personalizada e integral.

## **2.2 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PRESTACIÓN DE ESTOS SERVICIOS**

Una vez definidos los servicios a las personas en los términos expuestos, es necesario precisar su régimen jurídico.

En este sentido, es menester señalar que los Estados miembros tienen competencia para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico sin que ello afecte a las disposiciones de los Tratados. Así lo ha reconocido tanto el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo número 26, interpretativo de sus disposiciones, como el Considerando número 6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que recuerda esto mismo para los servicios sociales, aclarando expresamente que los que sean de interés general y no económicos, deben quedar excluidos de su ámbito de aplicación.

La peculiaridad de la gestión de los servicios a las personas ha sido reconocida, por tanto, por la propia



Comisión Europea y se ha visto plasmada en la aprobación de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que establecen nuevas posibilidades respecto de la organización de estos servicios.

Teniendo en cuenta las especiales características de este tipo de prestaciones, y, en concreto, su dimensión transfronteriza limitada, se establece para ellas un régimen de contratación particular, alejado de una perspectiva puramente mercantil o económica, que garantice tanto la consecución de los valores y principios propios de estos servicios, como la satisfacción de las necesidades específicas de los usuarios. Así se deduce de los Considerandos 6, 28, 114 y 118, y artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE.

La articulación de este régimen específico para los llamados "servicios a las personas" se encuentra plenamente justificada por tratarse de servicios que, por su propia naturaleza, se prestan en un contexto particular, distinto en cada Estado miembro, dadas las diferentes tradiciones culturales, motivo por el cual debe establecerse un umbral más elevado que el que se aplica al resto de servicios (750.000 €, tal y como establece el artículo 4 d) de la Directiva 2014/24/UE, y en los mismos términos el artículo 22.1 c) LCSP, frente a los 221.000 € con carácter general).

De esta forma, los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral, están sometidos a normas de transparencia en toda la Unión, teniendo los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la elección de los proveedores de los mismos, al imponerles únicamente la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato, y permitirles la aplicación en dicha elección, de criterios de calidad específicos.



Por el contrario, los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral, no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, por lo cual *“los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales **de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos**, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”*.

Así lo ha manifestado el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE<sup>4</sup>, dejando claro que la aplicación de la normativa contractual no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas.

En los mismos términos se expresa la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público respecto de ciertos servicios

---

<sup>4</sup> Y en los mismos términos, la Enmienda número 907 al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público firmada por Francesc Homs Molist del Grupo Parlamentario Mixto, cuyo texto, pese a que finalmente no fue incorporado a la LCSP, resulta especialmente clarificador del diferente régimen jurídico de los servicios a las personas en función del umbral de regulación armonizada (*“..... se plantea un doble sistema, según los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos se hallen o no por encima del umbral de regulación armonizada, ya que las Directivas dejan establecido de forma muy clara que aquellos servicios sociales por importe superior a 750.000 euros deben adjudicarse a través de —y con la categoría de— contratos públicos, mientras que los de importe inferior pueden quedar excluidos de la legislación y la clasificación como contratos públicos*).



sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos y educativos, que no requieren la celebración de contratos públicos. Pese a ello, sorprende comprobar que dicho catálogo no se traslada después al articulado de la LCSP, puesto que el supuesto de exclusión previsto en el artículo 11.6 LCSP se refiere únicamente a los servicios sociales.

No obstante, y pese a la discrepancia advertida, coincido plenamente con Bernabé PALACÍN SÁENZ cuando afirma que *"a la vista de la jurisprudencia del TJUE, de los considerandos (6) y (114) de la Directiva 2014/24/UE, y de la finalidad expresada en la exposición de motivos de la LCSP 2017, puede mantenerse igualmente la no necesidad de celebrar contratos públicos cuando se trate de aquellos servicios sanitarios y educativos, por debajo del umbral armonizado<sup>5</sup>."*

De la regulación expuesta, se desprende, por tanto, un régimen complejo, en función de que nos encontremos ante contratos que tengan por objeto servicios sociales y otros específicos del Anexo IV de la LCSP (Anexo XIV de la Directiva) sujetos a regulación armonizada, cuyo umbral sea igual o superior a 750.000 € para los contratos de servicios (artículo 22 LCSP) y de 5.225.000 € para las concesiones de servicios (artículo 20.1 LCSP), o contratos no sujetos a regulación armonizada, por debajo de dichos umbrales.

Los contratos de este tipo de servicios que superen el referido umbral están sujetos a la Directiva y a la LCSP, y por tanto, a procedimientos contractuales. Por el contrario, tratándose de servicios sociales por debajo del umbral señalado, pueden articularse procedimientos no

---

<sup>5</sup> PALACÍN SÁENZ, BERNABÉ (2017): "Novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas", El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 23/2017, de 15 de diciembre.



contractuales, si bien se precisa la existencia de una norma autonómica, tal y como prevé la Disposición Adicional 49ª de la LCSP, puesto que son las CCAA las que ostentan la competencia para la gestión de estos servicios.

### **2.3 MODALIDADES DE ARTICULACIÓN**

La aplicación de la normativa de contratación pública, como ya hemos advertido, no es la única opción que tienen los Estados miembros para la gestión de los servicios a las personas, ya que tanto el derecho europeo como el derecho interno reconocen la posibilidad de organizar este tipo de servicios de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos.

En este sentido, la Disposición Adicional 49ª de la LCSP permite que las CCAA legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social. Y así lo han hecho muchas de ellas, tal y como veremos al analizar la legislación autonómica dictada al respecto.

Esta posibilidad de arbitrar fórmulas no contractuales, es precisamente eso, una mera posibilidad, que, por tanto, no excluye la tramitación de un procedimiento de contratación sometido a la Ley, si así se decidiera por el órgano de contratación, para la adjudicación de servicios sociales por debajo del umbral señalado.

En consecuencia, los Estados miembros tienen libertad para elegir la forma de organización y prestación de estos servicios, pudiendo optar por fórmulas contractuales, o no contractuales, si bien no se trata de una libertad ilimitada de decisión, puesto que está condicionada al cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Así lo ha entendido VÁZQUEZ MATILLA, JAVIER (2018): "La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas



### 2.3.1 Fórmulas contractuales

Los contratos que tengan por objeto servicios sociales y otros específicos del Anexo IV de la LCSP (Anexo XIV de la Directiva) cuyo valor estimado sea igual o superior a 750.000 €, tal y como ha quedado expuesto, deben necesariamente adjudicarse siguiendo el procedimiento especial previsto a tal efecto en la LCSP, procedimiento que podrá también ser utilizado cuando se trate de servicios por debajo de dicho umbral, si así lo decidiera el órgano de contratación.

Dada la naturaleza de este tipo de prestaciones, cuyas características han sido definidas en el apartado 1 del presente epígrafe, es obvio que nos encontramos ante contratos de servicios en los términos dispuestos en el artículo 17 de la LCSP, por lo que resultará de aplicación, o bien el régimen jurídico previsto para los contratos de servicios o concesiones de servicios, siempre que en este último caso exista un traslado del riesgo operacional al concesionario que suponga una exposición real a las incertidumbres del mercado de acuerdo con lo señalado en el artículo 14.4 LCSP (en los mismos términos los considerandos 18 y 20 de la Directiva 2014/23/UE), o bien el régimen previsto en la Disposición Adicional 48ª LCSP sobre reserva de contratos.

Por tanto, son dos las posibilidades que ofrece la LCSP para la adjudicación de este tipo de servicios por encima del referido umbral:

- Régimen aplicable a los contratos de servicios o concesiones de servicios especiales.
- Reserva de contratos

---

sobre contratación pública”, Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Vol. Nº 158.



### **2.3.1.1 Régimen aplicable a los contratos de servicios o concesiones de servicios especiales.**

La LCSP, en coherencia con lo dispuesto en el considerando 114 de la Directiva, y teniendo en cuenta las singularidades de los servicios en cuestión, establece un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, que se distingue del general por las siguientes especialidades recogidas de forma dispersa a lo largo del articulado de la Ley:

- Se aplica únicamente a aquellos servicios individualizados en el Anexo IV LCSP, y en los Anexos IV, XIV y XVII de las Directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014, respectivamente;
- Umbral especial para los contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: 750.000 euros (art. 22.1.c).
- La duración de los contratos es distinta según nos encontremos ante un contrato de servicios (en general o de servicios a las personas), un contrato de concesión de servicios o un contrato especial de los recogidos en el Anexo IV.

Con carácter general se establece un plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas, para los contratos de servicios de prestación sucesiva (artículo 29.4 LCSP), si bien excepcionalmente, se podrá establecer un plazo de duración superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.



No obstante, en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas podrá establecerse un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente.

Tratándose de contratos de concesión de servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.6 LCSP, tendrán un plazo de duración limitado, que se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. En los mismos términos se expresa el artículo 18 de la Directiva de Concesiones, puntualizando el Considerando 52 de dicha Directiva que con esta previsión se pretende evitar el cierre del mercado y la existencia de restricciones injustificadas a la libre competencia derivadas de la determinación de un plazo excesivo de vigencia del contrato.

- En contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.1 párrafo segundo LCSP, el órgano de contratación, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva.

- El artículo 131.2 LCSP exige la utilización del procedimiento restringido para la adjudicación de los



contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV.

Por su parte, el párrafo 4 del citado precepto exime de la aplicación de las disposiciones de la Ley relativas a la preparación y adjudicación de los contratos en aquéllos que tengan por objeto la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros. Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución.

- En los contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV la convocatoria de licitación se realizará en todo caso mediante el anuncio de información previa (artículo 135.5 LCSP), que podrá abarcar un plazo superior a 12 meses, tal y como señala el artículo 134.6 párrafo segundo.

-El artículo 145.3 LCSP exige para estos contratos la aplicación de más de un criterio de adjudicación, concretando en su párrafo g) que en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación (artículo 145.3 g).

-Por su parte, el artículo 167 f) LCSP permite la utilización del procedimiento de licitación con negociación cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus



características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.

- El anuncio de información previa de las concesiones de servicios especiales del anexo IV se publicará en el DOUE y en el perfil del contratante (DA 36ª).

- Por último, la Disposición Adicional 47ª LCSP, regula en los mismos términos que el artículo 76.2 de la Directiva 2014/24/UE los principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV, señalando que *"los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio."*

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 76.2, concreta los criterios de calidad y de sostenibilidad que podrán utilizarse en la adjudicación de los contratos de servicios sociales, refiriéndolos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

Además de estas singularidades, en opinión de José María GIMENO FELIÚ *"resulta posible (y muy*



*conveniente) la articulación de un procedimiento "especial" de contratación donde podrían tenerse en cuenta aspectos tales como: la especial valoración de la solvencia de las empresas licitadoras; la determinación de criterios de adjudicación que pongan en valor la calidad/precio; la necesaria regulación de supuestos de anormalidad en estos contratos (tanto de la oferta técnica como de la económica) y la determinación de condiciones especiales de ejecución, en concreto, prohibición de "deslocalización" de servicios que pretendan una precarización laboral, y fijación de una retribución mínima que preserve la calidad del servicio y evite la conflictividad laboral<sup>7</sup>.*

### **2.3.1.2 Reserva de contratos:**

Esta posibilidad se halla regulada en la Disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP de forma idéntica a lo previsto en el art. 77 de la Directiva 2014/24/CE.

Dicho precepto permite reservar a determinadas organizaciones, empresas de inserción y centros especiales de empleo (en ambos casos, "de iniciativa social"), el derecho a participar en los procedimientos de licitación que se convoquen para la contratación de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV (Anexo XIV de la Directiva) bajo determinados códigos CPV, siempre que dichas organizaciones cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

---

<sup>7</sup> GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) Ob. Cit. página 3 (págs. 689 a 710).



- a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.
- b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.
- c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
- d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

Se establece, en este caso también, un plazo específico de duración máxima de este tipo de contratos, que no excederá de tres años.

De esta forma, se posibilita, por tanto, la reserva de los contratos citados a determinadas organizaciones sin ánimo de lucro, si bien, deberá articularse un procedimiento de contratación de los previstos en la LCSP entre todas aquéllas que cumplan los requisitos acumulativos señalados.

La reserva de contratos, pese a ser una oportunidad que ofrece la Ley para reforzar el papel de la contratación pública como herramienta para la consecución de políticas sociales, es una figura escasamente utilizada. Teniendo en cuenta las ventajas que lleva aparejadas, considero que debería potenciarse su uso, ya que no supone mayor coste para la Administración y permite la obtención de beneficios sociales y de empleo derivados de la actividad desarrollada por las empresas de



inserción y los centros de empleo de iniciativa social con los colectivos con los que trabajan<sup>8</sup>.

### **2.3.2 Fórmulas no contractuales: Acción concertada o Concierto social.**

Analizadas las fórmulas contractuales, sus especialidades, y su modalidad de reserva a favor de organizaciones sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos previstos en la Disposición Adicional 48<sup>a</sup>, es preciso fijar la atención en otras fórmulas que no reúnen las características propias de la relación contractual, prevista en la LCSP y que, sobre la base de lo expuesto pueden extraerse de su régimen jurídico.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, admitiendo excepciones al principio de libre competencia en favor de entidades sin ánimo de lucro siempre que se cumplan una serie de condiciones que han sido perfiladas a través de tres sentencias paradigmáticas, cuyo contenido va a ser objeto de análisis en este apartado.

Por otra parte, el considerando 114 de la Directiva, como ya hemos señalado, permite la utilización de fórmulas no contractuales para la organización y gestión de los servicios a las personas por debajo del umbral comunitario. Con base en dicho considerando, la LCSP, en su Disposición Adicional 49<sup>a</sup> habilita a las CCAA para la articulación de este tipo de instrumentos, siempre que no existan límites ni cuotas y se garantice una publicidad suficiente.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y las regulaciones, europea, a través de las Directivas de

---

<sup>8</sup> Así lo ha entendido MENDOZA JIMÉNEZ JAVIER (2019): "Los contratos reservados, política social a coste cero", <https://www.jaimepintos.com/los-contratos-reservados-politica-social-a-coste-cero/>



contratación, de derecho interno, a través de la LCSP, y de desarrollo autonómico, sobre la base de la Disposición Adicional 49ª, las posibilidades que existen para la articulación de este tipo de servicios al margen de la relación contractual son los llamados acuerdos de acción concertada o conciertos sociales.

Tradicionalmente, los poderes adjudicadores, como alternativa a la gestión directa, han venido organizando la prestación de los servicios a las personas a través de fórmulas contractuales, generalmente mediante contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de "concierto" o "concesión", si bien la aplicación de los clásicos procedimientos de contratación nunca ha mostrado un encaje perfecto ni con las especiales características de este tipo de servicios, que requieren una actuación eficaz y eficiente que garantice una adecuada respuesta a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad, ni mucho menos con los principios que deben presidir la gestión de este tipo de prestaciones, como son la atención personalizada e integral, el arraigo de la persona en el entorno de atención social, la elección de la persona y continuidad en la atención, y la calidad. Todo ello ha dificultado que en la organización de estos servicios de interés general pudieran participar, en mayor medida, las entidades sin ánimo de lucro.

Teniendo en cuenta la falta de claridad de la normativa contractual y sus carencias para dar respuesta a la gestión de estos servicios, la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha reconocido la figura de los conciertos sociales al sancionar expresamente en su disposición adicional 49ª la competencia legislativa de las comunidades autónomas para articular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, al mismo tiempo que en el apartado sexto del artículo 11 los



excluye de su ámbito de aplicación, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Se exige, por tanto, previsión legal expresa por parte de las CCAA, puesto que éstas han asumido competencias exclusivas en materia de Servicios Sociales.

Tal y como vamos a analizar en el epígrafe siguiente, numerosas CCAA, algunas incluso antes de la promulgación de la LCSP, y con base en la jurisprudencia y en las Directivas Comunitarias, adoptaron en sus legislaciones este tipo de instrumentos organizativos, motivo por el cual se ha calificado a dicha normativa autonómica como de adelantada a la legislación estatal<sup>9</sup>. De acuerdo con lo dispuesto en las distintas regulaciones autonómicas de desarrollo podemos definir la acción concertada o el concierto social como *“aquel instrumento organizativo por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos.”*

El concierto social debe servir para la consecución de una mayor protección social a las personas y para dotar de mayor calidad, estabilidad y continuidad al conjunto de servicios a las personas, reconociendo el papel esencial de las entidades sin ánimo de lucro en la prestación de estos servicios, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El procedimiento para la formalización estos acuerdos de acción concertada podrá realizarse, previa declaración de entidad apta para la concertación social, a través de alguna de las siguientes modalidades:

---

<sup>9</sup> Así lo ha entendido MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2017) en el marco de la Ponencia “Novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público” en el VIII Seminario de Contratación Pública en Formigal (Huesca), 20 a 22 de septiembre de 2017.



- En régimen de libre concurrencia a través de la valoración de las solicitudes admitidas de acuerdo a los criterios de adjudicación y de preferencia, en caso de empate.
- Mediante adjudicación directa y sin publicidad a entidades sin ánimo de lucro, posibilidad ésta avalada por la jurisprudencia del TJUE en las Sentencias de 17 de junio de 1997, Sodemare, asunto C-70/95, de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale nº 5 "Spezzino" y otros, asunto C-113/13, y de 28 de enero de 2016, Casta y otros, asunto C-50/14).

Dado que el procedimiento de concertación en régimen de libre concurrencia va a ser analizado en el capítulo siguiente al estudiar la legislación autonómica dictada en la materia, vamos a centrarnos ahora en la modalidad de acción concertada mediante adjudicación directa.

En este sentido, es preciso señalar que el Derecho Europeo permite la posibilidad de adjudicar directamente, sin ningún tipo de publicidad, la prestación de servicios de interés general de atención directa a las personas a entidades sin ánimo de lucro, siempre que el marco en el que desarrollen su actividad contribuya a las finalidades de solidaridad y eficacia presupuestaria, y no comporte una alteración de la competencia.

La observancia de los principios de solidaridad y de eficacia presupuestaria constituye, por tanto, el principal fundamento para excepcionar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos, excepción, que requiere, el cumplimiento previo de dos requisitos:

- a) Un requisito objetivo: que se trate de servicios contemplados en el Anexo II B) de la Directiva



2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, cuya categoría 25 se refiere expresamente a los servicios sociales y de salud<sup>10</sup>.

b) Un requisito subjetivo: que se trate de organizaciones o entidades sin ánimo de lucro, considerándose tales aquéllas que desarrollen una actividad en beneficio de la comunidad con la que no persigan la obtención de ganancia alguna y, que en caso de obtener beneficios económicos de manera circunstancial, los destinen al cumplimiento de su acción social<sup>11</sup>.

Se exige este requisito por entender que la inexistencia de ánimo de lucro resulta ser el medio más coherente para la satisfacción de las finalidades exclusivamente sociales del sistema, dado que las decisiones tomadas por parte de los operadores privados que no persiguen un fin lucrativo no están influidas por la exigencia de obtener beneficios de la prestación de servicios, precisamente para que estos operadores persigan con carácter prioritario las finalidades sociales<sup>12</sup>.

Para fundamentar la adjudicación directa a este tipo de entidades, el Tribunal de Justicia parte de dos premisas: la primera de ellas, que *“un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el mero*

---

<sup>10</sup> Tras la promulgación del paquete de Directivas de 4ª generación y su trasposición al derecho interno a través de la LCSP, dicha mención debe entenderse referida a los servicios individualizados en el Anexo IV del referido texto legal, y en los Anexos IV, XIV y XVII de las Directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014, respectivamente.

<sup>11</sup> Ver Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2019, Solingen y Otros, Asunto C-465/17, apartado 77.

<sup>12</sup> Ver Sentencia TJUE de 17 de junio de 1997, Sodemare, asunto C-70/95, apartado 31.



*hecho de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro o de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado” (sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, apartado 29), y la segunda, que la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora, es constitutiva de una diferencia de trato (en perjuicio de las empresas de otros Estados miembros que pueden estar interesadas en ese contrato), salvo que esté justificada por circunstancias objetivas. En caso contrario, constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Irlanda, apartados 30 y 31; Comisión/Italia, apartado 64; y Comisión/Italia, apartado 66)<sup>13</sup>.*

El Tribunal, teniendo en cuenta estos presupuestos, y tras analizar un conjunto de aspectos, tales como la naturaleza de las prestaciones, el efecto presupuestario positivo de los conciertos y, por su esencia, la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de los mismos, entiende, no obstante, que concurren dichas circunstancias objetivas, dado que el modo de organización de este tipo de servicios está inspirado en los principios de universalidad, de solidaridad, de eficiencia económica y de adecuación, y que el recurso prioritario a este tipo de organismos persigue especialmente garantizar que el servicio se preste en condiciones de equilibrio económico en el plano presupuestario, por lo que considera que tal preferencia y la adjudicación directa a dichas entidades son

---

<sup>13</sup> Ver Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014 Azienda sanitaria locale nº 5 “Spezzino” y otros, C-113/13, apartados 37 y 52.



compatibles con el Derecho de la Unión, si bien, en todo caso, deben respetarse las siguientes condiciones<sup>14</sup>:

- El recurso prioritario a entidades sin ánimo de lucro, debe efectivamente contribuir a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria sobre los que descansa. A este respecto, se exige que, cuando participan en ese marco, estas organizaciones no persigan otros objetivos que los mencionados de solidaridad y eficacia presupuestaria, que no obtengan ningún beneficio por el hecho de realizar sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para suministrarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros.
- Por otra parte, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se estaría privando a esas organizaciones de la posibilidad efectiva de actuar en varios ámbitos en los que puede aplicarse normalmente el principio de solidaridad, la actividad de tales organizaciones debe respetar estrictamente los requisitos establecidos por la normativa nacional al respecto.
- Asimismo, la aplicación de esa normativa no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las organizaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las organizaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal.

---

<sup>14</sup> Ver Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014 Azienda sanitaria locale nº 5 "Spezzino" y otros, C-113/13, apartados 61 y 62.



- En cuanto al reembolso de los costes, debe velarse para que no se persiga ánimo de lucro alguno, ni siquiera indirecto, y para que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias organizaciones.
- Las actividades comerciales que realicen este tipo de entidades, en caso de estar autorizadas, deben ser marginales en relación con el conjunto de las actividades que desarrollen, pudiéndose cuantificar ese carácter marginal, inspirándose en los límites previstos por la Directiva 2014/24 en lo que atañe a la posibilidad de que un poder adjudicador contrate directamente con otro poder adjudicador<sup>15</sup>.

Por tanto, no basta la simple ausencia de ánimo de lucro sino que deben concurrir todas estas condiciones para que se les pueda atribuir a este tipo de entidades la prestación de servicios de interés general mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad. En caso contrario, se estarían conculcando los principios de la contratación pública y la decisión administrativa adoptada podría ser objeto de impugnación tanto ante las autoridades administrativas como de defensa de la competencia<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ver Sentencia TJUE de 28 de enero de 2016, Casta y otros, asunto C-50/14, apartado 79.

<sup>16</sup> Así lo ha advertido GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2018): "La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales", Revista Aragonesa de Administración Pública, Vol. Nº 52 (págs. 12-65).



Por otra parte, la falta de exigencia de publicidad implica que las autoridades públicas que recurren en esas condiciones a entidades sin ánimo de lucro no están obligadas en virtud del Derecho de la Unión a realizar una comparación previa entre las propuestas de las distintas organizaciones<sup>17</sup>.

Teniendo en cuenta el análisis de la jurisprudencia precedente, es obvio, tal y como afirma la mayoría de la doctrina, que la posibilidad de adjudicar directamente contratos de prestaciones personales de carácter sociosanitario a entes del tercer sector es una excepción a las reglas ordinarias de concurrencia propias de un contrato típico de servicios, amparada por el derecho comunitario<sup>18</sup>.

De esta forma se favorece la participación de las organizaciones sin ánimo de lucro en la prestación de estos servicios, reconociendo el papel esencial de este tipo de entidades para dar respuesta a las complejas necesidades de los usuarios, dada su dilatada experiencia, su excepcional aportación de todo tipo de recursos y su capacidad para complementar los servicios públicos, contribuyendo, desde el pleno respeto a los principios de solidaridad y eficiencia, a la mejora continua en la atención especializada a las personas beneficiarias de estas prestaciones, y proporcionando el máximo bienestar y una mayor calidad asistencial.

Pese a ello, tal y como afirma el profesor José María GIMENO FELIÚ, dicha preferencia "*deberá justificarse en*

---

<sup>17</sup> Ver Sentencia TJUE de 28 de enero de 2016, Casta y otros, asunto C-50/14, apartado 72.

<sup>18</sup> Así lo han afirmado CUBA VILA, BELÉN (2016): "Adjudicaciones directas y tercer sector: STJUE de 28 de enero de 2016", El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 12, Ref. 1446/2016, (pág. 1456), Editorial Wolters Kluwer; y GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) Ob. Cit. página 3 (págs. 689 a 710).



*la mayor calidad y eficiencia de la prestación desarrollada por estas entidades sociales<sup>19</sup> y "no puede convertirse en un "modelo exclusivo" que sólo permita la colaboración privada del denominado tercer sector<sup>20</sup>".*

En mi opinión, el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación directa de este tipo de prestaciones, debería definir motivadamente cuáles son los costes "admisibles" del servicio de que se trate, y exigir a las entidades sin ánimo de lucro la presentación de una memoria económica de explotación de dicho servicio cuyos costes deberían corresponderse con los fijados y justificados previamente por la Administración. Aceptar, sin más, que por el hecho de renunciar al beneficio industrial la eficiencia ya está garantizada supone un riesgo que no deberíamos correr, puesto que podemos estar retribuyendo las ineficiencias y desperdicios de dichas entidades, por ejemplo, en forma de sobrecostes en maquinaria o personal (salarios por encima de lo establecido en el Convenio Colectivo o incorporación de personal no necesario para la prestación del servicio), por lo que esta solución económica podría resultar más cara que la proveniente de un operador económico con ánimo de lucro.

Del régimen jurídico expuesto, podemos concluir señalando que existen distintas fórmulas para la gestión de los llamados "servicios a las personas", tanto contractuales (con ciertas singularidades) como no contractuales, incluida la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro amparada por la jurisprudencia del TJUE, si bien, tal y como afirma José María GIMENO FELIÚ *"la opción que se adopte no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de*

---

<sup>19</sup> GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2018) Ob. Cit. página 14 (págs. 12-65).

<sup>20</sup> GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) Ob. Cit. página 3 (págs. 689 a 710).



*indudable trascendencia social, que como actividad de interés general se rige principalmente por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación<sup>21</sup>.*

Estamos, por tanto, ante un régimen jurídico complejo, disperso y no uniforme, si tenemos en cuenta la disparidad de fórmulas de gestión de los servicios sociales y la regulación diferenciada que del concierto social hacen las distintas CCAA con competencia exclusiva para la gestión de estos servicios.

Hubiera sido deseable que, aprovechando la promulgación de la nueva LCSP, se hubiera clarificado el régimen jurídico aplicable a los servicios a las personas, a efectos de dotar de mayor certidumbre y seguridad jurídica al referido marco legal, posibilitando de esta forma una aplicación más garantista y uniforme de éste. Quizás el futuro desarrollo normativo se preocupe de este tipo de servicios, que son esenciales para la comunidad, e incluya una regulación básica y armónica que minimice las diferencias existentes entre los distintos territorios autonómicos.

### **3. ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE CONCIERTO SOCIAL**

La aplicación de la normativa contractual pública, tal y como afirma el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE y ha quedado expuesto a lo largo del Capítulo 1, no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades públicas para la gestión de los servicios a las personas<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) Ob. Cit. página 3 (págs. 689 a 710).

<sup>22</sup> Así lo ha manifestado, entre otros, DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA (2019) Ob. Cit. pág. 6.



Las formas actuales de prestación de este tipo de servicios, diseñadas al amparo del marco jurídico europeo, estatal y autonómico, se basan en una combinación equilibrada entre la gestión directa, la acción concertada y la gestión indirecta, con el fin último de dar la respuesta más eficaz y eficiente a las necesidades de las personas en situaciones de vulnerabilidad.

Sin embargo, y pese a las posibilidades que se establecen en la normativa europea, el régimen jurídico al que debe ajustarse la celebración de estos acuerdos de acción concertada no siempre ha estado claro, hasta el punto de que, en los últimos años, se ha venido asimilando este régimen de acuerdos a la modalidad de contratos públicos denominada conciertos.

A efectos de clarificar el régimen jurídico aplicable, la LCSP, con base en el citado Considerando, permite a las comunidades autónomas legislar articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, lo cual supone una mejora cualitativa en la posibilidad de prestar "los servicios de interés general", a través de nuevos instrumentos como la acción concertada, que queda, por tanto, expresamente reconocida en la disposición adicional 49ª LCSP.

Por tanto, la gestión de los servicios sociales puede realizarse, tanto con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público, como mediante acuerdos de acción concertada, careciendo en este último caso de naturaleza contractual, tal y como expresamente afirma la legislación autonómica dictada en la materia por las CCAA de Cataluña, Aragón, Valencia y Asturias.

La normativa Andaluza, por el contrario, configura el concierto como contrato administrativo especial, lo cual podría hacer dudar acerca de la verdadera naturaleza jurídica de este instrumento, no obstante lo cual, es



obvio que se trata de una modalidad diferenciada del concierto general regulado en el artículo 85.2 B) de la LRBRL y 277 c) del TRLCSP, texto vigente en el momento en que algunas CCAA aprobaron sus legislaciones (Cataluña, Galicia, Aragón y Baleares), y por tanto, excluida de su ámbito de aplicación, tal y como se aclara en el Preámbulo de las distintas regulaciones autonómicas, con base en el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE.

La acción concertada, como fórmula indirecta de provisión de servicios tiene como finalidad principal, la consecución de una mejor protección social a las personas asegurando tanto una respuesta eficaz a la satisfacción de necesidades sociales de colectivos desfavorecidos, como la garantía de una atención personalizada e integral, coherente con el arraigo de las personas en su entorno, así como con su participación en la elección de los servicios.

Se trata, por tanto, de una nueva fórmula organizativa de los servicios a las personas que trata de proporcionar la máxima calidad asistencial en la provisión de este tipo de servicios de responsabilidad pública para la consecución de objetivos de interés social.

La mayoría de las Comunidades Autónomas (Cataluña, Galicia, Aragón, Baleares, Navarra, Valencia, Murcia, La Rioja, Andalucía, Extremadura y Asturias), al amparo de la jurisprudencia del TJUE primero, y más recientemente, de acuerdo con la previsión específica recogida en la disposición adicional cuadragésimo novena LCSP, han promulgado normas que configuran esta forma de prestación de servicios a las personas de carácter social<sup>23</sup>:

---

<sup>23</sup> Cataluña: Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública. Galicia: Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.



La legislación dictada al efecto, cuyo análisis va a ser objeto de estudio en el presente capítulo, regula el régimen jurídico de la acción concertada asegurando una continuidad y una calidad en los servicios, necesaria para la consecución plena de los objetivos sociales fijados en la planificación autonómica.

A continuación, vamos a realizar un pormenorizado estudio comparativo de los aspectos centrales de la regulación autonómica en materia de concierto social.

---

Aragón: Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, y Orden CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón.

Baleares: Decreto 48/2017 de 27 de octubre, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales.

Navarra: Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.

Valencia: Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social.

Murcia: Decreto 10/2018 de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad.

La Rioja: Ley 2/2018, de 30 de enero, de medidas fiscales y administrativas para el año 2018.

Andalucía: Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.

Extremadura: Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura.

Asturias: Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social.



### **3.1.CONCEPTO Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONCIERTO SOCIAL**

Todas las legislaciones autonómicas, sin excepción, definen el concierto social como aquél instrumento en virtud del cual las Administraciones Públicas pueden organizar la prestación de los servicios sociales de su competencia a través de terceros, siendo públicos tanto el acceso a dicho sistema como su financiación y control. A través de esta fórmula de gestión se atiende a la consecución de objetivos sociales de interés público, garantizando en todo caso la observancia de los principios de igualdad y no discriminación a los usuarios, publicidad y transparencia en la gestión, así como la eficiente utilización de los fondos públicos.

Con carácter general podrán acceder a este régimen jurídico las entidades privadas con o sin ánimo de lucro, teniendo estas últimas prioridad en la concertación siempre que se produzcan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social. Así lo han declarado las CCAA de Galicia, Cataluña, Baleares y Extremadura, permitiendo esta última el acceso a las entidades con ánimo de lucro siempre que acepten la ausencia de beneficio industrial. Por su parte, la CCAA de La Rioja y Navarra exigen, para que puedan concurrir dichas entidades, que se comprometan estatutariamente a la reinversión de sus beneficios en fines sociales, requiriendo esta última, de forma adicional, *"el compromiso de no beneficiarse de la suscripción de conciertos sociales para aplicar una política de precios inferior al promedio del mercado cuando actúen en el ámbito de actividades comerciales o económicas, alterando con ello la competencia."*

Mención especial merece, en este punto, la legislación Extremeña, puesto que, mientras que en su Preámbulo permite, como ya hemos señalado, el acceso al concierto



a las entidades con ánimo de lucro que cumplan la referida exigencia, después, en su articulado, estipula como requisito de acceso el ostentar la condición de entidad sin ánimo de lucro. Considero que la aparente discrepancia no es tal, y que debe ser interpretada en el sentido de que se otorga preferencia en la concertación a las entidades sin ánimo de lucro, permitiendo que, en su ausencia, se puedan formalizar conciertos con entidades con ánimo de lucro que cumplan los requisitos exigidos por la normativa.

La Región de Murcia, en particular, otorga preferencia a las entidades de economía social y a aquéllas que hayan sido declaradas de interés asistencial para la región, mientras que La Rioja y la CCAA Andaluza dan prioridad a las entidades de iniciativa social, entendiendo esta última que las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro están incluidas dentro de dicha categoría. Asimismo especifica que *"en defecto de las anteriores, tendrán preferencia, por el siguiente orden, las entidades de la economía social, las cooperativas y las pequeñas y medianas empresas. En ausencia de las anteriores, las Administraciones Públicas podrán contratar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro."*

Por último, Aragón, Valencia y Asturias obligan a formalizar este tipo de acuerdos exclusivamente con entidades públicas o privadas de iniciativa social sin ánimo de lucro, entendiendo por tales *"las fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro que realicen actividades de servicios sociales, incluidas las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica."*

La filosofía que subyace es simple: *"si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su*



*colaboración con la Administración pública en la prestación de servicios a las personas, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación. Sólo desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones podrá colaborar con la Administración bajo la forma de acción concertada*". Así lo afirma el Preámbulo de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, de Aragón<sup>24</sup>.

### **3.2.OBJETO Y PRINCIPIOS DEL CONCIERTO SOCIAL**

Podrán ser objeto de concierto social tanto la *"reserva y ocupación de plazas para uso exclusivo de las personas usuarias de los servicios sociales de responsabilidad pública, como la gestión integral (o parcial, de acuerdo con la legislación Extremeña) de prestaciones, servicios o centros"*. Así lo han establecido la totalidad de las legislaciones autonómicas analizadas, excepto Baleares y Navarra, que aluden, con carácter general, a servicios incluidos en el catálogo de prestaciones y servicios sociales de la región.

La CCAA de Murcia, por su parte, circunscribe el ámbito objetivo del concierto a los sectores de personas mayores y personas con discapacidad, mientras que Aragón, Valencia y Asturias detallan las prestaciones concretas que pueden ser objeto de acción concertada tales como servicios sociales de inclusión social de personas con discapacidad y de inserción sociolaboral,

---

<sup>24</sup> Dicha filosofía ha sido también aludida por LAZO VITORIA, XIMENA (2016): "La figura del concierto social tras las Directivas Europeas de contratación pública", <http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/chk.6baca120e1f947b8ac20c7e9c81ce49d>



tutelares, de alojamiento y manutención para personas en situación de dependencia, protección de menores y mujeres víctimas de malos tratos; servicios de apoyo y acogimiento familiar, de asistencia para mejorar la autonomía personal o accesibilidad, etc., si bien en el caso de Valencia dichas prestaciones se limitan exclusivamente a sectores específicos: infancia y adolescencia, juventud, personas mayores, personas con diversidad funcional, mujeres, personas migrantes, personas LGTBI y pueblo gitano, y otros colectivos (personas con VIH/ITS y personas sin hogar), pudiendo ampliarse reglamentariamente a otros servicios sociales. Las CCAA de Navarra, Extremadura y Aragón incorporan, junto a los servicios sociales, los servicios sanitarios o sociosanitarios, añadiendo esta última, además, como servicios susceptibles del régimen de acción concertada, los servicios preventivos en el ámbito de las adicciones y los servicios educativos, de acuerdo con lo dispuesto en el Considerando 114 de la Directiva y en el preámbulo de la LCSP. Asimismo, excluye expresamente de su ámbito de aplicación la provisión de servicios sociales de atención residencial, de centros de día y de ayuda a domicilio para personas mayores, que deberán prestarse a través de cualquiera de las demás fórmulas de gestión previstas en la normativa de servicios sociales.

Por otro lado, se prevé la posibilidad de formalizar un único concierto, cuando se trate de gestionar una pluralidad de prestaciones o centros que dependan de una misma entidad titular, o conciertos conjuntos con dos o más entidades siempre que la prestación del servicio requiera la intervención en distintos centros, debiendo adoptar en este caso las medidas de colaboración y coordinación oportunas. Esta última opción ha sido contemplada por las legislaciones de Navarra, Extremadura, Valencia y Asturias.

Además, las entidades privadas concertadas podrán ofrecer servicios distintos, complementarios o



adicionales a aquéllos que hayan sido objeto de concierto, que serán voluntarios, no discriminatorios y carecerán de carácter lucrativo, debiendo ser previamente autorizados por la Administración concertante, previa audiencia a la entidad interesada. Así lo han señalado expresamente las CCAA de Galicia, Aragón, Navarra, Extremadura y Valencia.

Una vez delimitado, en estos términos, el objeto del concierto, es importante señalar, que, a lo largo de su ejecución, las mencionadas entidades deben actuar con pleno respeto a los principios generales de igualdad y no discriminación, libre concurrencia, transparencia, publicidad, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, eficiencia en la utilización de los fondos públicos, coordinación, cooperación y control de la gestión, debiendo garantizar en la intervención, además del servicio efectivo a la ciudadanía, la atención personalizada e integral, el arraigo de la persona en el entorno de atención social, la elección de la persona y continuidad y calidad en la atención. Para ello podrán establecerse medidas de preferencia y discriminación positiva, que serán analizadas en el punto 4 del presente capítulo.

Por otro lado, las CCAA de Aragón, Navarra, Extremadura, Valencia, La Rioja y Asturias destacan el carácter solidario de la acción concertada, debiendo potenciar la implicación de las entidades del tercer sector en la prestación de los servicios públicos, y la participación de los usuarios en la valoración de los mismos.

Por su parte, Aragón, Navarra, Extremadura, La Rioja y Asturias establecen como objetivo específico, que deberá figurar expresamente en las condiciones de ejecución del concierto, la promoción y consecución de fines sociales y ambientales, así como la innovación en la gestión de los servicios públicos, debiendo planificarlos de forma estratégica. En este sentido, la CCAA Andaluza incorpora



la vinculación afectiva o terapéutica y la innovación social, y Navarra plantea la minoración de las diferencias retributivas y de jornada que pudieran existir entre el personal de las entidades concertadas y el personal de la misma categoría profesional de la Administración. Esta regulación es plenamente acorde a lo dispuesto en la “Estrategia Europa 2020” y a la Directiva 2014/24/UE que, aunque referida a la contratación pública, subraya el papel clave que desempeña como instrumento para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, con el objetivo de incrementar la eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de las PYMES y apoyar la consecución de beneficios sociales y medioambientales, lo cual es plenamente aplicable a la modalidad de concierto, como demuestra el hecho de que la mayoría de las CCAA incorporan en su regulación cláusulas sociales y ambientales como luego veremos.

### **3.3.REQUISITOS DE ACCESO AL RÉGIMEN DE CONCIERTO SOCIAL**

Las entidades que deseen acceder al régimen de concierto social deben reunir una serie de condiciones que han sido estipuladas por las distintas CCAA en sus respectivas regulaciones.

En primer lugar, las entidades que soliciten el acceso al régimen de concierto deberán contar, cuando así lo exija la normativa sectorial, con la oportuna autorización administrativa que les acredite como entidades aptas para la prestación objeto de concierto social, y estar inscritas en el correspondiente Registro de Entidades prestadoras de servicios sociales. La CCAA Valenciana permite dispensar el requisito de la autorización o acreditación en supuestos excepcionales, si bien no los concreta.



Asimismo, tendrán que justificar, en segundo lugar, la disposición de medios personales y materiales suficientes, para lo cual la CCAA Andaluza exige únicamente la presentación de una declaración responsable, mientras que la región de Murcia impone la presentación de un proyecto técnico del centro, que deberá contener, entre otros extremos, una descripción detallada de las dependencias, de los medios materiales y equipamiento del que disponen, de las plantillas de personal y sus funciones, y de los distintos servicios objeto de concierto social. Valencia, por su parte, permite, cuando los medios materiales y personales de los que dispongan no sean suficientes, recurrir a la colaboración de terceros, que deberán acreditar, a su vez, su idoneidad para prestar los servicios.

Además de contar con los recursos adecuados, deberán acreditar la "titularidad del centro o su disponibilidad por cualquier título jurídico válido" por periodo no inferior a la vigencia del concierto, y cumplir la normativa que les resulte de aplicación (laboral, de Seguridad Social, etc.), no pudiendo exigir a las personas usuarias contraprestación económica alguna por los servicios prestados.

Al margen de la estricta observancia de estas condiciones generales, algunas CCAA exigen el cumplimiento de requisitos adicionales que tratan de garantizar la capacidad de la entidad concertante para la prestación de servicios de calidad<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> En este sentido, las CCAA de Andalucía, Aragón, Baleares, Navarra, Extremadura, Valencia y Asturias exigen, no sólo la correspondiente solvencia económica y financiera, sino también una experiencia mínima en la atención a personas con necesidades similares, cuyo periodo temporal varía de una CCAA a otra, permitiendo la CCAA Extremeña reducir dicho periodo mínimo cuando sea necesario por la naturaleza del servicio a prestar o ante la escasez de entidades para su provisión.



Obviamente, las entidades concertantes deben hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Así lo han recogido las CCAA de Murcia, Aragón, Navarra, Valencia, Baleares y Asturias, exigiendo, además, estas dos últimas regiones, que no se encuentren incurso en prohibición para contratar y que no hayan sido sancionadas por la comisión de infracciones graves o muy graves en materia laboral, de seguridad social y emigración.

Por otro lado, y como requisitos específicos, Aragón y Asturias exigen la constitución de un seguro de responsabilidad civil que cubra la prestación de los servicios concertados. Valencia, por su parte, impone la acreditación de un certificado de calidad del centro o del servicio, señalando en este sentido la legislación asturiana la necesaria observancia de los estándares mínimos y adecuados de calidad. Por último, Andalucía, introduce determinadas exigencias sociales, de modo que las entidades concertantes que tengan más de 250 trabajadores deberán contar con un Plan de Igualdad, debiendo acreditar, en caso contrario, *“que actúan con pleno respeto al principio de igualdad entre hombres y mujeres a través de la articulación de medidas o planes orientados al cumplimiento de dicho objetivo.”* Asimismo, aquellas entidades que cuenten con 50 trabajadores o más deberán acreditar que tienen en plantilla al menos un 2% de personas con discapacidad o la adopción de medidas alternativas. De esta forma se

---

La CCAA Valenciana, por su parte, concreta los requisitos de solvencia técnica que deberán reunir las entidades en aquellos casos en los que la normativa sectorial no exija la acreditación administrativa.

Es importante tener en cuenta que la CCAA Andaluza exige, además de la experiencia mínima, presencia en la zona donde se vaya a prestar el servicio, si bien ello no implica la implantación funcional o prestación efectiva de servicios en dicha zona.



persigue la consolidación de entidades con un fuerte compromiso social, tal y como veremos en el apartado 5 del presente capítulo.

### **1.1. PROCEDIMIENTO DE CONCERTACIÓN Y CRITERIOS DE PREFERENCIA**

La tramitación y posterior formalización de conciertos sociales se realizará, con carácter general, mediante convocatoria pública en régimen de concurrencia competitiva, salvo en aquellos supuestos en los que se permite la adjudicación directa.

Tanto la convocatoria como la resolución de concesión se regirán por los principios de publicidad y transparencia, garantizando que todas las entidades interesadas que cumplan los requisitos puedan acceder al régimen de acción concertada.

Con carácter previo al inicio del procedimiento de concertación la Administración debe llevar a cabo una actividad de planificación de los servicios que se pretenden concertar, debiendo justificar la insuficiencia de medios propios para atender la demanda social existente, o la idoneidad de esta fórmula de gestión en base a la singularidad o especificidad del servicio concreto a prestar. Así lo han declarado expresamente las CCAA de Aragón, Valencia y Asturias, incorporando esta última la necesidad de elaborar un estudio económico de los costes del servicio que se pretende concertar. En mi opinión, contar con una memoria de explotación del servicio que refleje los costes "admisibles" del mismo resulta absolutamente imprescindible puesto que servirá, como ya ha quedado expuesto en el epígrafe 1.3.2, para evitar retribuir las ineficiencias y desperdicios de las entidades concertantes, máxime cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro.



Una vez justificados dichos extremos, y tras la comprobación de existencia de crédito y Fiscalización previa por la Intervención, el órgano concertante aprobará las bases de la convocatoria de la acción concertada, que serán publicadas en el Boletín o Diario Oficial correspondiente, y concretarán las condiciones administrativas, técnicas y económicas en base a las cuales debe prestarse el servicio, los requisitos de acceso, los criterios de selección, el procedimiento de tramitación, los derechos y obligaciones de las partes, las cláusulas sociales y ambientales y, en su caso, las modalidades de control, la vigencia temporal, las causas de modificación y extinción, el régimen de financiación y cuantos otros aspectos sean precisos.

De acuerdo con las condiciones exigidas en las bases de la convocatoria, las entidades interesadas podrán presentar sus solicitudes y demás documentación en la forma y en el plazo establecido, efectuándose la selección, previa convocatoria pública, de conformidad con los siguientes criterios de preferencia, recogidos con carácter general por las distintas CCAA en sus correspondientes regulaciones:

- a) La implantación de la entidad en la localidad donde vaya a prestarse el servicio.
- b) Los años de experiencia acreditada en la prestación del servicio.
- c) El establecimiento de mecanismos para la implicación efectiva de los usuarios en la prestación y evaluación de los servicios, así como el trabajo en red con otras entidades.
- d) certificaciones de calidad y su adecuación al servicio.
- e) La continuidad en la atención o calidad prestada.
- f) La formación específica del equipo humano que prestará el servicio.
- g) El arraigo de la persona en el entorno de atención. En relación con este criterio, Andalucía y Extremadura añaden la vinculación afectiva o terapéutica,



incorporando, asimismo, esta última, la innovación asistencial o terapéutica.

h) La atención personalizada e integral.

i) Las buenas prácticas sociales y de gestión de personal, mantenimiento de las condiciones salariales y el cumplimiento de las ratios entre profesionales usuarios, así como la incorporación de mejoras voluntarias en materia laboral, salarial o de seguridad en el trabajo.

En este sentido, las Comunidades Autónomas de Aragón, Navarra y Asturias prevén, de forma específica, la incorporación al equipo de trabajadores de una proporción significativa de personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo, así como de mujeres cualificadas y/o en puestos de dirección, y el cumplimiento y la eventual mejora de los mínimos en materia de igualdad y conciliación. Navarra recoge, asimismo, la menor diferencia retributiva del personal que la entidad se comprometa a adscribir al concierto respecto al personal de la correspondiente categoría profesional de Administración, siempre que ésta última sea superior; y Asturias la promoción de la participación del voluntariado.

j) Cualesquiera otros que resulten determinantes para la valoración de la capacidad e idoneidad de las entidades.”

La CCAA de Valencia, en particular, señala que el órgano concertante podrá fijar en la convocatoria los medios personales y materiales que con carácter mínimo deben reunir las entidades, valorando aquéllos que se sitúen por encima de los mínimos establecidos. Navarra, por su parte, permite la presentación de variantes y, en ese caso, su valoración.

Es importante reseñar que algunos de los mencionados criterios, tales como el arraigo territorial, la implantación en la localidad o la titularidad del centro o su disponibilidad por cualquier título jurídico válido, podrían



considerarse discriminatorios puesto que se basan directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, y suponen un trato de favor a ciertas entidades, por lo que su inclusión podría colisionar con el principio de no discriminación<sup>26</sup>. No obstante, considero justificada la incorporación de las citadas medidas en este tipo de servicios, ya que tratan de cohonestar los principios que deben presidir la gestión de esta clase de prestaciones (atención personalizada e integral, entorno de atención social, solidaridad, etc.) con las necesidades específicas de los usuarios, garantizándoles la consecución de una mayor protección social y dotando de mayor calidad, estabilidad y continuidad al conjunto de servicios a las personas.

Finalizado el plazo de presentación de solicitudes, y a efectos de proceder a su evaluación, se constituirá una Comisión de Valoración, que será la encargada de verificar que las entidades cumplen los requisitos y condiciones establecidos, pudiendo incorporarse a la misma, profesionales con conocimientos técnicos específicos para la ponderación de aquellos criterios que así lo requieran. Así lo prevén las CCAA de Andalucía, Aragón, Baleares, Asturias y Valencia, exigiendo esta última la presencia equilibrada de hombres y mujeres en su composición.

Dicha Comisión de valoración podrá solicitar de las entidades cuantas aclaraciones sean precisas, y tras la aplicación de los específicos criterios de valoración establecidos en las bases de la convocatoria, y de acuerdo con los criterios de preferencia, elevará al

---

<sup>26</sup> Así lo ha manifestado GARRIDO JUNCAL, ANDREA (2017): "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", Revista Catalana de Dret Públic, Vol. Nº 55, diciembre 2017, (págs. 84-100).



órgano concertante la propuesta de resolución de adjudicación del concierto.

El órgano concertante resolverá de forma motivada el procedimiento en base a la propuesta realizada por la Comisión, resolución que será notificada a las entidades participantes y publicada en el correspondiente Diario o Boletín Oficial.

Los conciertos sociales se formalizarán en documento administrativo, siendo este aspecto de la regulación del procedimiento el único recogido por las CCAA de Galicia, Cataluña y La Rioja, dado que su normativa se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

Una vez seleccionada la entidad, se asignan las plazas que serán objeto de concierto. La CCAA de Murcia concreta los criterios que resultarán de aplicación para la asignación, entre los que prima la libre elección de la persona solicitante.

Finalmente, y tal y como hemos adelantado al inicio del presente capítulo, es preciso hacer referencia a la especialidad que, en materia de procedimiento incorpora la regulación andaluza, la cual, de modo acorde a la configuración del concierto como contrato administrativo especial, sigue para su adjudicación el procedimiento regulado en la LCSP. Por su parte, Baleares incluye un procedimiento específico de concertación vinculado a la construcción de centros, especialmente pensado para los servicios residenciales en los que existe una larga lista de espera, a fin de potenciar la inversión privada, y mejorar la calidad y atención de los usuarios.

Tras exponer el procedimiento de concertación en régimen de libre concurrencia, es preciso analizar los supuestos de adjudicación directa. En este sentido, las CCAA de Murcia, Navarra, Extremadura, Aragón y Baleares permiten la suscripción directa de conciertos sociales con aquellas entidades que, o bien fueran titulares de plazas concertadas del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública (Murcia), o bien



tuvieran autorizados los servicios (Baleares), o bien vinieran prestándolos o pudieran prestarlos (Navarra y Extremadura), siempre que cumplan los requisitos exigidos por la normativa correspondiente, en las siguientes circunstancias:

1) Para garantizar la continuidad asistencial de las personas beneficiarias de este tipo de servicios. Así lo recogen las CCAA de Murcia, Navarra y Extremadura, circunscribiéndolo estas dos últimas a servicios residenciales y de centros de día u otros.

2) Para proporcionar un servicio de estancia temporal a personas que se encuentren en una situación de especial necesidad (Aragón).

3) Con carácter excepcional, cuando concurren circunstancias urgentes debidamente acreditadas de interés público. Así lo han dispuesto las CCAA de Baleares, Extremadura y Asturias, añadiendo esta última a los supuestos de urgencia, la singularidad del servicio o su carácter innovador y experimental que aconsejen la no aplicación motivada del régimen de concurrencia de entidades. Baleares exige, además de la concurrencia de la urgencia, que no se puedan satisfacer las necesidades de la población con otros servicios idóneos, y Extremadura, por su parte, limita su plazo de duración al tiempo que resulte estrictamente necesario hasta la normalización del servicio. Asimismo, exige la valoración de las circunstancias presentes en cada caso para determinar la idoneidad de la entidad en función del tipo de servicio a prestar.

4) Cuando las entidades que vinieran prestando o pudieran prestar el citado servicio aceptasen asumir parte de la financiación del coste del mismo. Así lo ha recogido la CCAA Navarra, señalando además que, en estos casos, la Administración lo comunicará a todas las entidades en la misma situación, pudiéndose aplicar el régimen previsto en la legislación contractual para las



ofertas anormalmente bajas para asegurar una correcta prestación del servicio.

5) En los mismos casos en que cabría optar por adjudicar mediante procedimientos sin publicidad ni concurrencia los contratos públicos (Navarra y Extremadura).

La aplicación de estos supuestos de adjudicación directa, cuyas causas habilitantes y procedimientos deberán ser objeto de desarrollo reglamentario, deberá motivarse y utilizarse con carácter restrictivo garantizando, en todo caso, los principios de publicidad, transparencia y no discriminación. Asimismo, será de aplicación el régimen de la acción concertada en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza.

En mi opinión, resulta acertada esta posibilidad de adjudicación directa ante circunstancias que los procedimientos ordinarios no pueden resolver, pudiendo establecerse un paralelismo con el procedimiento negociado por exclusividad, ante la falta de alternativa razonable.

## **1.2. CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES**

Las cláusulas sociales y medioambientales, como es sabido, son aquellas estipulaciones que obligan a las entidades que han suscrito un concierto a dar cumplimiento a determinados objetivos de política social y medioambiental que se estiman de interés general.

Con la incorporación de este tipo de cláusulas, se persigue la consolidación de entidades con un fuerte compromiso social y medioambiental, aunando gestión de las políticas sociales, balance social y redistribución



equilibrada de la riqueza<sup>27</sup>, así como la consecución de los siguientes objetivos, entre otros:

- fomentar el empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social;
- la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; o en riesgo de exclusión social;
- el diseño y accesibilidad para todos;
- la estabilidad y calidad en el empleo;
- la mejora de la seguridad y salud laboral;
- la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres;
- la responsabilidad social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral;
- criterios de comercio justo y compra pública ética.
- reducción del nivel de nivel de emisión de gases de efecto invernadero;
- empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética
- utilización de energía procedente de fuentes renovables;
- mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del concierto, etc.

En este sentido, Navarra impone la obligación de incluir necesariamente en las condiciones de los conciertos cláusulas sociales, como condición de ejecución, relacionadas con la estabilidad en el empleo, la mejora de las condiciones de trabajo, el fomento de la contratación de personas en riesgo de exclusión social, la igualdad, la conciliación, apelando a la normativa de contratación pública para su aplicación. Extremadura

---

<sup>27</sup> Así lo expresa la legislación andaluza en el Preámbulo del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.



contempla igualmente dicha obligación, haciéndola extensiva a las cláusulas medioambientales, tales como mejora de la eficiencia energética de los edificios, utilización de instrumentos de trabajo respetuosos con el medio ambiente y otras previsiones de interés para la mejora del entorno social y medioambiental. A diferencia de Navarra, exige su incorporación siempre que resulten compatibles con la naturaleza del servicio, siendo precisamente ésta la que va a determinar su inclusión como condición de ejecución o como criterio de preferencia.

Aragón, por su parte, regula la posibilidad de imponer como condición de ejecución la elaboración de un Plan de Igualdad y de Conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo cumplimiento se medirá a través de indicadores y evaluación de impacto.

La legislación andaluza es la más extensa en esta materia, puesto que exige la incorporación de estipulaciones sociales o ambientales en el concierto social, bien como criterios de adjudicación, siempre que estén vinculados al objeto del contrato, sean proporcionales y estén expresamente determinados en la convocatoria de licitación, bien como condiciones especiales de ejecución, siempre que resulten adecuadas a la naturaleza de la prestación, pudiendo, asimismo, fijar un orden de prelación entre ellas para los casos de desempate.

Asimismo, señala que el incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución podrá dar lugar a la imposición de penalidades o incluso a la resolución del concierto, siempre que se les haya atribuido el carácter de obligaciones esenciales. Esta regulación, similar a la contemplada en la LCSP, resulta plenamente acorde a la naturaleza contractual que la CCAA andaluza otorga al concierto social, tal y como hemos visto al comienzo del presente capítulo.



Asturias únicamente alude a la posibilidad de incorporar este tipo de cláusulas al aprobar las bases de la convocatoria de la acción concertada, sin posterior desarrollo.

Finalmente, es preciso señalar que Murcia, Baleares y Valencia no contemplan en su regulación la incorporación de cláusulas sociales o ambientales. Por otro lado, las regulaciones de Galicia, Cataluña y La Rioja están pendientes de desarrollo reglamentario.

### **1.3. CONTROL DE LOS SERVICIOS CONCERTADOS**

Una vez iniciada la ejecución del concierto, es preciso llevar a cabo actuaciones de auditoría y control en orden a comprobar su correcta realización, así como la adecuación y suficiencia de los medios empleados y la calidad de los servicios concertados. Para ello, las CCAA de Andalucía, Aragón, Extremadura y Valencia prevén el sometimiento de éstos a procesos de inspección y controles económicos, técnicos y administrativos. A estos efectos, Aragón propone la realización de las pertinentes visitas de inspección, tras las que se levantará acta proponiendo la resolución del concierto en los supuestos de incumplimiento. Extremadura, por su parte, obliga a los órganos que realicen el concierto a designar una persona o unidad responsable del concierto, que deberá supervisar su ejecución, y dictar las instrucciones precisas para garantizar que se realiza en los términos estipulados.

Andalucía señala, además, la obligación de justificar las cantidades abonadas por parte de la entidad pública concertante, para lo cual deberá presentarse tanto un informe de auditoría financiera como un informe de auditoría externa donde figure la aplicación de los fondos recibidos. En este sentido, Baleares contempla la potestad de la Administración de requerir a la entidad titular una auditoría técnica o económica.



Navarra, Extremadura y Asturias regulan la evaluación de la ejecución de los conciertos sociales para decidir si procede o no su prórroga, y para determinar si se mantiene o no la prestación del servicio a través del régimen de concertación. Para ello, se prevé una evaluación final, y, en caso de que el concierto tenga una duración de 3 años, una evaluación intermedia tras año y medio de ejecución del servicio.

La evaluación, que contará con la participación de las personas usuarias del servicio, tendrá en cuenta el grado de consecución de los objetivos de calidad fijados y los posibles incumplimientos de cláusulas sociales, que darán lugar a la imposición de penalidades, o incluso a la resolución del concierto, en los supuestos más graves. A estos efectos, tanto Navarra como Extremadura prevén la constitución de una Comisión de seguimiento de los conciertos, que mantendrá al menos dos reuniones anuales y, tras el análisis de las actuaciones realizadas, propondrá la adopción de las medidas de control oportunas.

Por último, cabe señalar que la región de Murcia no contempla en su legislación medidas de supervisión de la ejecución de los servicios concertados. Galicia, Cataluña y La Rioja tampoco lo hacen, dado que su regulación se limita a contemplar los aspectos básicos del concierto siendo el resto objeto de futuros desarrollos reglamentarios.

A diferencia de lo que sucede con la normativa contractual, caracterizada por la ausencia de unas pautas claras y concluyentes relativas al control de la ejecución, la regulación que realizan las distintas legislaciones autonómicas en este ámbito, es mucho más completa y detallada, poniendo el acento en un aspecto que, en la práctica contractual diaria, sigue siendo una asignatura pendiente.

De esta forma, se articulan los mecanismos necesarios para evitar que la incorporación de estipulaciones



sociales y ambientales en el clausulado del concierto se convierta en papel mojado, permitiendo, a través de indicadores de impacto, la verificación material de su cumplimiento por parte del órgano de contratación. Sólo así se podrá conseguir no sólo una eficiente utilización de los fondos públicos sino también una mejora en la calidad del servicio ofrecido a los ciudadanos.

#### **1.4. RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN**

Las entidades públicas están obligadas a abonar el importe del concierto social en los términos previstos en la normativa aplicable.

Para proceder al abono del concierto social, la Administración tramitará mensualmente la orden de pago, previa presentación de factura donde consten las plazas concertadas. Junto a ella, deberá aportarse relación de usuarios incluyendo altas y bajas, y, si procede, la cuantía de la participación económica fijada para cada usuario por la Administración. En aquellos supuestos en los que se prevea la participación económica de los usuarios, las cantidades abonadas por éstos deberán deducirse previamente del importe de la factura correspondiente. Fuera de estos casos, no puede cobrarse a los usuarios cantidad alguna al margen del precio público establecido, debiendo autorizarse previa y expresamente por la Administración el cobro de cualquier cantidad por servicios distintos a los contemplados en el objeto del concierto<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Así lo han recogido las CCAA de Murcia, Aragón, Valencia y Baleares añadiendo estas dos últimas que la percepción indebida de cantidades por parte de la entidad titular del servicio conlleva la obligación de reintegro de las mismas, previa tramitación del procedimiento correspondiente en el que deberá darse audiencia a la entidad interesada. Valencia prevé, asimismo, la imposición de sanciones e incluso la resolución del concierto.



La financiación de los conciertos tiene como finalidad garantizar el adecuado sostenimiento de los servicios concertados y debe cubrir los gastos asociados a los referidos servicios que sean necesarios para su correcto desarrollo, retribuyéndose como máximo los costes variables, fijos y permanentes, incluidos los costes indirectos pero no el beneficio industrial. En esos términos lo regulan las CCAA de Aragón, Extremadura, Asturias y Valencia, asegurando de esta forma la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora. Asturias, de forma acorde con lo dispuesto por la jurisprudencia del TJUE, precisa que el importe abonado no podrá incluir ni beneficio industrial ni proporcionar beneficio alguno a las entidades ni a sus miembros.

Asimismo, deben cubrirse tanto los costes salariales, que, de acuerdo con la legislación Navarra deben desglosarse por categoría profesional en los términos dispuestos en el convenio colectivo sectorial de aplicación, como los costes correspondientes de Seguridad Social. La CCAA de Asturias incorpora, además, los gastos de amortización de bienes muebles o inmuebles indispensables para la prestación de los servicios, señalando que el propio acuerdo de acción concertada debe prever mecanismos para garantizar el equilibrio entre la compensación y los gastos financiados y corregir los desequilibrios que puedan producirse.

Respecto al precio del concierto, Navarra señala que *"en ningún caso podrá superar, sin perjuicio de lo que resulte de la actualización de costes, ni el precio por el que se prestaría conforme a la normativa foral de tasas y precios públicos vigentes, ni aquel precio o coste por el que se viniera prestando el servicio por cualquier forma*

---

Por su parte, la CCAA de Aragón obliga a justificar las cantidades abonadas por la Administración mediante la presentación de un informe de auditoría externa donde conste la aplicación de los fondos recibidos.



*de gestión con la calidad exigida conforme a la normativa vigente, sin perjuicio de que cualquier mejora en la prestación obligue a recalcular el precio conforme a los nuevos estándares de calidad”.*

Por último, es menester señalar que, tal y como afirma la legislación valenciana, las personas usuarias de servicios sometidos al régimen de acción concertada tendrán los mismos derechos y obligaciones que aquéllas que utilicen servicios de titularidad pública. Por tanto, debe quedar asegurado en los conciertos que la atención que se presta a los usuarios se realiza en las mismas condiciones económicas que se aplicarían en caso de que fueran atendidas en centros propios de la Administración competente.

### **1.5. RECAPITULACIÓN**

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, podemos afirmar que la acción concertada es una forma de provisión de servicios alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos, que podrá utilizarse cuando los centros y servicios de titularidad pública resulten insuficientes para atender la demanda y las necesidades sociales.

Esta forma de prestación indirecta de servicios públicos se define por su carácter subsidiario y complementario, estando subordinada a la utilización óptima de los recursos propios, sin que pueda utilizarse como una vía para la privatización de la gestión pública.

Con la instauración del concierto social se persigue introducir una alternativa de financiación a la ofrecida por el régimen de subvenciones o contratos, y reconocer el papel fundamental que las entidades sin ánimo de lucro vienen realizando en la gestión de este tipo de servicios, tanto por su enorme aportación de recursos



humanos, económicos y materiales, como por su amplia experiencia, brindando un marco de relación más estable y garantista que contribuya a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias.

La acción concertada se configura así, en el marco de la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, como un instrumento de colaboración entre las Administraciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro, basado en los principios de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Tras analizar las diferentes regulaciones autonómicas sobre la materia, y teniendo en cuenta la naturaleza no contractual de esta figura, que se justifica, tal y como ha quedado expuesto en el capítulo 1, en la necesidad de dar solución a la gestión de servicios que, por sus especiales características, tienen difícil encaje en la LCSP, me gustaría llamar la atención sobre el importante paralelismo que encontramos entre la regulación contractual y la regulación autonómica de la acción concertada, que se traduce en la necesaria observancia de los principios generales de la contratación pública (igualdad y no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia), en el establecimiento de unos requisitos de acceso que, como criterios de solvencia, deben ser adecuados a la configuración de los servicios como no económicos y orientados a la consecución de la máxima calidad, en la obligada incorporación de cláusulas sociales y ambientales, bien como criterios de adjudicación, con un contenido similar a la casuística no exhaustiva recogida en el artículo 145 LCSP, o como condiciones especiales de ejecución, análogas a las previstas en el artículo 202 de la misma, así como en la tramitación del preceptivo procedimiento de adjudicación que, si bien más sencillo que el contemplado en la legislación contractual, sigue el mismo esquema que éste, distinguiéndose claramente una fase de preparación o de contenido regulatorio, otra



de selección y adjudicación, y una última de control de la ejecución, tal y como hemos visto.

Dichas similitudes, lejos de desvirtuar su naturaleza, le aportan la necesaria seguridad jurídica, sin perder ni un ápice del carácter singular que le otorga el hecho de tratarse de una institución jurídica que ha sido creada para satisfacer necesidades sociales, sanitarias y educativas, cuyo enfoque, por debajo del umbral comunitario, es diferente en cada Estado miembro, debido a sus tradiciones culturales, como apunta el Considerando 114 de la Directiva. Así lo demuestra el hecho de que la mayoría de las regulaciones autonómicas establezcan la aplicación supletoria de la normativa contractual en todo aquello que resulte compatible con la naturaleza de los conciertos.

Por otro lado, el principal inconveniente de esta novedosa institución jurídica, como vamos a ver en el capítulo siguiente, es que precisa de regulación previa, lo que requiere tiempo para su implementación, y puede dar lugar a ciertos "efectos perversos" derivados de la ausencia de un marco legal expreso que obligaría a aplicar las reglas generales de la contratación pública<sup>29</sup>. Además, al enmarcarse dentro de los sistemas de acreditación o licencia, exige de la Administración una rigurosa labor de inspección y control, a efectos de conceder a las entidades la autorización necesaria que les reconoce como aptas para la prestación de estos servicios.

Pese a ello, se trata de una figura con innegables

---

<sup>29</sup> En esos términos se expresa GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA (2016): "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.121/relmenu.3/chk.c14cc17589109ad49de2f2c7b93b1146>



virtudes, tanto por la calidad, estabilidad y continuidad que ofrece a los usuarios de los servicios, a los que implica, además, en la toma de decisiones, como por su flexibilidad, eficacia y competitividad, características éstas que la han convertido en una fórmula muy utilizada en países como Austria y Alemania. En España, se ha utilizado principalmente en los ámbitos sanitario y educativo, y en menor medida, en servicios sociales, si bien tras el importante movimiento legislativo producido estos últimos años en el ámbito autonómico, encaminado a redefinir las fórmulas de prestación de los servicios sociales, es muy probable que asistamos a una profusa utilización del mencionado instrumento en esta materia.

No obstante, *“habrá que esperar todavía un tiempo para poder evaluar la virtualidad práctica de este instrumento y su capacidad para equilibrar las exigencias de control del gasto público con la prestación de servicios sociales basados en el valor de la solidaridad”<sup>30</sup>*.

## **2. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: ESTUDIO DE UNA SOLUCIÓN VALLE A LA ESPERA DEL CORRESPONDIENTE DESARROLLO AUTONÓMICO**

A lo largo del presente capítulo vamos a tratar de dar solución a un problema real que se ha producido en el Ayuntamiento de Logroño, provocado por la imposibilidad de utilizar la figura del concierto para la adjudicación del servicio de comedor social, dado que, pese a ser una fórmula contemplada en la Ley de Servicios Sociales de La Rioja, todavía se encuentra pendiente del obligado desarrollo reglamentario. Ante la

---

<sup>30</sup> Así lo ha manifestado LAZO VITORIA, XIMENA (2016) Ob. Cit. página 22.



ausencia de la necesaria normativa autonómica que permita la utilización de dicho instrumento, desde la Dirección General de Contratación se están estudiando otras alternativas para la contratación del referido servicio, que van a ser analizadas a continuación:

## **2.1. ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de Logroño, en el marco de su política social, amparada por el artículo 25.2 k) de la LRBRL, que establece que *"el municipio ejercerá en todo caso competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de los servicios sociales y de promoción y reinserción social"*, adjudicó con fecha 30 de diciembre de 2004, el concierto para la prestación del servicio de comedor social y actividades complementarias a la institución benéfica "Cocina Económica de Logroño", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 156 c) del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio de 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), que regula dicha figura entre las formas de gestión indirecta de servicios públicos.

Esta fórmula contractual era la tradicionalmente utilizada por los poderes adjudicadores como alternativa a la gestión directa para la prestación de los llamados servicios a las personas, pese a que, tal y como ha quedado demostrado a lo largo del presente trabajo, nunca ha tenido un encaje perfecto ni con las especiales características de este tipo de servicios, que requieren una respuesta eficaz a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad, ni mucho menos con los principios que deben presidir la gestión de este tipo de prestaciones, como son la atención personalizada e integral, el arraigo, la continuidad en la atención y la calidad.



Por otro lado, la aplicación del concierto exigía el cumplimiento de un requisito subjetivo, dado que únicamente podía suscribirse con personas físicas o jurídicas que vinieran realizando prestaciones análogas a las del servicio público concreto que pretendiera adjudicarse, tal y como señalaba el referido artículo 156 c) TRLCAP.

En este sentido, la referida entidad, que fue declarada de utilidad pública por orden del Ministerio de 1 de enero de 1999, ha venido desarrollando en el inmueble nº 21 de la calle Rodríguez Paterna de Logroño la actividad de comedor social desde su inauguración, el 26 de septiembre de 1894. En aquel momento, el fundador contó con un grupo de colaboradores, la protección del entonces alcalde de la ciudad, el Marqués de San Nicolás, y las Hijas de la Caridad, quienes prestan sus servicios desde su inicio.

Lleva, por tanto, 125 años ofreciendo alternativas a los problemas de las personas en situación de vulnerabilidad o precariedad con absoluta entrega y dedicación. Su buen hacer y su fiel compromiso con los más desfavorecidos a lo largo de todos estos años la han convertido en una entidad muy reputada y con un fuerte arraigo entre la sociedad logroñesa, que ha reconocido, en innumerables ocasiones, su importante contribución al mantenimiento de la dignidad del ser humano y a la preservación de sus derechos fundamentales. Prueba de ello son los numerosos premios que ha recibido a lo largo de su andadura (el último, "IV Premio Valores familiares" el 9 de mayo de 2019).

Además, desde el año 1982 hasta el año 2002, fecha en la que se suscribió el primer concierto con el Ayuntamiento de Logroño, estuvo percibiendo de éste subvenciones de distinta cuantía como ayuda para el sostenimiento del servicio de comedor, lo cual refuerza la importante labor que Cocina Económica viene



desempeñando desde su creación, que le ha supuesto el reconocimiento de toda la población.



*Cocina Económica de Logroño, Hijas de la Caridad (1911)*

Teniendo en cuenta dichas premisas, la adjudicación del servicio de comedor social se realizó por procedimiento negociado sin publicidad por entender que dicha institución, tanto por su larga tradición y amplia experiencia como por los medios materiales y humanos suficientes y cualificados de que disponía<sup>31</sup>, era la única

---

<sup>31</sup> Uno de los puntos fuertes de Cocina Económica de Logroño es precisamente su amplio y comprometido equipo humano integrado por la Comunidad de las Hijas de la Caridad, 30 personas contratadas (técnicos en intervención psicosocial y otros profesionales) y alrededor de 190 voluntarios que, día a



que podía proporcionar todas las prestaciones objeto de contrato, adaptándolo a las nuevas necesidades derivadas de las importantes corrientes migratorias, que exigían el incremento de atenciones y servicios para garantizar la inserción social a sus usuarios.

El concierto se inició el día 1 de enero de 2005, con una duración inicial por periodo máximo de 6 años, pudiendo prorrogarse anualmente hasta el límite establecido en el artículo 157 TRLCAP, siempre que ninguna de las partes manifestara su voluntad en contrario antes del día 1 de octubre de cada año.

El servicio de comedor social tiene por objeto proporcionar alimentos a los vecinos de la ciudad de Logroño que carezcan de recursos económicos y sean remitidos por los profesionales de los Centros de Servicios Sociales Municipales y Centro Municipal de Acogida, así como a los transeúntes remitidos por la Policía Municipal y el Servicio de Transeúntes de Cáritas Diocesana.

Asimismo, la entidad Cocina Económica mantiene un Servicio de Corta Estancia que permite la admisión de personas mayores de 60 años que carecen de medios económicos así como de apoyos familiares y personales, mientras se procede a la correspondiente tramitación de ingreso en una Residencia de Tercera Edad.

El concierto ha sido modificado en diversas ocasiones para la incorporación tanto del servicio de comida a domicilio, a través del cual se suministran raciones de

---

día, se esfuerzan por superar las barreras y obstáculos que genera la exclusión social. Respecto a los medios materiales, dispone de instalaciones adecuadas para el almacenaje y conservación de alimentos, un muelle de carga y descarga, en el que se han instalado dos cámaras, una frigorífica y otra congeladora, ambas de gran capacidad, una consigna para el depósito de enseres durante las comidas, así como de aseos para hombres, mujeres y discapacitados.



comida preparada, en recipientes herméticos desechables, a las familias que lo precisen, como del servicio de encuentro y acogida para personas sin hogar, que está dirigido a personas indomiciliadas asentadas en la ciudad de Logroño, que no acceden a los recursos existentes en la ciudad de forma continuada, y que se encuentran en la calle, con un importante historial de cronicidad, con desarraigo social, falta de hábitos normalizados para la autonomía, problemas de salud, alcoholismo, trastornos mentales, etc., que viven precariamente de las prestaciones o pensiones que reciben, y de la mendicidad.

Por tanto, Cocina Económica no se limita simplemente a proporcionar sustento a personas sin recursos, sino que además realiza una labor asistencial, de acompañamiento y seguimiento, de prevención y orientación, que tiene como principal objetivo la consecución de fines educativos, terapéuticos, de rehabilitación, de promoción personal y de reinserción social de aquellas personas en situación de precariedad y vulnerabilidad.

Por todo ello, se ha convertido en una institución de referencia en la ciudad de Logroño, caracterizada por la cercanía y empatía de sus profesionales, y el establecimiento de una relación de ayuda significativa que permite mejorar la calidad de vida de las personas usuarias del servicio, ofreciéndoles alternativas de futuro.

Tras las sucesivas prórrogas y actualizaciones anuales, la vigencia del concierto finalizó el 31 de diciembre de 2016.

## **2.2. SITUACIÓN ACTUAL**

Una vez finalizada la prestación del servicio de comedor social el 31 de diciembre de 2016, el Ayuntamiento de Logroño solicitó a la asociación "Cocina Económica" que



continuara en la prestación de dicho servicio, hasta la formalización del nuevo contrato.

El principal motivo que esgrimió la Unidad de Servicios Sociales para justificar la adopción de dicha medida fue la imperiosa necesidad de seguir contando con un servicio imprescindible para la población más desfavorecida, reconociendo así el fiel compromiso de la referida entidad con las personas sin recursos, y su importante labor, que no sólo se limita a proporcionarles el sustento necesario para sobrevivir, sino que además desarrolla una labor educativa, terapéutica y asistencial que resulta crucial para posibilitar alternativas de futuro a estas personas en situación de vulnerabilidad, contribuyendo de esta forma al mantenimiento de su dignidad y a la preservación de sus derechos fundamentales.

Pese a las poderosas razones de interés público que avalaron el encargo, el Ayuntamiento de Logroño, al actuar de ese modo, ordenando la realización del servicio de comedor social obviando la aplicación de la legislación contractual, vulneró lo dispuesto en el artículo 55 TRLCAP (actual artículo 37 LCSP), que prohíbe la contratación verbal, salvo que el contrato tenga el carácter de emergencia, circunstancia que no se produce en el presente supuesto.

Estamos, por tanto, ante una contratación que, al haberse producido al margen del procedimiento legalmente establecido, adolece del vicio de nulidad absoluta y, en consecuencia, no puede desplegar efectos jurídicos entre las partes. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que considera la contratación verbal como un pacto radicalmente nulo, concluyendo que no pueden derivarse obligaciones de un contrato inexistente<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1989.



No obstante dicha conclusión, no podemos obviar que la entidad Cocina Económica ha venido realizado realmente una serie de prestaciones que, si bien no pueden ampararse legalmente en la normativa contractual, encuentran sustento jurídico en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que obliga a restituir al contratista el importe de la prestación efectivamente realizada<sup>33</sup>.

Sin embargo, tal y como viene apuntando el Consejo de Estado en su doctrina<sup>34</sup>, estas adjudicaciones realizadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento contractual constituyen uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho recogidos en el artículo 62 TRLCAP (actual artículo 39 LCSP), y por tanto, con carácter previo al abono de la correspondiente factura deberá procederse a la declaración de nulidad a través de los cauces previstos, esto es, tramitando el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, que se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del

---

<sup>33</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1976 señala que ante: *"Un contrato concertado por una Corporación Local con ausencia de trámites, no puede hablarse de efectos de él dimanantes directamente, y de haberse producido cualquier tipo de prestaciones entra las partes, nunca sería permisible sujetarlas en la regulación de sus efectos a la Ley de Contratos, sino al juego de los principios generales del ordenamiento jurídico, en su caso al del enriquecimiento injusto"*.

<sup>34</sup> Es ilustrativo, a estos efectos, el Dictamen del Consejo de Estado número 1724/2011 de fecha 21 de diciembre de 2011 cuando señala que: *"la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato."*



Título V de la LPAC (artículos 102 a 106), tal y como dispone el artículo 64 TRLCAP (actual artículo 41 LCSP).

En consecuencia, el procedimiento que se ha de seguir en estos casos y sus efectos se establece en los artículos 41 y 42 de la LCSP y artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local (en adelante RCISL)<sup>35</sup>. Así lo ha manifestado la "Instrucción 2/2012 de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía de las Illes Balears sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular", que señala que, en casos de contratación con vicios de nulidad plena, es necesario iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio y obtener el dictamen del órgano consultivo correspondiente para declarar la nulidad de la contratación suscrita ilegalmente con una empresa determinada, y ordenar la liquidación para su abono al

---

<sup>35</sup> En el ámbito local, con la entrada en vigor del RCISL, se producen importantes cambios en los procesos de control y revisión de contratos irregulares. Antes de la promulgación del referido reglamento, el mecanismo utilizado para subsanar cualquier irregularidad detectada en el seno de un procedimiento de control interno era el reconocimiento extrajudicial de crédito (que se resuelve por el Pleno municipal directamente sin ninguna intervención externa). Sin embargo, tras la aprobación del RCISL, deben aplicarse los mecanismos propios de la revisión de oficio con la declaración de lesividad y la nulidad de los actos de contratación irregular. Y solamente una vez resuelta la irregularidad contractual, y efectuada la recepción o comprobación formal de la prestación, procedería utilizar la figura del reconocimiento extrajudicial de crédito como el instrumento habilitante para el reconocimiento de obligaciones a aplicar al presupuesto de la entidad local.



contratista, si procede, previa oportuna tasación de los costes.

Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización y tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la necesaria compensación al contratista por los trabajos realizados<sup>36</sup>.

A tales efectos, es preciso llevar a cabo una investigación sobre los hechos y las conductas realizadas tanto por la Administración como por la empresa que realizó los trabajos para dilucidar si las actuaciones se produjeron de buena fe, en cuyo caso, la reparación debería ser integral debiendo indemnizar al contratista el beneficio industrial dejado de percibir<sup>37</sup>. No obstante, se trata de

---

<sup>36</sup> En este mismo sentido se han manifestado, además del Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de diciembre de 2011, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, Dictamen nº 250/2011, y el Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen nº 270/2002 y Dictamen nº 578/2013, entre otros.

<sup>37</sup> Así lo ha entendido ORQUÍN SERRANO, JUAN JOSÉ (2018): "Cuestiones a tener en cuenta ante la nulidad de los contratos administrativos", El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 9/2018, septiembre. Ed. Wolters Kluwer, cuando señala que "Carece de sentido que cuando la Administración resuelva un contrato administrativo sí se reconozca el beneficio industrial en los términos y supuestos previstos en la LCSP, y cuando la irregularidad cometida por la Administración es aún mayor (dado que el vicio es de extrema gravedad, lo que provoca la nulidad de las actuaciones), no se reconozca dicho beneficio, por cuanto ello beneficia a la Administración incumplidora de la legalidad en detrimento del contratista, siempre que éste no tenga culpa alguna en la irregularidad cometida. La reparación del daño y, por tanto, el efecto indemnizatorio, debe ser integral."



una cuestión muy discutida que ha dado lugar a pronunciamientos judiciales dispares<sup>38</sup>.

De acuerdo con estas premisas, el Ayuntamiento de Logroño, tras comprobar las prestaciones efectivamente realizadas por la entidad Cocina Económica de Logroño y efectuar la oportuna tasación de los costes ha reconocido extrajudicialmente el crédito debido, y ha procedido al abono de las facturas correspondientes a los servicios prestados durante los meses de enero de 2017 a noviembre de 2018, encontrándose el resto de facturas pendientes de abono, en tanto se tramita el referido procedimiento de revisión de oficio, en virtud del cual se declarará la nulidad de las actuaciones y se fijará el importe de la deuda que ha de reconocerse a la empresa contratista, previo informe del Consejo Consultivo de La Rioja.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, podemos concluir señalando que, en estos supuestos en los que se ha producido una contratación irregular, la Administración debe poner fin a esa situación anormal. Por tanto, se han de liquidar las prestaciones ya realizadas y proceder, en su caso, al abono de las facturas para evitar el enriquecimiento injusto, previa tramitación del procedimiento descrito anteriormente. El resto de actuaciones necesarias para satisfacer las finalidades de la Administración se han de contratar con plena sujeción a la normativa contractual. Así lo ha reconocido la Instrucción 2/2012 de 12 de marzo antes referida, poniendo de manifiesto que "el hecho de

---

<sup>38</sup> Unas veces a favor de incluir el beneficio industrial (STS 14 octubre 2015 y STS de Sala Tercera Contenciosa Administrativa, Sección 4ª, de 11 de mayo de 2004, rec. 3055/1999. Ejecución de obras no previstas en el proyecto inicial) y otras en contra (Dictamen Consejo Estado 16/11/17).



permitir la continuación de la situación anormal podría desencadenar graves responsabilidades tanto para el órgano de contratación como para la empresa ejecutora” (responsabilidad patrimonial, civil y penal, disciplinaria y contable).

Precisamente para remediar esta situación anómala, el Ayuntamiento debería suscribir un concierto social con la asociación Cocina Económica, dado que, tal y como hemos ido avanzando, es la figura más adecuada si tenemos en cuenta las características específicas del servicio y de la propia entidad, que además de carecer de ánimo de lucro, dispone de la infraestructura necesaria y de una amplia experiencia avalada por los 125 años de intensa actividad en el sector, que la han convertido en una de las instituciones de referencia para la población logroñesa por la cercanía de sus profesionales, la máxima calidad asistencial de sus servicios y la garantía de una atención personalizada e integral, ofreciendo alternativas a los problemas individuales y colectivos de las personas en situación de vulnerabilidad, siempre de una forma coherente con el arraigo de los usuarios en su entorno.

El principal inconveniente con el que nos encontramos para formalizar la referida acción concertada, y que ya adelantamos en el capítulo segundo del presente trabajo, es que requiere de tiempo para su implementación, lo que, en el caso concreto de la Comunidad Autónoma de la Rioja, se traduce en que, pese a tratarse de una figura contemplada en la Ley 2/2018, de 30 de enero, de medidas fiscales y administrativas para el año 2018 por la que se modifica la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, está pendiente de desarrollo reglamentario, lo cual imposibilita su aplicación en tanto no se promulgue la citada normativa.



Ante la imposibilidad de utilizar este instrumento, que, como ya ha quedado demostrado en el análisis precedente, es el que mejor encaje tiene para la prestación de este tipo de servicios, desde la Dirección General de Contratación del Ayuntamiento de Logroño se están estudiando otras fórmulas alternativas, que van a ser objeto de estudio en el epígrafe siguiente:

- Posibilidad de utilizar la reserva de contratos que permite la Disposición Adicional 48ª.
- Adjudicar directamente el contrato a Cocina Económica a través del procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 a) 2º LCSP, o bien utilizar el procedimiento abierto, si se acredita que no es posible la adjudicación directa.

### **2.3. POSIBLES SOLUCIONES: JUSTIFICACIÓN DE SU VIABILIDAD JURÍDICA**

#### **2.3.1. Reserva de contratos (D.A. 48º LCSP)**

La posibilidad de reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios sociales del Anexo IV, como ya sabemos, está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos acumulativos contemplados en la Disposición Adicional 48ª LCSP.

En nuestro caso, la entidad "Cocina Económica de Logroño" tiene indudablemente una misión de servicio público, consistente en proporcionar sustento a personas sin recursos a la vez que realiza una labor asistencial, terapéutica, y de promoción y reinserción social de los más desfavorecidos, tal y como ha quedado patente en el epígrafe 1 del presente capítulo. Además, los



beneficios que obtiene están orientados a la consecución del objetivo de la organización, que no es otro que ofrecer alternativas a los problemas de las personas en situación de vulnerabilidad o precariedad con absoluta entrega y dedicación.

Pese a ello, los empleados no participan en las estructuras de dirección o propiedad de la organización, careciendo, por tanto, de la facultad para adoptar decisiones en el seno de la misma.

Por lo expuesto, y ante el incumplimiento de la condición exigida en el apartado 2 c) de la Disposición Adicional 48ª de la LCSP, no es posible utilizar la reserva de contratos como mecanismo para la adjudicación del servicio de comedor social, pese a tratarse de una de las prestaciones contempladas en el Anexo IV de la LCSP.

### **2.3.2. Adjudicación directa**

Una vez descartada la reserva de contratos por los motivos expuestos, es preciso analizar la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar directamente el servicio de comedor social a la entidad Cocina Económica de Logroño.

En este sentido, es menester señalar que la adjudicación de los contratos debe realizarse, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, de manera que el procedimiento negociado es un procedimiento de carácter excepcional que únicamente puede utilizarse en los supuestos enumerados taxativamente en la LCSP, los cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva, precisamente para no vulnerar el derecho de los licitadores a participar, en condiciones de igualdad, en el procedimiento de contratación, debiendo justificarse "debidamente" en el



expediente la decisión de acudir a este procedimiento, tal y como exige el art. 116.4 LCSP <sup>39</sup>.

Se trata, por tanto, de un procedimiento extraordinario que únicamente podrá utilizarse cuando concurra alguno de los supuestos recogidos en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, que autoriza acudir al procedimiento negociado sin publicidad *"cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial"*.

En consecuencia, sólo los supuestos mencionados habilitan la utilización de dicho procedimiento excepcional, no pudiendo hacerse extensivo a otros no recogidos en el citado precepto, puesto que no cabe su aplicación analógica. Por este motivo, si existen dudas en su aplicación no procederá su utilización.

La LCSP no modifica, por tanto, las razones que, por motivos de exclusividad, pueden aducirse para utilizar el procedimiento negociado, si bien las desarrolla y, en el párrafo segundo del citado apartado del artículo 168, establece qué se entiende por no existencia de competencia por razones técnicas y protección de

---

<sup>39</sup> Así lo han manifestado tanto la JCCAE en su informe 11/2004 de 7 de junio, como la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Recomendación 1/2016, de 20 de abril.



derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, indicando que dichos supuestos únicamente se aplicarán: *"cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato."*

Actualmente, el artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE prevé que se pueda utilizar cuando las obras, suministros y servicios sólo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto cuando el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, no exista competencia por razones técnicas, o deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial, y que estas dos últimas excepciones *"sólo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación"*.

En relación con este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, hay que tener en cuenta también que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece que, por sus efectos perjudiciales sobre la competencia, se tiene que utilizar únicamente en circunstancias muy excepcionales; y que las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, dado que *"no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente sólo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato"*;

Asimismo, determina que la exclusividad también puede surgir por otros motivos, pero que *"únicamente las*



*situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación”, y siempre que dicha situación de exclusividad “no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”; y que “los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución, incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador, o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional”.*

Además, este considerando 50 especifica que cuando la situación de exclusividad sea por razones técnicas, se tienen que definir y justificar rigurosamente para cada caso particular; que entre estas razones *“hay que citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que sólo estén a disposición de un único operador económico”,* y que *“pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse con el fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse”.*

Igualmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) este supuesto de utilización del procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación estricta y, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que estas razones hagan “absolutamente



necesaria” la adjudicación del contrato a una empresa determinada<sup>40</sup>.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) también se ha pronunciado respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado en numerosos informes, dejando claro que, en ningún caso, podrá utilizarse por razones de “mera conveniencia u oportunidad” del órgano de contratación de adjudicar el contrato directamente a un empresario determinado, sino que procederá cuando “sólo se pueda encomendar a un único empresario<sup>41</sup>”. Lo decisivo, por tanto, es que exista un único empresario a quien pueda encomendarse la ejecución del contrato, “siendo motivo indirecto y remoto que es o sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva<sup>42</sup>”.

En consecuencia, la causa habilitante de la utilización del procedimiento negociado es la existencia de un solo empresario “y no la genérica e indeterminada de la existencia de razones artísticas, técnicas o derechos de exclusividad<sup>43</sup>”.

Por tanto, tal y como venimos afirmando, la circunstancia esencial que permite la utilización del procedimiento negociado por la causa del artículo 168 a) 2º de la LCSP, es que objetivamente exista una única empresa o profesional capacitado para realizar la

---

<sup>40</sup> Vid. Sentencias de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92); de 14 de septiembre de 2004 (asunto C-385/02), y de 2 de junio de 2005 (asunto C394/02).

<sup>41</sup> Vid. Informe de la JCCAE 11/04, de 7 de junio.

<sup>42</sup> Así lo dispone tajantemente la JCCAE en su informe 52/06, de 11 de diciembre.

<sup>43</sup> Vid. Informes de la JCCA de 30 de marzo y 7 de junio de 2004, y de 30 de octubre de 2006.



prestación objeto del contrato, ya sea por una razón técnica, artística o de derechos de exclusiva, de manera que sea innecesaria la licitación del contrato, al no existir posibilidad de promover la concurrencia, sin que puedan alegarse motivos distintos a los tasados en dicha ley<sup>44</sup>. En este sentido, es menester precisar que no concurrirá una razón técnica cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad se fundamente en razones que no son objetivas sino que obedecen a una situación singular generada por la propia Administración contratante al exigir en los pliegos unos requisitos técnicos que se conoce de antemano que sólo puede cumplir una empresa determinada, restringiendo así de modo artificial la concurrencia<sup>45</sup>.

Además, "la utilización de este supuesto exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre una situación de exclusividad, pues no sólo es que se restrinja la libre concurrencia respecto de los procedimientos ordinarios abierto y restringido, sino que se prescinde también de la publicidad, que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado<sup>46</sup>". En caso contrario, el procedimiento se encontraría afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho por vulneración del

---

<sup>44</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la JCCA de la Comunidad de Madrid en su reciente informe 3/2018 de 25 de mayo, y el TACRC en numerosas resoluciones: Resolución 316/2017, de 31 de marzo y otras, Resolución nº 363/2017, 21 de abril, Resolución nº 530/2016, 8 de julio y Resolución nº 410/2016, 27 de mayo, Resolución nº 444/2017, de 27 de mayo.

<sup>45</sup> Vid. Informe 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

<sup>46</sup> Así lo ha afirmado la Resolución 75/2012 de 12 de julio del TARC de la Junta de Andalucía, y en los mismos términos, la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la JCCA de Aragón.



principio de concurrencia, principio angular de la contratación pública<sup>47</sup>.

“Igualmente razones de eficacia económica aconsejan restringir al máximo la utilización del procedimiento negociado sin concurrencia puesto que, al no existir competencia, la adjudicación puede recaer en una oferta que en un procedimiento abierto no hubiese resultado la más ventajosa económicamente<sup>48</sup>”.

La concurrencia de la razón determinante y justificativa del procedimiento negociado, es una cuestión de prueba o justificación que, además de resultar fehaciente y verdadera<sup>49</sup>, habrá de constar necesariamente en el expediente de contratación, careciendo de validez las fórmulas generales o abstractas. Lo decisivo es que, para el caso concreto y por el conducto pertinente, se justifique adecuada y suficientemente en el expediente la existencia de un solo empresario que pueda realizar el objeto del contrato sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad.

De hecho, es el órgano de contratación quien debe asumir la carga de la prueba de que concurren las circunstancias que habilitan la aplicación de este supuesto<sup>50</sup>. En este sentido, la doctrina manifiesta

---

<sup>47</sup> “GUÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL” VV.AA. (2019), editada por la Federación Española de Municipios y Provincias en marzo de 2019 (págs. 135 a 141).

<sup>48</sup> En este sentido se ha manifestado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 92/2017, de 22 de marzo y 51/2015, de 6 de abril.

<sup>49</sup> Vid. STJUE de 2 de junio de 2005 C394/2002, Comisión-República Helénica.

<sup>50</sup> Así lo ha manifestado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2004, en el



reiteradamente que no puede considerarse suficiente la incorporación en el expediente de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa que justifique que es la única que puede ejecutar la prestación objeto del contrato, sino que es necesario que el órgano de contratación a través, en su caso, de los servicios técnicos competentes, justifique y acredite la exclusividad. Tal acreditación puede realizarse mediante un informe técnico que argumente suficientemente la concurrencia de una sola empresa<sup>51</sup>, o mediante la incorporación al expediente de un "certificado emitido por un técnico independiente", en el cual se acredite que es la única entidad que puede realizar el objeto del contrato<sup>52</sup>.

En definitiva, la adjudicación de un contrato fundamentado en la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en el artículo 168 a) 2º LCSP, procede cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, debiendo el órgano de contratación justificar y acreditar dicho extremo en el expediente. En todo caso, no concurrirá una razón técnica en el sentido de este

---

asunto Comisión/Italia, C- 385/02 (*véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13*), y en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Cuentas en su informe 1066, de 20 de diciembre de 2014.

<sup>51</sup> Vid. Informe JCAE nº 23/10, de 24 de noviembre de 2010 y los informes de 30 de marzo y 7 de junio de 2004 y de 30 de octubre de 2006, emitidos en los expedientes 57/03, 11/04 y 35/06.

<sup>52</sup> Así lo ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 504/2014 de fecha 4 de julio de 2014.



precepto cuando existan alternativas razonables o soluciones equivalentes en el mercado, y la ausencia de competencia no sea objetiva ni real sino artificial o fruto de unos requerimientos técnicos que sólo pudiera cumplir una única empresa o profesional<sup>53</sup>.

Resulta particularmente relevante señalar, en este sentido, que “la cuestión de la equivalencia es una cuestión de orden técnico y si se acredita dicha equivalencia, desde el punto de vista técnico, nada debe impedir la concurrencia efectiva”, debiendo articularse jurídicamente la correspondiente contratación a través de alguno de los procedimientos ordinarios<sup>54</sup>.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, y centrándonos ya en nuestro caso concreto, es menester señalar que, pese a que el servicio de comedor social fue adjudicado a la entidad Cocina Económica de Logroño mediante procedimiento negociado sin publicidad, aduciendo que dicha entidad era la única que podía prestar el referido servicio, lo cierto es que dicha afirmación no se justificó de una forma fehaciente y veraz, y parecía obedecer más a meras razones de conveniencia u oportunidad de la Administración que a una exclusividad objetiva y real.

El hecho de que dicha entidad ostente una mejor posición en el mercado por poseer la infraestructura necesaria,

---

<sup>53</sup> Vid. Informe 2/2016 de 6 de abril de la JCCA de la Generalitat de Catalunya, Acuerdo 29/2016 de 14 de junio del TACP de Navarra y Resolución 195/2017 del TARC de la Junta de Andalucía.

<sup>54</sup>En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su Informe 15/2012, de 30 de noviembre.



acreditar una experiencia centenaria en el sector y contar con un fuerte arraigo entre la población logroñesa, no justifica, per se, su contratación directa ni puede provocar la exclusión inicial de los proveedores mediante el uso de un procedimiento de adjudicación que restringe toda competencia, si previamente no hemos acreditado de forma irrefutable en el expediente que Cocina Económica es la única institución que puede prestar el servicio de comedor social.

En consecuencia, y dado que el Ayuntamiento de Logroño carece de argumentos de peso que justifiquen la ausencia de competencia y la consiguiente adjudicación directa del contrato, y tampoco disponemos de un certificado emitido por un técnico independiente, que, en mi opinión, tampoco gozaría de presunción de infalibilidad, resulta exigible del órgano de contratación una actuación de comprobación real del mercado que asegure que no existen otras empresas que tengan capacidad para prestar el servicio, y garantice que sólo la referida entidad puede satisfacer la necesidad planteada por la Administración.

Para ello, desde la Dirección General de Contratación se ha propuesto lanzar una consulta preliminar al mercado con la finalidad de conocer si existen operadores económicos interesados en la prestación del servicio de comedor social, articulada en los términos que vamos a exponer a continuación.

### **2.3.3. Consulta preliminar al mercado**

Un aspecto fundamental a la hora de licitar cualquier contrato es identificar correctamente las necesidades del órgano de contratación. Ello exige conocer suficientemente el contrato en cuestión y valorar las distintas opciones que el mercado es capaz de ofrecer.



No obstante, la realidad demuestra que no siempre los entes públicos poseen dichos conocimientos, o al menos, no con el grado de detalle requerido, lo cual “conlleva la elección de una oferta inadecuada y, en consecuencia, la ineludible modificación del contrato en fase de ejecución para paliar la indefinición inicial, de modo que será, con suerte, durante su ejecución, cuando el poder adjudicador vaya advirtiendo qué era lo que necesitaba. Todo ello se traduce en una gestión ineficiente y una violación flagrante de los principios rectores de la contratación pública<sup>55</sup>”.

En este sentido, el Consejo de Estado puso de relieve que, “a los compradores, les resulta útil conocer la experiencia y los saberes de los eventuales oferentes para aprovecharlos a la hora de definir las características del bien o servicio a adquirir y así satisfacer mejor sus necesidades<sup>56</sup>”.

Precisamente, como instrumento que va a coadyuvar en la obtención de información para planificar exitosamente la licitación, la Directiva 2014/24/UE introdujo las denominadas “consultas preliminares al mercado”, que constituyen una herramienta eficaz para “preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento”. Así lo señala el artículo 115 LCSP que, siguiendo las previsiones de los artículos 40 y 41 de la referida Directiva, impone al órgano de contratación la obligación de velar por el adecuado

---

<sup>55</sup> VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2019): “Las consultas preliminares al mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública” <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/consultas%20preliminares%20csp%20vdf.pdf>

<sup>56</sup> Vid. Dictamen 1116/2015, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.



respeto de los principios de no discriminación y transparencia, prohibiendo que las consultas realizadas puedan comportar ventajas para las empresas participantes, las cuales podrán intervenir en el procedimiento de contratación que, en su caso, se tramite, siempre que se adopten las medidas necesarias para evitar distorsiones de la competencia. Además, el órgano de contratación, al elaborar los pliegos, deberá utilizar la información obtenida, debiendo, en caso contrario, dejar constancia de los motivos que le han llevado a no hacerlo en el informe final que efectúe plasmando las actuaciones realizadas.

Hasta la promulgación de la citada Directiva, que reconoce por primera vez en sede normativa este instrumento, dichas consultas habían venido realizándose “en la sombra y de una manera discreta<sup>57</sup>”, informal, a empresas de confianza, si bien esta forma de proceder normalmente suponía el otorgamiento de ciertas ventajas a los operadores consultados, y podía dar lugar a prácticas colusorias y conflictos de intereses, vulnerando, de este modo, los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato, principios rectores de la contratación pública.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) define las consultas preliminares como “el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones de mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las

---

<sup>57</sup> GARCÍA MELIÁN, JUAN CARLOS (2019): “Las consultas preliminares de mercado un año después”, Gabilex, Vol. Nº extraordinario marzo 2019.



prestaciones contratadas son particularmente complejas<sup>58</sup>".

Estamos, por tanto, ante un instrumento que nos va a permitir conocer el mercado, a través de la información facilitada por fuentes especializadas, y conseguir de esta forma una mejor confección de los documentos contractuales, y por ende, una contratación más eficaz, eficiente e incluso íntegra<sup>59</sup>, procurando un mayor avance en la lucha contra la corrupción. En nuestro caso, además, nos va ayudar a asegurar o descartar la existencia de potenciales proveedores del servicio demandado por la Administración.

Se trata, además, de una técnica que debe implementarse por profesionales con un alto grado de especialización, habilidades de negociación y capacidad para promover la integridad, evitando que pueda convertirse en una "tapadera para prácticas corruptas y clientelares<sup>60</sup>", que desvirtuarían por completo la utilidad de este instrumento.

La regulación que de las consultas preliminares realiza el artículo 115 LCSP no es exhaustiva, quizás porque "la previsión legal de una regulación completa y detallada con unas reglas procedimentales rígidas implicaría el

---

<sup>58</sup> Vid. Resolución del TACRC 1093/2017 de 17 de noviembre de 2017.

<sup>59</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes", Revista española de Derecho Administrativo, Vol. Nº 191, abril-junio de 2018, y, en los mismos términos, el informe 19/2014 de la JCCA de la Generalitat de Cataluña.

<sup>60</sup> LÓPEZ DONAIRE BELÉN (2017): "Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas Directivas", Contratación Administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Vol. Nº 147, (págs. 70-78).



fracaso de esta herramienta<sup>61</sup>". Al tratarse de un mecanismo potestativo para el órgano de contratación, éste debe poder adaptar la consulta al caso concreto al que pretenda aplicarla, sin que ello signifique la ausencia total de procedimiento.

Es claro, por tanto, que la falta de regulación normativa del procedimiento para la realización de consultas preliminares confiere al órgano de contratación una gran discrecionalidad para su configuración, siempre que se respeten los principios angulares de la contratación pública y no se falsee o restrinja la competencia.

La Guía para las autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación editada por la Comisión Europea recoge distintas fases del procedimiento:

Una primera fase en la que el órgano de contratación debe decidir el ámbito de la consulta, identificando las necesidades de los destinatarios del contrato y los objetivos que se quieren atender y, si se conocen, un esbozo de las prestaciones que serán objeto del contrato posterior. Asimismo, debe valorar el perfil de los interlocutores a los que dirigirá la consulta (centros de investigación, autoridades independientes, fabricantes, proveedores de servicios, subcontratistas, integradores de sistemas, investigadores, tercer sector, etc.), lo cual exige una labor previa de investigación y estudio.

Una vez decidido el ámbito de la consulta, se debe elegir el formato de consulta más apropiado y definir el plan más eficiente para llevarla a cabo, valorando el uso de encuestas, cuestionarios, formularios escritos, entrevistas o reuniones presenciales, telefónicas u online, jornadas de puertas abiertas y presentaciones realizadas por los propios proveedores, foros on line, etc. Aunque en los últimos tiempos han cobrado especial

---

<sup>61</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018) Ob. Cit. Página 14.



protagonismo los “encuentros con el mercado” o “Meet The Market events”, considero que se trata de un formato de uso muy excepcional, dada la complejidad de su preparación, su excesivo coste y la propia actitud de los operadores económicos, que son reacios a mostrar a los demás sus soluciones específicas, lo que requiere la posterior celebración de entrevistas privadas en las que sí se perfilan dichas soluciones.

Asimismo, es preciso fijar un cronograma de actuaciones a realizar para el desarrollo de la consulta, indicando con claridad los plazos de ejecución, valorando, a tales efectos, los recursos tanto técnicos como personales, con los que se cuenta para materializar la consulta, de acuerdo con el formato elegido. Además, deben prepararse los documentos oficiales que deben distribuirse como parte de la consulta, tales como documentos informativos.

Posteriormente, la consulta se convocará por el órgano de contratación, a través de un anuncio de información previa, y se notificará a los interlocutores elegidos, además de publicarse en el Perfil de Contratante y en aquellos medios que permitan la máxima difusión, como pueden ser periódicos, webs de interés para la industria o boletines especializados.

Tras la convocatoria, tendrá lugar el desarrollo de la consulta y obtención de información conforme al formato elegido. En este momento cobra especial importancia la cuestión de la confidencialidad, que exige no revelar a los participantes las soluciones propuestas por los demás, que solo serán íntegramente conocidas por el órgano de contratación, y respetar el carácter confidencial de cualquier información facilitada por los participantes que aporte soluciones concretas vinculadas a secretos técnicos o comerciales, cuando así lo pidan sus autores.

Finalmente, se elaborará un informe motivado en el que se dará cuenta detallada de toda la información obtenida



con la consulta, así como de los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, los operadores económicos participantes, las cuestiones planteadas y las respuestas facilitadas, preservando sus autorías. Como ya hemos señalado, el órgano de contratación tiene la obligación de utilizar la información resultante de la consulta realizada a la hora de elaborar los futuros pliegos, debiendo, en caso contrario, reflejar los motivos por los que no lo ha hecho en el informe, que deberá publicarse en el Perfil de Contratante.

Por otra parte, en caso de que llegue a convocarse un procedimiento contractual relacionado con el objeto de la consulta, en el anuncio de licitación o convocatoria que lo preceda debería incluirse un resumen de los resultados obtenidos y de sus implicaciones para el procedimiento de contratación, especialmente cuando se haya consultado a operadores económicos del mercado, al objeto de evitar dudas acerca de la falta de transparencia o de la vulneración de principios como el de igualdad de trato.

En este sentido, es menester señalar que, antes de poner en marcha un proceso de contratación, se deberán tomar medidas para evitar cualquier distorsión de la competencia, comunicando a los demás candidatos y licitadores la información intercambiada, preservando el secreto de aquélla que goce de un verdadero carácter confidencial, y estableciendo plazos adecuados para la recepción de las ofertas, pudiendo excluir a los participantes en la consulta cuando no haya otros medios para garantizar la igualdad de trato, siempre que se lleve a cabo un procedimiento contradictorio para que tengan la oportunidad de probar que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o proporcionarle un trato privilegiado con respecto al resto de licitadores, tal y como señalan los artículos 70 LCSP y 41 de la Directiva 24/14/UE.



Teniendo en cuenta las indicaciones citadas y la conveniencia de actuar de forma metodológica y programada, a través de un procedimiento transparente en el que se adopten las prevenciones precisas para evitar que se vulnere el principio de igualdad de trato, desde la Unidad de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Logroño, bajo la supervisión de la Dirección General de Contratación, se ha emitido informe técnico en el que se justifica que estamos ante un contrato, el servicio de comedor social, que, si bien, tradicionalmente ha sido adjudicado directamente a la entidad Cocina Económica, a través del procedimiento negociado sin publicidad, en la actualidad no podemos demostrar que objetivamente dicha entidad sea la única empresa capacitada para prestarlo, por lo que es necesario celebrar una consulta preliminar, cuyo objeto será recabar información de operadores económicos del sector para conocer su opinión y que colaboren en el diseño de la posible licitación, indicando los elementos necesarios para garantizar una concurrencia efectiva<sup>62</sup>.

En dicho informe se concreta, además, el perfil de los interlocutores, señalando que la convocatoria será abierta y se dirigirá a personas físicas o jurídicas, con y sin ánimo de lucro, todos ellos operadores económicos cuya actividad tenga por objeto el sector hostelero, así como las entidades en cuyo objeto social se incluya la atención a personas vulnerables, mediante el servicio de comedor social.

Asimismo, se define el formato de consulta más apropiado. En este sentido, la práctica del Ayuntamiento

---

<sup>62</sup> En este sentido, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 37.2 b) del TRLCSP, que regulaba los anuncios de transparencia previa, cuya virtualidad podría considerarse similar a la función que desempeñan, en la actualidad, las consultas preliminares, no previstas en la derogada normativa.



demuestra que lo mejor son soluciones mixtas en las que se establezcan fases que combinen varios formatos, ya que, en los procedimientos tramitados con anterioridad, tras las encuestas fue necesario organizar reuniones presenciales con cada uno de los participantes para concretar extremos que en otro caso eran demasiado generalistas.

Por ello, se ha considerado que lo más operativo es iniciar la consulta con el siguiente cuestionario, tras lo cual se mantendrán reuniones privadas con los distintos participantes:

1. ¿Cree que el objeto de este contrato sólo puede ser cumplido por la entidad "Cocina Económica de Logroño" por motivos de exclusividad técnica?
2. ¿Tiene interés para su empresa o entidad, participar en una eventual licitación de un contrato de servicios?
3. ¿Puede ofrecer un menú de calidad a los precios que el Ayuntamiento satisface a la Entidad prestadora del servicio?, ¿cree, por el contrario, que debe incrementarse?, ¿en cuánto?
4. ¿Podría desglosar el coste del menú en costes directos e indirectos, más gastos generales y beneficio industrial?
5. ¿Dispone o puede disponer de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio, en la Ciudad de Logroño?



6. Si se llevara a cabo una licitación, ¿cuál cree que sería el procedimiento adecuado?, ¿abierto, negociado con publicidad o la reserva de contratos prevista en la DA 48ª?
7. ¿Cuáles serían, a su juicio, los criterios de adjudicación idóneos para la realización de una evaluación comparativa de las ofertas?, ¿cuál su ponderación?
8. ¿Mejoraría la metodología de acceso y de coordinación con los Servicios Sociales del Ayuntamiento?
9. Indique las sugerencias, observaciones o modificaciones que incluiría para mejorar la calidad del servicio.

En el modelo de cuestionario confeccionado se señala expresamente que la participación en esta Consulta Preliminar de mercado no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que, en su caso, se tramite, si bien, no otorgará derecho ni preferencia alguna respecto de la adjudicación del contrato que pudiera celebrarse con posterioridad y como consecuencia de ella. Además, se hace constar que dicha participación es meramente a título informativo, por lo que el Ayuntamiento de Logroño no adquiere ningún compromiso económico y todos los costes económicos derivados de la misma serán a cargo de los participantes.

Asimismo, se informa que el uso que el Ayuntamiento de Logroño dará a las informaciones facilitadas por los



participantes se ceñirá a la definición de las prescripciones técnicas del procedimiento de contratación que se licite con posterioridad. Por ello, el nivel de confidencialidad declarado por los participantes no podrá ser tal que impida el cumplimiento de dicho cometido, respetándose, no obstante, los aspectos que los participantes consideren confidenciales. En ningún caso será admisible que éstos efectúen una declaración genérica o declaren que todos los documentos o toda la información tiene carácter reservado. Únicamente podrán ser declarados confidenciales aquellos aspectos que contengan secretos técnicos o comerciales u otros aspectos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea para este procedimiento de licitación o para otros.

En la actualidad, se está confeccionando el cronograma de actuaciones, que fijará los plazos en los que se materializará la consulta, de acuerdo con el formato elegido.

Posteriormente, la consulta se convocará por el órgano de contratación y se notificará a los interlocutores elegidos, además de publicarse en el Perfil de Contratante, en el Boletín Oficial de la Rioja, en el Diario La Rioja, diario de mayor difusión en la provincia, y en distintas webs de interés.

Tras el desarrollo de la consulta conforme al formato referido, se elaborará un informe motivado final en el que, como ya hemos adelantado, se dará cuenta detallada de toda la información obtenida con la consulta, así como los estudios realizados, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas.

Dicho informe será publicado en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Logroño alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y en mi opinión, es



precisamente la publicación de las preguntas y respuestas el mayor escollo del procedimiento, puesto que, al hacer público el informe, va a resultar muy complicado salvaguardar las soluciones propuestas por cada participante. Habrá que hilar muy fino para dar información suficiente en las preguntas y respuestas realizadas, y a la vez, garantizar la confidencialidad de aquellas aportaciones que deban ser reservadas por afectar al know how de las empresas. De lo contrario, corremos el riesgo de que un procedimiento tan apasionante como el de las consultas preliminares al mercado, articulado con total transparencia, y que puede conducirnos a la obtención de las mejores soluciones, “pueda quedar como un recurso atípico para cuestiones muy puntuales<sup>63</sup>”.

Una vez articulado todo el procedimiento de consulta en los términos expuestos, si los resultados de la misma arrojan la existencia de operadores económicos interesados en la prestación del servicio de comedor social, el Ayuntamiento de Logroño licitará el referido contrato por procedimiento abierto, garantizando, de esta forma, que todas las empresas con capacidad para realizar el objeto del contrato demandado por la Administración puedan participar en la licitación. En caso contrario, el resultado negativo de la consulta facultará al Ayuntamiento para utilizar el procedimiento negociado sin concurrencia y adjudicar directamente el contrato a la entidad Cocina Económica, en tanto se aprueba el ansiado desarrollo reglamentario de la Ley de Servicios Sociales de La Rioja que va a permitir la formalización de

---

<sup>63</sup> LUCENA VALENCIA, JUAN (2018). “Cuándo realizar las consultas preliminares al Mercado”, [Consultado: 21/08/2019](#).



un Concierto social para la prestación del referido servicio.

Por tanto, la consulta preliminar resulta, en nuestro caso, una herramienta fundamental que nos va a permitir justificar de forma objetiva la ausencia de concurrencia y la consiguiente adjudicación directa del contrato a la entidad Cocina Económica, si, tras la realización de la misma, resulta que sólo la referida entidad puede satisfacer la necesidad planteada por la Administración.

### **3. CONCLUSIONES**

#### **1 LA INEFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES PARA LA GESTIÓN DE LOS DENOMINADOS "SERVICIOS A LAS PERSONAS"**

Tradicionalmente, los poderes adjudicadores, como alternativa a la gestión directa, han venido organizando la prestación de los servicios a las personas a través de fórmulas contractuales, generalmente mediante contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de "concierto" o "concesión". Si bien, la aplicación de los clásicos procedimientos de contratación nunca ha mostrado un encaje perfecto ni con las especiales características de los denominados "servicios a las personas", que requieren una actuación eficaz y eficiente que garantice una adecuada respuesta a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad, ni mucho menos con los principios que deben presidir la gestión de este tipo de prestaciones, como son la atención personalizada e integral, el arraigo de la persona en el entorno de atención social, la elección de la persona y continuidad en la atención y calidad.

#### **2 LA DISPARIDAD DE FÓRMULAS PARA LA GESTIÓN DE ESTE TIPO DE PRESTACIONES**



La aplicación de la normativa de contratación pública no es la única opción que tienen los Estados miembros para la gestión de los llamados "servicios a las personas", ya que tanto el derecho europeo como el derecho interno reconocen la posibilidad de organizar este tipo de servicios de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos.

Existen, por tanto, distintas fórmulas para la gestión de este tipo de prestaciones, tanto contractuales (con ciertas singularidades) como no contractuales, incluida la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro amparada por la jurisprudencia del TJUE, si bien, la opción que adopten los Estados miembros debe tener en cuenta las especiales características de estos servicios de indudable trascendencia social, que se rigen principalmente por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

### **3 LA EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO COMPLEJO, DISPERSO Y NO UNIFORME**

La disparidad de fórmulas de gestión de los servicios sociales y, especialmente, la regulación diferenciada que del concierto social hacen las distintas CCAA con competencia exclusiva para la gestión de estos servicios han dado lugar a la existencia de un régimen jurídico complejo, disperso y no uniforme.

Hubiera sido deseable que, aprovechando la promulgación de la nueva LCSP, se hubiera clarificado el régimen jurídico aplicable a los servicios a las personas, a efectos de dotar de mayor certidumbre y seguridad jurídica al referido marco legal, posibilitando de esta forma una aplicación más garantista y uniforme de éste. Quizás el futuro desarrollo normativo se preocupe de este tipo de servicios, que son esenciales para la comunidad, e incluya una regulación básica y armónica



que minimice las diferencias existentes entre los distintos territorios autonómicos.

#### **4 EL CONCIERTO SOCIAL COMO MODALIDAD NO CONTRACTUAL QUE MEJOR RESPONDE A LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DE ESTE TIPO DE SERVICIOS**

La acción concertada, como instrumento no contractual expresamente reconocido en la Disposición Adicional 49ª LCSP, supone una mejora cualitativa en la prestación de estos servicios de interés general por su capacidad para cohonestar sus especiales características con los principios que deben presidir su actuación, asegurando tanto una respuesta eficaz a la satisfacción de necesidades sociales de colectivos desfavorecidos, como la garantía de una atención personalizada e integral, coherente con el arraigo de las personas en su entorno, así como con su participación en la elección de los servicios.

Además, se trata de una figura con innegables virtudes, tanto por la calidad, estabilidad y continuidad que ofrece a los usuarios de los servicios, a los que implica, además, en la toma de decisiones, como por su flexibilidad, eficacia y competitividad, características éstas que la han convertido en el mecanismo idóneo para la prestación de este tipo de servicios.

#### **5 LOS EFECTOS PERVERSOS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE UN MARCO LEGAL EXPRESO**

La articulación del concierto social exige previsión legal expresa por parte de aquéllas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias exclusivas en materia de Servicios Sociales.

Es, precisamente, esa necesaria regulación previa, el principal inconveniente de esta novedosa institución



jurídica, ya que requiere tiempo para su implementación, y puede dar lugar a ciertos “efectos perversos” derivados de la ausencia de un marco legal expreso que obligaría a aplicar las reglas generales de la contratación pública, que se han demostrado ineficaces para responder a las peculiaridades que presenta la gestión de los servicios a las personas.

## **6 LA CONSULTA PRELIMINAR AL MERCADO: UNA HERRAMIENTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOLUCIÓN VIABLE, ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL**

Ante la ausencia de la necesaria normativa autonómica que permita la utilización de la figura del concierto social para la adjudicación de este tipo de prestaciones en el Ayuntamiento de Logroño, y después de analizar la viabilidad jurídica de diversos planteamientos, la consulta preliminar al mercado se convierte en la herramienta determinante para la elección de la solución provisional finalmente aplicable a la espera del correspondiente desarrollo autonómico.

### **BIBLIOGRAFÍA**

-CUBA VILA, BELÉN (2016): “Adjudicaciones directas y tercer sector: STJUE de 28 de enero de 2016”, El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 12, Ref. 1446/2016 (pág. 1456), Editorial Wolters Kluwer.

-DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA (2019): “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”, Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019), Vol. Nº 50.



-GARCÍA MELIÁN, JUAN CARLOS (2019): "Las consultas preliminares de mercado un año después", Gabilex, Vol. Nº extraordinario marzo 2019.

-GARRIDO JUNCAL, ANDREA (2017): "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate". Revista Catalana de Dret Públic, Vol. Nº 55, diciembre 2017 (págs. 84-100).

-GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2016): "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/recategoria.121/reلمenu.3/chk.c14cc17589109ad49de2f2c7b93b1146> Consultado: 23-04-2019.

-GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2018): "La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales", Revista Aragonesa de Administración Pública, Vol. Nº 52 (págs.12-65).

-GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019): Capítulo 6.2: "Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de los servicios locales" del Vol. Col. *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, LRJSP y la LRSAL-VV.AA.*, Editorial Wolters Kluwer, abril 2019 (págs. 689 a 710), Madrid.

-"GUÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL", VV.AA. (2019), editada por la Federación Española de Municipios y Provincias en marzo de 2019 (págs. 135-141).



-“GUÍA PARA LAS AUTORIDADES PÚBLICAS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE INNOVACIÓN” (2015) editado por la Comisión Europea <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/16.%20New%20LCSP/PPI-Platform-Guide-ES-Compra%20p%C3%BAblica%20innovadora.pdf>  
Consultado: 05/08/2019.

-LAZO VITORIA, XIMENA (2016): “La figura del concierto social tras las Directivas Europeas de contratación pública”, <http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/chk.6baca120e1f947b8ac20c7e9c81ce49d>  
Consultado: 03/06/2019

-LÓPEZ DONAIRE BELÉN (2017): “Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas Directivas”. Contratación Administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Vol. Nº 147, (págs. 70-78).

-LUCENA VALENCIA, JUAN (2018). “Cuándo realizar las consultas preliminares al Mercado”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.431/recategoria.208/reلمenu.3/chk.ef3bf2bb1960c4155ea8ce2bf27a84b1> Consultado: 21/08/2019.

-MENDOZA JIMÉNEZ JAVIER (2019): “Los contratos reservados, política social a coste cero”, <https://www.jaimepintos.com/los-contratos-reservados-politica-social-a-coste-cero/> Consultado: 12/06/2019.

-MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2017): “Novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, VIII Seminario de Contratación Pública en Formigal (Huesca), 20 a 22 de septiembre de 2017.



-ORQUÍN SERRANO, JUAN JOSÉ (2018): "Cuestiones a tener en cuenta ante la nulidad de los contratos administrativos", El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 9/2018, septiembre. Ed. Wolters Kluwer.

-PALACÍN SÁENZ, BERNABÉ (2017): "Novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas". El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 23/2017, de 15 de diciembre.

-VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes". Revista española de Derecho Administrativo Vol. Nº 191, abril-junio de 2018.

-VÁZQUEZ MATILLA, JAVIER (2018): "La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública", Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Vol. Nº 158.

-VÁZQUEZ MATILLA FRANCISCO JAVIER (2019): "Las consultas preliminares al mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública"  
<http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/consultas%20preliminares%20csp%20vdf.pdf> Consultado: 05/08/2019.

Gabilex  
Nº 25  
Marzo 2021  
[www.gabilex.jccm.es](http://www.gabilex.jccm.es)